

REVISTA DA

ISSN 2236-8957

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ♦ V. 19 ♦ N. 72 ♦ (Edição Especial) ♦ Janeiro/Fevereiro/Março ♦ 2016

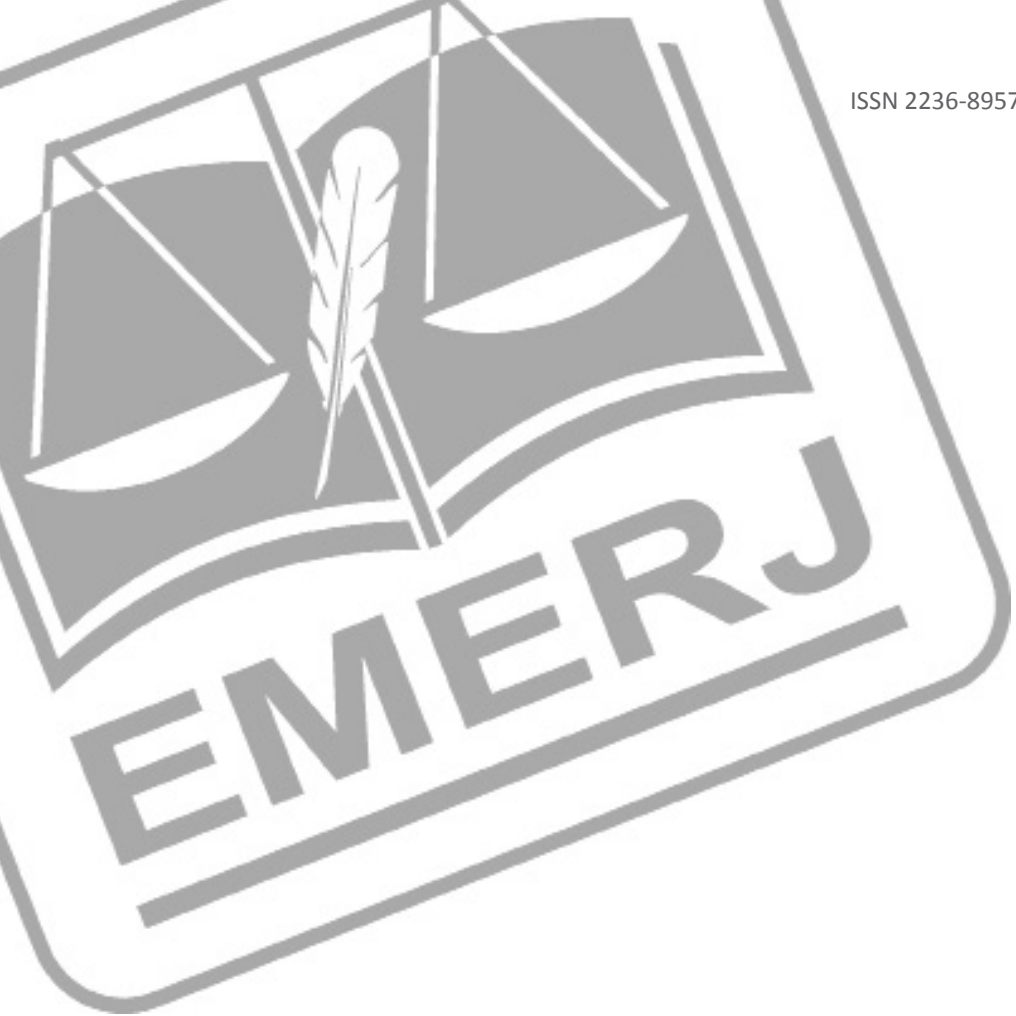
*Seminário
Internacional*

**VIOLÊNCIA
DE GÊNERO
E FEMINICÍDIO**



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

v. 19 - n. 72 (Edição Especial) - Ano 2016

Rio de Janeiro

© 2016 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Luiz Fux; Min. Luis Felipe Salomão; Min. Marco Aurélio Bellizze; Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa; Des. Nagib Slaibi Filho; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Geraldo Prado.

Coordenação: Des. Nagib Slaibi Filho.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Rodolfo Santiago;
Transcrição: Elisabete Silva; **Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silvaes.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561
www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da EMERJ

❖ DIRETOR-GERAL

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

❖ DIRETOR-ADJUNTO

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

❖ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Juíza de Direito Maria Aglaé Tedesco Vilar do

Juiz de Direito Luiz Márcio Victor Alves Pereira

Juiz de Direito Rubens Roberto Rebello Casara

❖ COMISSÃO DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

*VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE **FORMAÇÃO INICIAL**:*

Desembargador Milton Fernandes de Souza (Presidente)

Desembargadora Jaqueline Lima Montenegro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Juiz de Direito Carlos Gustavo Vianna Direito

Juíza de Direito Maria Paula Gouvêa Galhardo

Juiz de Direito José Guilherme Vasi Werner

*VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE **FORMAÇÃO CONTINUADA**:*

Área de Direitos Humanos, Gênero, Ética, Filosofia e Sociologia

Desembargador Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira e Juíza de Direito Adriana Ramos de Mello

Área de Direito Civil, Processo Civil, Consumidor e Empresarial

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo e Juiz de Direito Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

Área de Direito Penal, Processo Penal, Idoso, Criança e Adolescente
Desembargador Alcides da Fonseca Neto e Juiz de Direito André
Ricardo de Franciscis Ramos

Área de Direito Constitucional, Administrativo, Tributário e Eleitoral
Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade e Juiz de Direito
João Luiz Ferraz de Oliveira Lima

❖ **PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA**

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

❖ **COORDENADOR DE ESTÁGIO**

Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

❖ **COORDENADOR DO PROGRAMA DE EAD**

Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto

❖ **COORDENADOR DE ASSUNTOS COMUNITÁRIOS**

Prof. Miguel Lanzellotti Baldez

❖ **SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO**

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ **ASSESSORA DO DIRETOR-GERAL**

Fernanda Castro Faria Graça Melo

Sumário

- 7 | Apresentação**
- 9 | Dando Nombre y Visibilidad a la Violencia Contra las Mujeres: Instrumentos Internacionales y Reformas Legales**
Adela Asua Batarrita
- 27 | Violência Contra a Mulher e as Práticas Institucionais**
Cristiane Brandão Augusto
- 41 | La Tutela Específica de las Mujeres en el Sistema Penal: Una Decisión Controvertida**
Patricia Laurenzo Copello
- 66 | Prostitución y Trata Sexual: Otras Perspectivas Más Allá del Victimismo**
Maria Luisa Maqueda
- 82 | La Aplicación de Leyes Sobre Femicidio/Feminicidio en América Latina (Primeras Evaluaciones)**
Dra. Patsilí Toledo
- 93 | Derecho, violencia y género**
Dr^a Alicia E. C. Ruiz
- 140 | Femicídio: Uma Análise Sociojurídica do Fenômeno no Brasil**
Adriana Ramos de Mello
- 168 | Violência Contra a Mulher e o Processo de Juridificação do Femicídio. Reações e Relações Patriarcais no Direito Brasileiro**
Ana Lucia Sabadell

**191 | Femicídio: O Que Não Tem Nome Nem Identidade
Não Existe**

Luiz Flávio Gomes

**203 | A Qualificadora do Femicídio é de Natureza Objetiva
ou Subjetiva?**

Alice Bianchini

220 | Normas para Apresentação de Artigos

Apresentação

Feliz com o convite para apresentar esta edição da Revista da EMERJ sobre o Femicídio, a qual é fruto de uma importante semente plantada no Seminário que realizamos em meados do ano que passou, no Fórum Permanente de Violência Doméstica, Familiar e de Gênero e que contou com a presença de ilustres palestrantes tanto do Brasil como da Espanha e Argentina, veio-me à mente a aula inaugural de nossa Pós-Graduação em Gênero e Direito, com o título: “Superar a Cegueira de Gênero: grande desafio do Poder Judiciário”. Esse foi o tema da apresentação, brilhante por sinal, como de hábito, ministrada pela Professora Silvia Pimentel.

Alguns rápidos comentários, mas nem por isso superficiais, devo fazer sobre o tema dessa palestra, que me levou a seguidas e profundas reflexões do papel que nós, juízes e juízas, devemos exercer na profissão que abraçamos.

Infelizmente, a expressão “cegueira de gênero” nos cai ainda como uma luva, porque apropriada ao comportamento que reproduzimos no nosso dia a dia, fruto daquilo que somos como resultado de uma educação estereotipada e preconceituosa, regada de uma simbologia patriarcal e machista observada na família tradicional, na qual o homem sempre exerceu papel preponderante em relação à mulher.

E o pior é que reproduzimos de fato esse comportamento porque somos “cegos” para com os nossos próprios defeitos e limitações. Reproduzimos isso inconscientemente em nossas sentenças e, por que não dizer, também na maneira como nos comportamos no atendimento direto para com o gênero que ainda enxergamos coadjuvante.

Curioso, inclusive, que essa maneira comportamental adversa não é exclusividade dos juízes homens, mas também das juízas mulheres, criadas em ambiente protetor e machista, que, sem saber, reproduzem indevidamente essa inadequada e ultrapassada matriz.

É tempo de repensarmos isso! É tempo de começar a transformar o modelo comportamental de outrora, para que, de agora em diante, pos-

samos passar de uma divisão puramente sexista para um olhar mais amplo, em que os gêneros se equivalham em todos os sentidos, vale dizer, tanto na lei como na prática.

É tempo de enxergarmos nossas próprias limitações, de ultrapassarmos essa infeliz “cegueira de gênero” que teima em contaminar a atuação tradicional de nosso Judiciário.

Esta Revista tem essa importante missão. O Femicídio veio tipificado pela Lei 13.104/15 e tem como propósito trazer a lume o conhecimento oficial de que milhares de mulheres já foram mortas e ainda o serão pela condição de serem “mulheres”, pura e simplesmente por isso.

A transparência deste debate tão relevante está agora oficialmente iniciada e fica a esperança, para os que já enxergaram a escuridão e a cegueira em que viviam, de que novos tempos trarão a consciência do prejuízo que essa noite tão longa, que perdura já há tantos séculos, possa terminar com o alvorecer de um novo tempo, em que a igualdade e a dignidade prevalecerão, dando lugar a uma sociedade mais justa e equilibrada, como orientam os princípios fundamentais de nossa democracia constitucional.

Parabenizo finalmente a Dr^a Adriana Ramos de Mello pela iniciativa e organização desse importante Seminário, que deságua nesta Revista, agradecendo a todos que para ela contribuíram com seus relevantes artigos jurídicos.

Que venha então o alvorecer de novos tempos, de uma sociedade mais justa e igualitária.

Boa leitura para tod@s!

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

Diretor-Geral da EMERJ

Dando Nombre y Visibilidad a la Violencia Contra las Mujeres: Instrumentos Internacionales y Reformas Legales

Adela Asua Batarrita

*Ministra, Vice-Presidente do Tribunal Constitucional
- Espanha*

En primer lugar quiero agradecer la invitación de EMERJ por darme la ocasión de participar en este Foro, y de conocer a esta espléndida ciudad y este espléndido país, su diversidad, su belleza y su voluntad de compromiso con objetivos de la humanidad. Río de Janeiro, sede internacional de tantos eventos de proyección mundial: Río + 20, sede de la conferencia del desarrollo sostenible; Río como sede de los próximos juegos olímpicos. Es un honor, en particular, participar en esta mesa con la ministra Carmen Lúcia del Supremo Tribunal de Brasil.

1. LAS LEYES CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. SIGUIENDO EL RASTRO DE LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES DEL SIGLO XX

La Lei Maria da Penha del año 2005 ha sido un referente ineludible en el tratamiento de la violencia de género desde una perspectiva integral, en tanto que comienza proclamando los derechos de las mujeres, para fijar a continuación un amplio abanico de instrumentos específicos para atender con rapidez a las víctimas y dotarles de medios adecuados. Y ahora, mediante la reciente Lei 13.104/2015 el código penal brasileño confirma la denominación específica de los feminicidios y agrava su penalidad, nombrando a las mujeres como víctimas de esta violencia que cons-

tituye expresión dramática de la negación de la autonomía de la mujer para decidir sobre su propia vida. Negación misma de la humanidad de la mujer, que bebe de antiguas fuentes y de la persistencia de aquellas concepciones que reclaman - o asumen- la subordinación de la mujer como rasgo natural sobre el que sustentar el funcionamiento del sistema. Los hechos revelan que la corriente subterránea que ha alimentado históricamente los esquemas de la inequidad y la discriminación sigue operando como un lastre que dificulta el progreso hacia una sociedad con igualdad de oportunidades.

En España el código penal ha sido modificado en algunos puntos, de forma más relevante en 2004, en relación al maltrato familiar y al maltrato contra la pareja o ex pareja, - a ello me referiré más adelante - pero no ha alterado las previsiones sobre homicidio o asesinato ni se ha planteado la denominación de feminicidio. Precisamente en 1995, al aprobarse el nuevo código penal hoy vigente, se suprimió la figura penal del parricidio que agravaba la causación dolosa de la muerte del cónyuge o la de los ascendientes y descendientes en línea directa. A partir de entonces resultan aplicables previsiones generales del homicidio o del asesinato, tal como reclamaban los tribunales, que consideraban improcedente penar como “parricidio” cuando la convivencia conyugal estuviera deteriorada, o más precisamente, cuando hubiera desaparecido la *affectio maritalis*: el distanciamiento o mala relación entre quienes no hubieran disuelto el vínculo matrimonial conducía a excluir la tipificación agravada correspondiente. Criterio confirmado en 1994 por el propio Tribunal Supremo a efectos de coordinar la interpretación jurisprudencial (Acuerdo no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994). Y ciertamente en la mayoría de los casos de violencia mortal podía certificarse que la relación de pareja ya había quebrado.

Mediados de los años 90, precisamente en aquellos años en los que comenzaban a emerger las noticias sobre las muertes de mujeres causadas por sus parejas o ex parejas, los tribunales consagraban la menor entidad del delito de matar al cónyuge, estadísticamente la esposa. De entonces a acá, la percepción del significado de la violencia mortal contra la pareja o exparejas y de otros tipos de violencia contra las mujeres ha sufrido un cambio radical. Lo que antes aparecían como crímenes pasionales y sólo en algunos periódicos, hoy se ubica como manifestación de un fenómeno de máxima importancia por sus dimensiones a nivel mun-

dial, y a nivel de cada país. La prevención de esta violencia forma parte de la agenda internacional y del reconocimiento de la lucha común, porque identificamos los rasgos comunes que responden a mismos patrones básicos de comportamiento y de contexto de género, en particular cuando se trata de violencia en la pareja.

Los jalones del camino que nos han llevado a este cambio de perspectiva comenzaron a trazarse hace unas cuantas décadas, desde aquella Convención de 1979 que situó como objetivo central el acceso real de las mujeres a los derechos humanos en todas sus manifestaciones, reafirmando la igualdad de derechos de hombres y mujeres. En este marco, quedó fijada la orientación y las prioridades que permitían comprender que sólo con el refuerzo de los derechos de las mujeres podía hacerse frente a la violencia contra ellas. La *Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 18 de diciembre de 1979, diez años después había sido ratificada por cien estados que se declaraban obligados por sus mandatos y por su programa de acción para garantizar los derechos de la mujer.

En el reconocimiento de los factores que dificultan a las mujeres el pleno disfrute de sus derechos, la Convención no elude sino que señala que las limitaciones jurídicas, políticas y económicas son fruto de determinados estereotipos culturales que se basan en la inferioridad de la mujer. El propio preámbulo de la Convención destaca “que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”. En 1993 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobaba la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, y poco después, en 1995, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, dedicaba uno de sus apartados a la violencia contra la mujer desarrollando a través de 18 detallados puntos un amplio elenco de definiciones y de propuestas de actuación.

A partir de los convenios y las propuestas internacionales, hemos llegado al siglo XXI con un notable acervo de declaraciones formales y de reformas legales en sintonía con la agenda internacional de la igualdad de mujeres y hombres, como condición de justicia, paz y desarrollo. Y pese a la diversidad de circunstancias según países, se comparte la tarea común de reconocimiento en primer lugar de la dimensión de la situación de la violencia y de los factores que la favorecen, y en segundo lugar de arbitrar

las medidas de amplio espectro para erradicarla. El reto sigue siendo difícil y requiere persistencia.

2. ENTRANDO EN EL SIGLO XXI. NUEVOS IMPULSOS: ONU MUJERES, INSTITUTO EUROPEO DE IGUALDAD DE GÉNERO, CONVENIO DE ESTAMBUL

Entrando en esta segunda década del XXI, Naciones Unidas crea en 2010 ONU MUJERES como una institución específica destinada a la promoción de la igualdad de género, al empoderamiento de las mujeres y al incremento de su liderazgo incluido en el ámbito económico. Erradicar las causas de las desigualdades de género supone a reducir también las consecuencias de afrontar lucidamente un futuro distinto y libre de violencia. En los informes anuales de la organización ONU Mujeres de los últimos años se pone de relieve junto al trabajo de tantas miles de Mujeres y hombres que ya están comprometidos en este avance, la constatación de que al día de hoy seiscientos millones de mujeres viven en países en que la violencia doméstica aún no está reconocida como delito.

La evolución hacia una mayor conciencia sobre la necesidad de identificar la violencia contra las mujeres queda patente en las observaciones que el propio instituto ONU Mujeres ofrece en relación a los objetivos del Milenio previstos para 2015: entre ellos quedaron recogidos los referidos a mejoras en la igualdad y la educación para niñas y mujeres, pero no había mención alguna sobre su conexión con la violencia de género. Veinte años después de aquella formulación, resulta ineludible que no puede prescindirse de tal objetivo, singularizado como tal, erradicación de la violencia contra las mujeres, para evaluar el avance en las próximas décadas. Entre las acciones que solicita se encuentra la de propuestas de reformas de las leyes penales, entre ellas la de tipificación del feminicidio, poniendo de ejemplo a Brasil como pionero en esta decisión; asimismo ofrece asistencia para la investigación y para el intercambio de experiencias en estas tareas.

En el ámbito regional europeo a partir de los años 90 comenzaron a extenderse programas pilotos de atención a mujeres víctimas de violencia, incrementándose progresivamente el número de Observatorios Nacionales sobre Violencia Doméstica. En 1997 se crea el Observatorio Eu-

ropeo de Violencia contra las Mujeres que sirve de enlace entre los países y propone principios guía de buenas prácticas en conforme a las experiencias que se van desarrollando¹. Un camino decidido hacia el cambio de actitudes y de políticas, que por el momento se ha proyectado en la creación, también en el año 2010, del *Instituto Europeo para la Igualdad de Género* (*European Institute for Gender Equality, EIGE*)² con sede en Vilna, Lituania. Se configura como una agencia autónoma de la Unión Europea para contribuir y reforzar la promoción de la igualdad de género, incluyendo *gender mainstream* en todas las políticas de la UE y de las decisiones consecuentes de los estados miembros, así como para la lucha contra la discriminación basada en el sexo, y para promover la toma de conciencia ciudadana sobre la igualdad de género. Cifra así su cometido: "convertir la igualdad entre mujeres y hombres en una realidad para todos los europeos e incluso más allá, pues la igualdad de mujeres y hombres es un derecho fundamental como principio común y valor central de la Unión Europea". Concebido asimismo como centro de investigación y documentación, se declara asimismo como centro de conocimiento para trabajos sobre violencia de género en la Unión Europea. Como puede leerse en su web, debe elaborar en 2015 los informes de la Unión Europea sobre la implementación de la Plataforma de Acción de Beijing.

De otra naturaleza es la iniciativa del Consejo de Europa de elaboración de un Convenio específico para la erradicación de la violencia contra la mujer. Aprobado en mayo de 2011 en Estambul, como *Convenio para la prevención y lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica*³, una vez ratificado por 10 países (Albania, Andorra, Austria, Bosnia-Herzegovina, Italia, Montenegro, Portugal, Serbia, España, Turquía, Dinamarca, Francia) ha entrado en vigor el 1 de agosto de 2015.

De forma similar a las declaraciones de otros instrumentos internacionales, en la senda de BEIJING, en el Preámbulo leemos una explicación que ya en 2011 nos resulta familiar: "*Reconociendo que la violencia contra la mujer es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación*"[...] "Re-

1 Véase la publicación del LOBBY EUROPEO DE MUJERES, "*Hacia un marco común europeo para medir los progresos en la lucha para erradicar la violencia contra las mujeres*", marzo 2002, accesible en: www.observatorioviolencia.org/upload/Doc47_guia_progresos_violencia.pdf.

2 www.eige.europa.eu.

3 <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210>.

conociendo que la naturaleza estructural de la violencia contra la mujer está basada en el género, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres". Hace 20 años, estos reconocimientos generaban incomodidad en algunas personas o sectores, y previsiblemente todavía produce algunos recelos al menos en España. Pero claramente el artículo 6 establece que "las Partes se comprometen a incluir un enfoque de género en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones del presente Convenio", por lo que poco va a tener que aceptarse que estamos ante una expresión y un enfoque metodológico respaldado por el derecho internacional de los derechos humanos.

Conforme reza su art. 1, los principales objetivos del Convenio son:

a) Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar ambas violencias.

b) Contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra las mujeres y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluida mediante la autonomía de las mujeres;

c) Concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de estas violencias.

d) Promover la cooperación internacional para eliminar ambas violencias.

e) Apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar las violencias contra la mujer y la violencia doméstica

En la filosofía del Convenio, las dos formas de violencia parecen situarse en el mismo nivel, si bien se hacen notar las diferencias entre ellas; el art. 3 ofrece la definición normativa de los términos, con ciertos matices respecto a las que ofrece la declaración de Beijing. Concretamente dice el referido art. 3:

A los efectos del presente Convenio:

a) por "violencia contra las mujeres" se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las

mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;

b) por "violencia doméstica" se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;

c) por "género" se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

d) por "violencia contra las mujeres por razones de género" se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada;

e) por "víctima" se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b;

f) el término "mujer" incluye a las niñas menores de 18 años.

El Convenio establece un amplio elenco de obligaciones a los estados parte, tanto preventivas, como de represión penal, de medidas concretas de ayudas a las víctimas, entre otras, y asimismo obligaciones de registro estadístico y de estudios de investigación y seguimiento. Para garantizar una aplicación efectiva de sus disposiciones por los estados firmantes, se crea un mecanismo de seguimiento específico constituido por un grupo de expertos, - Grupo de expertos en la lucha contra la violencia de género, GREVIO - que velará por la aplicación del presente convenio, y enviará sus informes a los parlamentos respectivos de los países que lo ratificaron.

El Convenio de Estambul no ha tenido mucha aceptación por el momento entre los 27 países miembros de la Unión Europea. No puede ignorarse que la propia Unión europea cuenta con sus mecanismos de supervisión, como antes he aludido, y con las obligaciones derivadas de los Convenios con Naciones Unidas. La proliferación de instrumentos internacionales que llegan a solaparse puede incidir en confusión a efectos de investigación y seguimiento estadístico, cuando las definiciones y las exigencias, aun pretendiendo un mismo objetivo, no sean coincidentes.

3. LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE VIOLENCIA DE GENERO: ACENTO EN LAS MANIFESTACIONES DE MALTRATO OCASIONAL Y MALTRATO HABITUAL EN LA PAREJA

En España el comienzo de la preocupación por la violencia de género a niveles de las instituciones públicas data de poco más de una década. El inicio de los estudios sobre la “cifra oculta” del maltrato⁴ y el seguimiento mediático de los asesinatos de mujeres a manos de sus parejas o ex parejas – con una frecuencia persistentemente de una media de 1 o 2 asesinatos por semana - contribuyeron de forma decisiva ya entrados los años 90, a centrar la atención pública en las demandas de intervención más decidida en esta materia, como desde tiempo atrás reclamaban los movimientos feministas. Por primera vez se tipifica como delito específico el “maltrato habitual” en la familia en el año 1989, pero el reflejo en la estadística judicial comienza a percibirse sobre todo a partir de 1999, una vez que la tipificación del delito de “maltrato habitual” se reformula para acoger el “maltrato psicológico” o “violencia psíquica”. No obstante, fue a partir de la ley que estableció la *Orden de protección* en el año 2003, (Ley 27/2003 de 31 de julio) como mecanismo de intervención urgente ante la denuncia de agresión grave o leve (delito o “falta”), cuando se registra un incremento casi espectacular de denuncias.

El abordaje del maltrato a la mujer se produce en España de forma progresiva a través de dos líneas de intervención. Una primera de carácter represivo-punitivo, que se inicia con la reforma del código penal del año 1989,- para incluir como delito el maltrato doméstico habitual - a la que siguen sucesivas reformas para ajustar la descripción típica a las características del fenómeno, con un progresivo endurecimiento de la respuesta penal para las manifestaciones de maltrato de menor entidad. Una segunda línea se dirige a atender las necesidades de la víctima en cuanto a su seguridad frente a la continuidad de la violencia, estableciéndose medidas de intervención judicial cautelar, y progresivamente ampliándose los instrumentos de asistencia con un elenco de servicios, asesoramiento psicológico, apoyo social y económico, defensa jurídica, y otras medias de apoyo.

4 Cfr. una valoración sobre las primeras encuestas e investigaciones en los años 90 en España, MEDINA, J. J. *Violencia contra la mujer en la pareja: investigación comparada y situación en España*, Valencia 2002, p. 111 ss.

La conjunción de estas dos líneas de enfoque del problema conforma un modelo de intervención que podíamos denominar mixto, punitivo-victimológico, que combina las lógicas de la prevención penal y la lógica de atención a la víctima en sus necesidades de seguridad, de recuperación personal y de garantía de condiciones de autonomía. En esta materia, la sola lógica punitiva, de enjuiciamiento y condena "post-facto", como corresponde al derecho penal, resulta claramente insuficiente para incidir en la reducción de la violencia. Aunque la diversidad de situaciones y manifestaciones no permite generalizaciones rígidas, las prácticas de maltrato en este ámbito tienden a cronificarse, y el peligro de continuación de las agresiones se incrementa en un alto porcentaje a partir de la denuncia, o partir de la decisión de la mujer de poner fin a la convivencia. La anticipación de una respuesta inmediata que ofrezca seguridad a la víctimas, y si fuera procedente el alejamiento del agresor, resultan medidas imprescindibles, para obstaculizar la reiteración de la victimización, así como para facilitar la denuncia de los hechos. Esta dimensión preventiva especial, en cuanto a la neutralización del peligro que pueda presentar el agresor, pertenece al campo de las medidas procesales cautelares que el derecho contempla, pero que deben adecuarse a las peculiaridades de este fenómeno y las circunstancias de cada caso. Pero a la vez, la situación de la víctima no puede desatenderse, lo cual significa ajustar y acompasar instrumentos de apoyo social y asistencial que discurren conforme a una lógica ajena a los discursos punitivos. La conjunción de perspectivas es fundamental, pero no siempre resulta acertado que vayan concatenadas de forma inescindible cuando lo que la víctima busca es únicamente el cese de la violencia pero no la activación de un proceso penal. El modelo español, que condiciona las medidas de tutela a la víctima a la presentación por ésta de la denuncia ante la Justicia penal, es discutible. Su rigidez presenta inconvenientes serios, que probablemente den lugar en los próximos años a una revisión del modelo.

La preeminencia de la óptica penal como forma de promover la visibilidad del fenómeno, en principio parece adecuada para asentar el discurso de la "tolerancia cero". Sin embargo, la complejidad de las situaciones de maltrato, la diversidad de manifestaciones en cuanto a su intensidad, la diversidad de las circunstancias en función de que la víctima pretenda continuar la convivencia con su pareja o por el contrario que esta convivencia anterior haya cesado, nos sitúan ante un panorama

que requiere abordajes matizados y diferenciados. La lógica punitiva no siempre casa bien con las expectativas y demandas de la mujer agredida, quien puede razonablemente preferir una solución discreta sin tener que pasar por el "estrépito del foro", en su búsqueda de una intervención que le asegure recuperar el control de su vida, y el acceso a ayudas para rehacer su situación personal y familiar. La intervención de la justicia penal es imprescindible muchos casos, pero en otros la víctima puede considerar que empeora sustancialmente su situación⁵. La irreversibilidad del proceso penal una vez que se interpone la denuncia, conduce a situaciones paradójicas, como la que hace poco leíamos en la prensa de una mujer que se había reconciliado con su agresor, con quien pretendía casarse pese a encontrarse éste en prisión y sometido a la prohibición de comunicar con su víctima⁶. Sustituir la voluntad de la persona afectada, por el imperativo de la ley penal, en aspectos sustanciales de su vida, no se compagina bien con la premisa de "empoderamiento" de la mujer, que no es una menor ni una incapacitada.

Como he indicado, en España, la primera tipificación penal relativa a la violencia contra las mujeres se plasma en 1989 mediante la figura del "maltrato físico habitual"⁷, entendida como "violencia doméstica" contra cualquier miembro de la familia. La conducta típica se ceñía a la reiteración de actos leves de violencia física, de manera que lo que hasta entonces se perseguían como meras infracciones leves ("faltas") pasa a constituir, probada la repetición de actos, una infracción de mayor entidad ("delito"). Pese a que ya se documentaba en los estudios sobre el "maltrato a la mujer" la dinámica del maltrato psicológico y el especial peligro de agresión en determinados situaciones de separación de la pareja, el tenor legal dejaba fuera del concepto de "maltrato habitual" ambos aspectos⁸.

5 Cfr. MEDINA, J. J. *Violencia contra la mujer en la pareja: investigación comparada y situación en España*, cit. p. 392 ss.

6 *El País*, 17 de enero de 2005, recogía la noticia: la mujer que previamente había denunciado a su pareja, motivo por el que el agresor se encontraba en prisión, quería acceder a contraer matrimonio con él; la Juez consideró que esa decisión era incompatible con la prohibición impuesta a aquél de aproximarse a la víctima, por lo que le prohibió incluso que pudiera visitarle en la cárcel.

7 La LO 3/ 1989 de 21 de junio de *Actualización del código penal*, introdujo un nuevo art. 425 texto decía: "El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física contra su cónyuge o persona a la que estuviera unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor". (La pena de arresto mayor consistía en privación de libertad de uno a seis meses).

8 La preocupación específica por la *mujer* maltratada, pasa a diluirse en el conjunto de sujetos potenciales de violencia en el marco familiar. Sin embargo, la preocupación por la situación específica de la mujer víctima de maltrato doméstico había comenzado a detectarse en la Comisión de Derechos Humanos del Senado, que encargó en 1986 la primera *Investigación de Malos Tratos a Mujeres*, que se publica en el Boletín del Parlamento en mayo de 1989, dos

En los diez años que van hasta la siguiente reforma del año 1999, el registro de denuncias de maltrato no experimenta cambios significativos. Podría aducirse que el escaso eco en la práctica judicial se debía a la dificultad de probar la "habitualidad", lo cual es cierto, pero a ello se añade la inercia de los operadores jurídicos y la falta de formación especializada en la documentación de los síntomas del maltrato, que requiere algo más que la mera comprobación de huellas corporales de la violencia. También incide la falta de asesoramiento jurídico a la víctima, quien normalmente acude para denunciar el último hecho, silenciando otros datos del contexto o el historial de su situación. En consecuencia la mayoría de las denuncias continuarán tramitándose como "faltas" menores. Las características del enjuiciamiento de la "altas", por el escaso espacio previsto para la investigación de los hechos antes del juicio, abocaba en un altísimo número de absoluciones, o a lo más la sentencia condenatoria consistía en imponer una multa leve al agresor, quien podía continuar su convivencia con la víctima⁹.

El panorama cambió sustancialmente a partir de 1999 al ampliarse el ámbito típico del delito a la "violencia psíquica", y a las ejercidas contra la "ex pareja" después de la ruptura de la convivencia. Asimismo se introdujo una importante reforma en la ley procesal para contemplar específicas medidas cautelares de protección de la víctima mediante órdenes de alejamiento del agresor¹⁰. Pero de nuevo, las insuficiencias: estas im-

meses antes de la reforma (Cfr.: *Informe de la Comisión de relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos encargados del estudio de la mujer maltratada*, en el BOCG, Senado, III Legislatura, Serie I, n. 313, 12 de mayo 1989). En este excelente estudio se documentaba con claridad la dinámica característica del maltrato en la pareja, subrayando el hostigamiento psicológico y las peculiaridades de la violencia tras la ruptura de la pareja; pero la receptividad de los legisladores fue ciertamente escasa. Para más referencias sobre el Informe, MEDINA J. J. **Violencia contra la mujer en la pareja: investigación comparada y situación en España**, cit. p. 32 ss. Sobre la reforma de 1989, MAQUEDA ABREU, M^a L., "La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma", en Quintero Olivares, Morales Prats (Coords.). **El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz**, Pamplona, 2001, p. 1515 ss.

⁹ El estudio encargado por el Consejo del Poder Judicial, que llevo a cabo un análisis extenso de las resoluciones judiciales pronunciadas durante el año 1999, revela claramente estos datos: el 96,5% de las sentencias por violencia doméstica se refieren a juicios de faltas y, en el conjunto, el índice de absoluciones en los enjuiciamientos por "falta" es del 73%, Por el contrario, en ese escaso 5% de denuncias que se tramitan como "delito", las absoluciones se restringen al 15% de los casos. Cfr. GARCIA CALVO, M (coord.). **El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia**, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2003, p. 63 ss.

¹⁰ LO 14/1999 de 9 de junio, "De modificación del código penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal". El nuevo código penal de 1995 había recogido en su art. 153 el delito de maltrato habitual en términos idénticos a aquel art. 425 del código anterior. La nueva redacción de este art. 153 quedó, a partir de 1999, con el siguiente texto:

"El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o hay sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligado a él de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres

portantes medidas cautelares se limitaban a las denuncias por "delito" de maltrato "habitual", y quedaban fuera de su alcance las que se tramitaban como mera "falta" (infracción leve, no habitual), que seguían conformando el grueso de las calificaciones que recibían los casos denunciados.

En continuidad con la perspectiva punitiva, en el año 2003 se vuelve a reformar el delito de "maltrato habitual", que pasa a situarse como "delito contra la integridad moral", castigado con penas de hasta tres años de prisión. Se amplía el círculo de sujetos pasivos, reforzando la óptica de la tutela a la "familia" o de situaciones asimiladas (residencias de menores, de ancianos...), magma genérico en el que la violencia en la pareja queda equiparada a la ejercida contra menores o contra personas vulnerables. Por otro lado, la experiencia de la deficiente investigación de los hechos cuando se calificaban como meras 'faltas'¹¹, lleva al legislador a una decisión pragmática, pero poco respetuosa con la valoración de la gravedad, que es el juzgador el que debe determinarla, decide elevar a la categoría de "delito" toda agresión o acometimiento físico o psíquico de carácter leve y meramente ocasional, en el ámbito familiar o de convivencia análoga. Las "malas prácticas" de los operadores jurídicos, pretenden corregirse con una mala técnica, la de nivelar por ley conductas de distinta gravedad para evitar interpretaciones a la baja.¹² Un endurecimiento discutible que parece estar pensado para atajar trayectorias de violencia, pero que en su formulación acoge actos de muy distinta significación, entre cualquier miembro de la familia. Lo mismo acoge un cachete que propine la madre a un hijo adolescente, que la amenaza con arma del marido a la mujer. Además de la pena de prisión prevista - de tres meses a un año - que puede ser sustituida

años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores."

Importante destacar que esta Ley incorpora como penas específicas la prohibición de aproximación a la víctima o familiares, o de comunicar con ellos.

11 Los datos sobre la tramitación de las denuncias durante los años 2000-2002 siguen mostrando el contraste entre el numeroso grupo de las que derivan en un "juicio de faltas" y las reconducidas a la calificación de "delito", y a la misma tónica de elevado número absoluciones para las "faltas": GARCIA CALVO, M. *"Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género"*, en AAVV. **La ley de medidas de protección contra la violencia de Género, Cuadernos penales José María Lidón**, n. 2, Bilbao 2005, p. 20 ss.

12 Procedimiento que conduce a consecuencias no deseadas, que llevan a los tribunales a tener que castigar como "delito" pequeñas incidencias familiares que nada tienen que ver con la violencia de género. Cfr. la crítica a esta política legislativa en LAURENZO COPELLO, P. "Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra violencia precipitada", en **Boletín de Información y análisis jurídico**, Instituto Andaluz de la Mujer, (2003) n. 14, diciembre 2003, p. 4 ss.

por trabajos al servicio de la comunidad, es obligado imponer la pena de alejamiento de la persona que arremete por un tiempo que supere en un año a la pena de prisión, lo que puede resultar un despropósito en el caso del "cachete", así como en casos de agresión leve ocasional del marido a la mujer o de la mujer al marido. La deriva hacia el endurecimiento, descontextualizando el carácter de la agresión, acaba atrayendo la atención hacia lo anecdótico. La resistencia a situar la violencia en la pareja como manifestación de rasgos específicos, bien distintos a los de otras manifestaciones de tensión familiar, aboca a estas confusiones¹³.

La enorme dificultad de un pronóstico certero sobre el grado de riesgo de nuevas agresiones, explica que la judicatura manifieste su incomodidad ante la urgencia exigida por la ley para decidir la concesión de la *Orden de protección*, lo que les obliga a orientarse más por intuición que por la convicción fundada en elementos debidamente contrastados. El temor a equivocarse parece inclinar la balanza en contra del denunciado, lo que tampoco resulta satisfactorio desde la óptica de la justicia penal que requiere un ajuste escrupulosos a las garantías procesales. El hecho de que las medidas asistenciales a la víctima dependa de la concesión de la *Orden de protección*, y que las medidas cautelares sobre adjudicación del uso de la vivienda, pago de la pensión, y custodia de los hijos deba tomarse en tan breve tiempo, constituye sin duda un estímulo para que la víctima denuncie los hechos, pero también para abocarle a una vía con efectos a medio plazo no deseados. La pregunta sigue siendo ¿qué es lo que le conviene más a una mujer que quiere poner fin a las agresiones, pero que no quiere ver a su marido, pareja o expareja en prisión? ¿debemos atender a las preferencias de la mujeres afectadas, o debe mantenerse la vía penal como único trayecto posible?.

La entrada en funcionamiento de la *Orden de protección* ha evidenciado la necesidad de incrementar los recursos sociales, los medios personales en los Juzgados y en las Oficinas Atención a los denunciantes, la agilización y coordinación con los órganos policiales encargados de supervisión de las medidas... etc. Se constata asimismo disfunciones derivadas de la vinculación de la *Orden de protección* a la persecución penal de los hechos. El incremento de denuncias se acompaña asimismo de un porcentaje significativo, del orden del 10% de "retiradas" de la denuncia

13 ASUA BATARRITA, A. "Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la Reforma de la LO 11/2003 de 23 de septiembre", en AAVV, *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, en Cuadernos penales José María Lidón, n. 1. Bilbao 2004, p. 201 ss.

por parte de las mujeres que inicialmente acuden a los tribunales, una reacción que desvela contradicciones del modelo en cuanto a lo que las víctimas buscan al denunciar los hechos¹⁴.

La "Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género" (Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre) pretendió avanzar en la filosofía de la *Orden de protección*, consolidando el modelo mixto, de doble perspectiva penal- victimológica, y a la vez que incorpora un elenco de actuaciones dirigidas a la sensibilización social sobre los factores que subyacen a la violencia de género y a combatir los estereotipos culturales favorecedores de los roles de subordinación de la mujer. En la exposición de Motivos se apela explícitamente a las Recomendaciones de organismos internacionales y se subraya la necesidad de reconocer las raíces profundas de las prácticas violentas en los patrones culturales que han consagrado durante siglos la desigualdad "natural" de la mujer. El enfoque es pues, de profundo alcance, pero pese a la enunciación del título de la ley, se trata fundamentalmente de una regulación sectorial de la "violencia de género", circunscrita al tratamiento de la violencia contra la mujer en el ámbito de las relaciones de pareja. Punto de partida de evidente significación como espacio especialmente sintomático donde se percibe de forma más evidente la conexión entre la pervivencia de las imágenes de subordinación, de la inequidad del reparto de roles, derechos y poderes según el sexo, y las prácticas de imposición violenta en la negación del autonomía de las mujeres en la vida cotidiana.

El art. 1 resume la filosofía de la ley. Dice textualmente el art. 1.1 : *"La presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges, o de quienes estén o hayan estado ligados a éstas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia"*. Y en el n. 3 del mismo artículo precisa que la violencia de género a que se refiere comprende *"todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones y la privación arbitraria de la libertad"*.

La focalización de la perspectiva en la violencia en relación de pareja, sea durante la convivencia, o asimismo cuando se produzca después

14 Una interesante reflexión sobre los factores que llevan a la mujer a retractarse de sus denuncias y sobre la necesidad de encauzar adecuadamente sus demandas, con amplia documentación del fenómeno en perspectiva comparada de distintos países, en LARRAURI PIJOÁN, E. *"Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?"* en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 12, 2003, p. 271 ss.

de la ruptura, supone por primera vez una contemplación específica del maltrato en este ámbito, que se desprende del marco tradicional de la "violencia intra-familiar" genérica¹⁵. Hasta ahora, las sucesivas reformas que se han producido en el código penal desde el año 1989 hasta la más reciente del año 2003, habían obviado la conveniencia de esta diferenciación, lo cual había oscurecido el significado de la violencia contra las mujeres. La apelación al mantenimiento del "orden familiar" como objeto de tutela común del delito de "maltrato doméstico", o a la necesidad de proteger a los miembros "físicamente más débiles de la familia"¹⁶, no ha ayudado a clarificar la sustancial diferencia del significado del maltrato a la mujer respecto al maltrato a menores, discapacitados o ancianos del núcleo familiar¹⁷. No obstante, precisamente las críticas contra la Ley se centran en la concreta tipificación de los delitos de maltrato leve ocasional (físico, psíquico, coacción o amenaza), por establecer la ley una pena algo más grave al varón que golpea a la mujer que fuera su pareja o ex pareja, frente a la pena prevista para la mujer que golpeará a su pareja¹⁸. Aspecto que motivó objeciones en el Parlamento, donde fue aprobada por unanimidad, pero sin embargo, esta diferencia penológica sigue dando lugar a críticas de opinión en los medios de comunicación. El Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse sobre si esta diferencia supone una discriminación inadmisibles contra el varón, en contestación a las numerosas cuestiones de constitucionalidad que le plantearon un buen número de jueces¹⁹.

En cuanto al contenido de la Ley, la pretensión de ofrecer un abordaje "integral y multidisciplinar", se plasma en la atención prestada a la

15 Una diferenciación propugnada a nivel europeo: LOBBY EUROPEO de MUJERES, *Hacia un marco común europeo*, cit. p. 16, donde se subraya la importancia de la "correcta denominación del problema: violencia masculina y no violencia familiar".

16 La Exposición de Motivos de la LO /1989 fundamentaba la creación del delito de "maltrato habitual" en la necesidad de corregir "la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros el mismo". Sobre la "la paz y el orden familiar" como objeto de tutela del delito de maltrato doméstico, el discurso de la Circular 1/1998 de la Fiscalía (Procuraduría General).

17 Todavía la reforma de 2003 del delito de maltrato habitual (LO 11/2003 de 29 de septiembre) se centró en ampliar la figura incluso a las personas especialmente vulnerables sometidas a custodia en centros públicos o privados. Críticas a estas reforma, en LAURENZO COPELLO, P. "Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra violencia precipitada", en *Boletín de Información y análisis jurídico*, Instituto Andaluz de la Mujer, (2003) n. 14, diciembre 2003, p. 4 ss.; ASUA BATARRITA, A. "Los nuevos delitos de violencia doméstica ", cit.

18 La diferencia penológica se cifra en el rango mínimo de la pena de prisión que puede imponerse al hombre - 6 meses - frente a la prevista para la mujer - 3 meses - ya que el máximo en ambos casos sería de 1 año; y en ambos casos la pena podría consistir en la pena de trabajos al servicio de la comunidad, en la cual no hay diferencias de duración.

19 Se plantearon cerca de 200 Cuestiones de Inconstitucionalidad por el mismo motivo, que el Tribunal resolvió desestimándolas; Véase STC 59/2008 de 14 de mayo de 2008, primera de la larga serie que resuelve las cuestiones planteadas. (www.tribunalconstitucional.es). Cfr. LARRAURI, E. "Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008", "InDret", febrero 2009, www.indret.com.

educación y al “proceso de socialización” en la igualdad. Para ello dispone una larga serie de medidas de naturaleza preventiva enfocadas hacia la concienciación general sobre el problema: políticas educativas – educación en la igualdad, habilidades en la resolución pacífica de conflictos-, medidas dirigidas a eliminar la publicidad sexista en los medios de comunicación, indicaciones relativas a la sensibilización de aspectos sanitarios para la detección precoz del maltrato físico o psicológico. Una línea que ya se había iniciado en anteriores *Planes de Igualdad* desarrollados a nivel estatal y de las Comunidades Autónomas²⁰.

Por otro lado, en lo que constituyen aspectos centrales de la ley, consolida y refuerza la perspectiva de tutela de las víctimas propia de la *orden de protección*, añadiendo previsiones específicas de asistencia y de facilitación de las condiciones laborales, económicas, de información de asistencia social, psicológica, sanitaria. Consagra como derechos de las víctimas, la prestación de asesoramiento e información sobre los recursos sociales a través de las oficinas y organismos de las Administraciones Públicas (art. 18); el derecho a la "asistencia social integral", a través de los servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y de recuperación integral, que incluyen atención psicológica, apoyo educativo a la unidad familiar, apoyo a la formación e inserción laboral. Establece asimismo el derecho a la asistencia jurídica, gratuita (al menos inicialmente)²¹, inmediata y especializada, en los procesos penales y en los procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta con la violencia padecida (art. 20). Debe destacarse que las garantías de protección de los derechos y las medidas sociales previstas, se extienden a toda mujer víctima de violencia de pareja, "con independencia de su origen, religión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" (art. 17). Mediante esta cláusula se pretende dejar constancia expresa de la inclusión

20 En las medidas educativas y de sensibilización de la opinión pública, esta Ley asume la estrategia diseñada por la Unión Europea para la consecución de una “democracia integradora”: Véase COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS "Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad de hombres y mujeres (2001-2005)". Bruselas 7.6.2000,COM(2000) 335 final; Pero el acotamiento de los objetivos de la Ley integral, deja a medio camino lo que sería una verdadera aproximación global a la problemática de género. Por ello se anuncia una próxima Ley de Igualdad, que irá ampliando el mosaico de disposiciones más o menos dispersas que por ahora configuran un marco fragmentario de regulaciones.

21 La Asistencia Jurídica gratuita viene condicionada a la falta de recursos económicos, conforme a los requisitos generales establecidos en las leyes correspondientes (Ley 1/1996). Pero ello no obsta a que de inmediato se proceda a facilitar la asistencia requerida, aunque posteriormente deban abonar los honorarios devengados por la intervención letrada si la víctima posee recursos económicos. A tal efecto, el art. 20 establece las correspondientes obligaciones de los Colegios de Abogados para la designación de “letrado de oficio” en estos procedimientos, y para la organización de “cursos de especialización” dirigidos a garantizar la profesionalidad y eficacia de la intervención letrada en esta materia.

de mujeres extranjeras como destinatarias de los derechos garantizados por la ley, independientemente de su situación "regular" en cuanto a permisos de residencia o estancia en nuestro país. Ahora bien, en el art. 23 se establece que "Las situaciones de violencia que dan lugar a los derechos regulados en este capítulo, se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de la violencia de género, hasta tanto se dicte la orden de protección".

Se crearon los *Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, como instancia especializada que asume la competencia de investigación penal de los delitos de violencia de género, junto con la competencia civil en materia de familia respecto a los afectados²². Inicialmente arrancó con 17 juzgados y en la actualidad, en 2015, son ya 106 juzgados de violencia sobre la mujer exclusivos en toda España, además de que en 355 otros juzgados que compatibilizan su competencia civil o penal con la de violencia de género, tras cursos de formación especializada. Asimismo se crea la Fiscalía especializada con el mismo fin de garantizar la máxima coordinación en las resoluciones en el orden civil y penal. En relación a los problemas probatorios ya detectados con la aplicación de la *Orden de protección*, las dificultades de tener que adoptar decisiones casi inmediatas en base al diagnóstico sobre el "riesgo objetivo para la víctima", la nueva ley ofrece una instrumento que debiera ayudar a interpretar con mayor fundamento los indicios del "peligro". Se trata del "Protocolo Forense multidisciplinar" que debe ofrecer un catálogo de indicadores - homologados científicamente en la experiencia comparada - a tener en cuenta por el "equipo forense integral" que como órgano experto ayuda al Juez a valorar el grado de peligro en el caso concreto²³.

Pasados 10 años de su implementación, el balance de sus efectos no pude ser sino provisional. En cuanto a las cifras de denuncias, medidas adoptadas, delitos objeto de condena penal, número de asesinatos que continúan de forma casi invariable en número (sobre 60/70 mujeres ase-

22 Los Juzgados de Familia adoptan las decisiones sobre medidas cautelares, y la resolución de las demandas del orden familiar; junto con la instrucción de la causa penal; el enjuiciamiento y resolución de la causa penal - por delito o falta - corresponde a los Juzgados de lo Penal o a los tribunales correspondientes - conforme a la separación de las fases de investigación y de decisión.

23 El equipo forense interdisciplinar integra profesionales médicos, psicológico y trabajadores sociales. Vid. COBO PLANA, J. A. "La prueba interdisciplinar en la violencia doméstica: un punto de vista médico-forense", en AAVV, "La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género", Cuadernos penales Jose María Lidón, n. 2, Bilbao 2005, p. 234 ss.

sinadas al año, en una población de 40 millones de personas, algo más del 50% mujeres), encuestas de victimización, etc. los datos van a ser expuesto con precisión por la ponente Dra. Patricia Laurenzo, máxima experta en el seguimiento de la ley de violencia de género española. Yo solo quiero hacer una observación: no hay duda de que se ha ganado en visibilidad, que lo que hace tres décadas resultaba innombrable, de difícil denuncia y causa de doble victimización, hoy sale a la luz y recibe el repudio social. Pero el relato de los avances requiere mucho más tiempo de recorrido, porque en tanto no se logre incidir paulatinamente, pero de forma decisiva y profunda, en los factores estructurales y culturales tantas veces denunciados, no estaremos ante un avance sostenible, no habremos llegado a una sociedad libre de discriminación y violencia contra las mujeres. El logro indudable ha sido ya permitir que se nombre y se identifique una manifestación que quedaba encubierta con los velos de los afectos, las pasiones, del reparto de los papeles de una dramática película en el que los poderes desiguales conducen a calladas tragedias personales y a una sangría social de vidas y de oportunidades negadas a miles de mujeres. Y es un logro asentado en una tarea compartida, que sigue desarrollándose bajo un mismo empeño a largo de los distintos países, un empeño en el reconocimiento de la humanidad plena de las mujeres y de los hombres, como condición de progreso y de paz social. ❖

Violência Contra a Mulher e as Práticas Institucionais

Cristiane Brandão Augusto

Professora Doutora Adjunta de Direito Penal e Criminologia da Faculdade Nacional de Direito (FND) da UFRJ, onde também exerce a função de Coordenadora Acadêmica de Graduação e a coordenação do Grupo de Pesquisa sobre Violência de Gênero – PEVIGE. Integra o corpo docente do Programa de Pós-graduação e em especializações do NEPP-DH e participa do grupo de pesquisa do Laboratório Interdisciplinar de Estudos e Intervenção em Políticas Públicas de Gênero – LIEIG/NEPP-DH, sob a coordenação da Prof.^a Dr.^a Lília G. Pougy, bem como do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições – LETACI/FND, sob a coordenação do Prof. Dr. Carlos Bolonha.

Ao ser convidada para palestrar no Seminário Internacional sobre Violência de Gênero e Feminicídio, senti-me honrada pela deferência e oportunidade de compartilhar algumas ideias com tantas renomadas juristas, pesquisadoras, acadêmicas, intelectuais do cenário nacional e internacional. Apresentava-se, igualmente, um espaço valioso para a provocação da plateia e das colegas de Painel com algumas inquietudes pessoais e algumas visões colhidas das investigações que vimos¹ fazendo sobre a temática de gênero, em geral, e sobre as práticas institucionais dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), em particular.

Assim, a exposição se baseou no relatório de pesquisa apresentado ao IPEA e ao Ministério da Justiça², instituições promotoras do Programa “Pensando o Direito”. Através da Chamada Pública de número 131/2012, o IPEA, em meio ao eixo temático instituído (“Acesso à Justiça e Mulheres em Situação de Violência”), aprovou o referido projeto de pesquisa: “Pen-

1 As pesquisas são desenvolvidas pelo Grupo de Pesquisa sobre Violência de Gênero (PEVIGE) da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ), sob minha coordenação.

2 Volume 52 das publicações “Pensando o Direito”. Conferir em <http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/>.

sando o Direito e as Reformas Penais no Brasil: Violências contra a Mulher e as Práticas Institucionais”, sob minha coordenação.

Desenvolvida no segundo semestre de 2013, tal pesquisa identificou problemas ainda sem solução. A incompatibilidade de expectativas feministas e o arcabouço patriarcal de órgãos estatais, o atendimento oferecido no cotidiano burocrático e as necessidades das assistidas quanto a uma escuta sensível e humanizada, as respostas juridicamente engessadas no Judiciário e a esperança da “solução para a vida” das usuárias são algumas questões pendentes.

Por não ser a violência de gênero em âmbito familiar e doméstico um fato unicamente criminal, já que envolve relações pessoais e íntimas/familiares, o conflito se mostra muito mais complexo e particular, não se encaixando em padrões de decisão de escala industrial, formatados num modelo de ritualística processual frio e cartesiano, nem se contentando com as respostas penalistas que nossa legislação atual é capaz de fornecer.

Diga-se, aliás, que a Lei Maria da Penha é reconhecida como um marco legislativo, sobressaindo, justamente, as medidas de caráter não criminal, como a visibilidade trazida para as questões de gênero, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião; a ratificação do compromisso em tratar a questão como violação a Direitos Humanos; as medidas integradas de prevenção, que envolvem todos os níveis governamentais e não governamentais; e as medidas protetivas de urgência.

Nesse sentido, percebeu-se a imprescindibilidade de uma lei que pautasse o respeito, a proteção, a inclusão e o empoderamento da mulher na comunidade, como indivíduo de igual nível intersubjetivo. Pode-se, pois, dizer que a Lei Maria da Penha foi uma medida política emergencial, a fim de uma mudança social pautada na legislação em busca de desconstruir um antigo paradigma.

Uma lei que tenta contribuir para erradicar da realidade uma marca histórica de inferiorização do sexo feminino, de estigmas retrógrados e discriminatórios. Uma lei, enfim, que defende a integridade física e psíquica da mulher, a integridade social, a honra e a dignidade. Pretende diluir da cultura o preconceito, a ideia de segregação e hierarquização de gêneros, além de trazer para o âmbito criminal uma punição ao ator desta violência tão singular e tão enraizada nas mentes da população como “natural”.

Mesmo assim, há que se reconhecer que resta um longo caminho a ser percorrido. Foi na intenção de buscarmos essa trilha que partimos para a realização da Pesquisa.

Considerando o referencial teórico adotado sobre comportamentos institucionais e violência de gênero, buscamos analisar, para além dos marcos legislativos, a operacionalidade das medidas da Lei 11.340/06, o cotidiano dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, os procedimentos enfrentados pela vítima e, especificamente, o atendimento das Defensorias Públicas.

A opção metodológica foi por uma abordagem qualitativa e etnográfica, a partir de observação participante e/ou não participante, bem como de entrevistas com atores-chave como Defensores e vítimas. Por essa via, conseguiríamos colher as falas que ilustrariam nossas conclusões e, posteriormente, embasariam nossas propostas de medidas administrativas e/ou legislativas.

Apesar da limitação de recursos e de tempo, nossa pesquisa também conseguiu atingir outros Estados, para além do Rio de Janeiro. Considerando as cidades de origem de nossos analistas e consultores técnicos, realizamos investigações nos Juizados e Núcleos Especializados de Belém, Porto Alegre, Lajeado, São Paulo, Campo Grande e Maceió, tendo, com isso, dados de todas as regiões brasileiras. Tendo em vista o curto espaço de tempo (no total, oito meses) para uma amostragem qualitativa nacional, priorizamos as comarcas em que, naturalmente, nossos analistas teriam mais facilidade de locomoção, estadia, permanência e acesso aos operadores. No Rio de Janeiro, todavia, não limitamos esforços, percorrendo os Juizados da Região Metropolitana, dentre os quais o do Centro (I JVD FM), Campo Grande (II JVD FM), Jacarepaguá (III JVD FM), Leopoldina (VI JVD FM)³, Duque de Caxias, Nova Iguaçu, Niterói e São Gonçalo, bem como o NUDEM (Núcleo Especial de Defesa dos Direitos da Mulher).

Um dos problemas concernentes ao sistema jurisdicional é a falta de receptividade a pesquisas empíricas. Muitos Juizados tratam das questões de violência doméstica como algo onde não há espaço para observação de terceiros, uma vez que isso poderia causar algum tipo de dano à intimidade da vítima. Nos Juizados “C”, “D” e “F”⁴, por exemplo, é dito

3 IV e V Juizados ainda não haviam sido instalados.

4 Por razões éticas e atendendo a recomendações dos avaliadores do IPEA, não correlacionamos os dados de campo com os Juizados e Núcleos pesquisados, preservando, assim, o anonimato dos entrevistados.

que as audiências correm em segredo de justiça e, sendo assim, a regra adotada é a de que não podem ser observadas por terceiros estranhos ao processo:

O Juiz [do Juizado D] nos informou que lamentavelmente não podia nos deixar assistir às audiências, pois estava cumprindo recente resolução do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) que determinou, segundo ele, que todas as audiências de violência doméstica transcorressem em segredo de justiça, e que também não nos autorizaria a realizar a aplicação de questionário com as mulheres que aguardavam as audiências ao lado de fora da sala de audiência. (Analista)

Não logramos êxito em localizar tal Resolução.

Além dos entraves relativos ao segredo de justiça, tivemos dificuldade com o agendamento de entrevistas com os operadores, que se mostravam ocupados ou indispostos a se pronunciar. A Defensora do Juizado “D”, por exemplo, justificou a negativa à entrevista com sua timidez, acrescentando que a equipe multidisciplinar teria muito mais a dizer, até porque esta era também responsável pelos atendimentos.

Por volta das 14h, nos chamaram à sala da Defensoria e pudemos conversar brevemente com a defensora. Ela pediu que nós explicássemos exatamente o que pretendíamos e, ao respondermos que gostaríamos de acompanhar o atendimento da Defensoria e realizar uma breve entrevista com ela, a defensora explicou-nos que seria mais vantajoso falarmos com a equipe técnica. Além disso, afirmou ser “muito tímida” e, por isso, preferiria não dar entrevista. Tentamos argumentar dizendo que seriam só algumas perguntas breves, mas ela continuou inflexível: ‘Não, não! Sou muita tímida! (risos)’. (...) Sendo assim, encaminhamo-nos para a equipe técnica e lá conversamos com a assistente social. Esta foi muito gentil, explicou-nos o seu trabalho e o da equipe em geral e perguntou-nos se não poderíamos retornar outro dia. Tal pedido se deu por conta da ausência de atendimentos naquele momen-

to e por sua preferência por falar antes com a psicóloga da equipe para que pudessem agendar em data mais proveitosa. Dessa forma, deixamos o nosso contato e agradecemos. Mais tarde, naquele mesmo dia, recebemos uma ligação da psicóloga nos explicando que, infelizmente, não poderia autorizar o nosso acompanhamento aos atendimentos por conta do “Código de Ética do Psicólogo”. Assim, aconselhou-nos a entrar em contato com a defensora para que pudéssemos acompanhar o atendimento da Defensoria. (Analista)

Outras pesquisas empíricas na área das Ciências Humanas e Sociais narram dificuldades semelhantes, bem como dão conta de demonstrar os inúmeros obstáculos ao acesso à Justiça ainda não superados. Sucintamente, podemos identificar certos aspectos físico-estruturais (como o grande número de processos, poucos Juizados, escassa infraestrutura, número reduzido de profissionais, atmosfera inóspita, etc.), características histórico-culturais (como a diferença entre cultura jurídica oficial e cultura jurídica popular, a permanência de um padrão patriarcal de interpretação dos conflitos, os casos de culpabilização da própria vítima, a tendência ao discurso de proteção da “família”, linguajar tecnicista etc.) e problemas político-legais (como a escassez do trabalho em Rede, a falta de visão da atividade judicante como integrada a um projeto maior de Política Pública, a ausência de capacitação qualitativamente condizente com este mesmo projeto, a legislação antiga e contraditória, a falta de implementação de condições para o cumprimento da Lei Maria da Penha na integralidade etc.).

Como se vê, problemas nos Juizados são muitos, variados e expressivos. Infelizmente, é uma história que se repete, por não ser uma falta exclusiva dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Essa antiga problemática é inerente ao sistema judiciário brasileiro. E tão antigos são também problemas físico-estruturais. Por mais que os Tribunais de Justiça façam investimentos em obras de infraestrutura, a falta de espaço físico parece uma constante em muitos Juizados, sobretudo nas instalações das Defensorias Públicas, que nem sempre são contempladas com melhorias.

Como consequência dessa estrutura encontrada, a falta de uma escuta humanizada e privativa foi detectada na maioria dos Juizados nos quais realizamos visitas. No Juizado “E”, por exemplo, a pouca quantidade

de Defensores e a falta de espaço mais acolhedor faziam com que o atendimento às vítimas funcionasse de maneira apressada nos dias de maior demanda:

Muito ruim. Para o defensor, do jeito que está é desgastante, é cansativo. Acaba que o atendimento à vítima demora, eu gostaria de fazer um atendimento muito mais humanizado, gostaria de ter salas independentes, espaços mais reservados para poder conversar, (...) não teria coragem de dizer mais defensores, seria bom... (...) acho que é mais estrutura mesmo. Agora, cartório, equipe técnica, é porque as meninas são muito boas, muito dedicadas e muito experientes, senão já seria declarada uma situação de calamidade. (Defensor Público do Juizado E)

Muitas vezes, por força do espaço apertado e disputado pelos funcionários e jurisdicionados, a conversa em tom normal, seja ao telefone, seja na prestação pessoal do atendimento, dificulta que a própria voz da vítima seja claramente ouvida. Ademais, há relatos de estagiárias que, diante do fato apresentado pela assistida, levaram-na ao banheiro para que ela mostrasse os ferimentos (até tirando fotos para provar) ou levaram-na a outro local vazio no corredor onde ela pudesse ser atendida com mais calma e privacidade:

O nosso Juizado não está preparado para o atendimento das vítimas de VD [violência doméstica], então há um esforço redobrado para que nós, estagiárias, efetuemos um atendimento minimamente digno, diante de toda a violência já sofrida pela vítima. (Estagiária da Defensoria Pública do Juizado F)

Não, não é. Não é. Zero, zero, zero. Não tem nem uma baia, não tem privacidade nenhuma, não tem baia, todo mundo escuta de tudo, comenta de tudo ali. Estagiária perguntando pra outro o que tem que fazer. Olha, horrível! Falta de ética total. Muito péssimo, as pessoas não se sentem confortáveis. Nem aqui nem lá no NUDEM A. E pior lá no NUDEM A que é um do lado do outro, é assim ó. Exatamente é um balcão com um do lado do outro. Isso é horrível. É horrível, mas como

a gente tem que passar por isso, então infelizmente tem que passar por isso. Então assim, eu perdi muito tempo já de trabalho e, assim, eu não acredito mais nisso aqui. Não acredito. Não acredito mesmo. Não acredito em nada de “Lei da Maria da Penha”. Não acredito. Não dá. Todo mundo que tava lá que eu escutei... “Ah não, foi revogado”. Todo mundo, o processo foi arquivado. Entendeu? Não foi pra frente, foi arquivado. (Vítima 12)

Ao lado da recorrente necessidade de ampliação da estrutura física está a recorrente necessidade de ampliação do número de Juizados e dos recursos humanos envolvidos.

Nos juizados G e E, há mais de 20 mil processos no cartório, e no Juizado F fomos informados pelo Juiz Titular de que há aproximadamente 15 mil processos. A demora na prestação jurisdicional, além do sobrecarregado trabalho no cartório, também contraria o quesito 2.2 na página 14 do Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, publicado pelo CNJ em 2010, cuja recomendação é:

A partir de um número de 10 mil procedimentos, o volume de feitos e a necessidade de efetivo controle sobre todas as etapas do processo, assim como a celeridade com que devem ser praticados os atos no âmbito da Lei 11.340/06 e no plano da efetividade do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, recomenda-se o desmembramento do Juizado de Violência Doméstica para tantas unidades quanto possíveis dentro da estruturação de cada Tribunal de Justiça, de modo a se dar atendimento eficaz aos jurisdicionados que fazem uso do serviço.

A falta dos JVDFMs sobrecarrega o trabalho daqueles já existentes, pois impõe enormes áreas abrangidas por um único Juizado. A título de exemplo, a Zona Oeste da cidade do Rio de Janeiro, que conta com 26 bairros e população total de mais de 2 milhões e 950 mil habitantes – quase metade da população da cidade do Rio de Janeiro, que é de 6,32 milhões de habitantes – possui apenas dois juizados.

Não sem razão a reclamação de uma das Defensoras atuantes na área:

Aqui no Juizado, nós atendemos várias regiões. Existem pessoas que se locomovem de Deodoro até aqui para serem atendidas, e isso, querendo ou não, ajuda a sobrecarregar o JVDFM (Defensora Titular).

Ao Cartório, à Defensoria e à equipe multidisciplinar faltam profissionais. A equipe multidisciplinar, prevista na Lei Maria da Penha, perfaz uma parte primordial no atendimento do Juizado. Entretanto, poucas são as unidades que a possuem de forma completa. Ademais, poucos são os Defensores que trabalham direta e exclusivamente nas questões de Violência Doméstica, o que diminui a celeridade do Poder Judiciário. Com uma agenda apertada, a baixa quantidade de Defensores por Juizado torna mais difícil o trabalho daqueles que precisam se dividir entre atender às vítimas de forma humanizada e prestar assistência nas audiências, além de, muitas vezes, ter que cumular com outras varas.

Aliado a problemas de ordem quantitativa, percebemos “faltas qualitativas”. Apesar da prerrogativa de promoção da justiça e equidade, o Poder Judiciário está inserido na sociedade e, conseqüentemente, carrega (e reproduz) traços da cultura patriarcal em seu funcionamento. Nos diários de campo, os analistas registram que:

À segunda [audiência], o réu também não compareceu e a vítima não foi localizada. Juiz [do Juizado I] brinca com o advogado que também aguarda na sala de audiências: ‘essa aí já deve estar até apanhando de outro’ Ambos riem. Volta a dizer: ‘não é insensibilidade da minha parte, mas já vi cada caso de violência doméstica, é difícil, viu?’ (Analista)

Embora as intenções do promotor [Juizado N] parecessem boas, seus argumentos eram bastante machistas (‘tu tens direito a ficar na casa porque é mulher e é quem deve ficar com os filhos’; ‘um homem com caráter, quando vê que a relação terminou, coloca suas coisas no porta-malas do carro e vai

embora’; ‘ele deve ‘se virar’ para encontrar outro lugar para morar, por isso ele é homem’). (Analista)

No Juizado M, por exemplo, o depoimento da magistrada também aponta nesse sentido:

A Juíza, por sua vez, também bastante favorável à existência de uma Lei específica para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e favorável inclusive ao incremento no caráter punitivo da norma, ressaltava a necessidade de que as mulheres “se colocassem no seu lugar”, no sentido de que muitas vezes, tão logo obtinham a medida protetiva para afastar o agressor do lar, deixavam os filhos em casa para irem a bailes e eventos festivos. Ressaltou, claro, a liberdade das mulheres de o fazerem, mas acreditava não ser “razoável”. Mencionou também que lhe chamava a atenção o fato de que as vítimas não demoravam muito a encontrar outros companheiros, com quem passavam a coabitar, casavam-se, ficavam noivas etc. e que, muitas vezes, tornavam a ser agredidas nos novos relacionamentos. (Analista)

Associa-se à cultura patriarcal uma falta de preparação ou de seleção dos operadores do Direito conforme suas habilidades ou vocações:

Nossos critérios por atuação em um órgão são a antiguidade. Se o juiz quer ficar mais próximo de casa, assume um juizado de violência doméstica, mesmo sem conhecimento nenhum da matéria. (...) A violência doméstica exige um conhecimento específico (...) até pra tentar solucionar a questão, não adianta só julgar. Tem que se dar uma continuidade no trabalho. (Defensora Pública do Juizado E)

A falta de sensibilização e de capacitação específica e constante para os Defensores, Juizes e Promotores, além de estagiários pode acarretar um atendimento menos humanizado e mais culpabilizador da vítima, seja através de discursos de manutenção da família ou de repreensão por se atribuir pequeno potencial ofensivo à violência sofrida:

A segunda audiência, enquanto o réu da primeira não chegava, era referente a uma vítima, que compareceu, e o réu não. Ela tinha 74 anos e alegava perturbação de tranquilidade por parte do ex-cônjuge, quando o juiz [Juizado H] a intimidou: 'A senhora por acaso sabe o que é um crime? Acha mesmo que ele é um criminoso? Minha mulher perturba minha tranquilidade todo dia e nem por isso a ponho no Judiciário: isso é uma instituição cara, não é feita para dar lição de moral em ex-cônjuges'⁵ (Analista)

Uma mulher que deseja romper a violência em que se encontra terá, portanto, dificuldades em lidar com a rota crítica do fluxo de Justiça Criminal e com o sistema dos Juizados:

Atendimento pessoal péssimo. Zero. Eu me senti verdadeiramente humilhada aqui. Eu tô super revoltada. Eu acho que esses Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher é puro marketing. Marketing. Porque, na verdade, a mulher, ela é... quer ser ouvida. Hoje em dia a gente tem aí juízes que estão sendo assassinados, autoridades que estão sofrendo violência e porque só a mulher que é submissa? Que é alvo de de de..? Não. Então, quer dizer, eu aqui fui muito, muito... eu tô muito revoltada com o juizado, eu me arrependo muito; eu preferia ter ido direto prum outro juizado: o juizado comum, sabe? Porque aqui é uma farsa. As juízas daqui eu odeio. Eu tenho um ódio! Eu odeio os promotores. Os promotores, nas audiências, eles tavam preocupados se eu tive contato sexual com o agressor e não com a lesão corporal! Cara, o que que isso vai dizer? O que que isso vai acrescentar? O cara tá gritando até hoje lá que eu sou uma piranha! Dizendo... com todos os termos de mais baixo calão possível! O que que isso (o contato sexual) é relevante pro fato? Tem um laudo. E tem que definir, o Ministério Público tem que se preocupar com a lesão. Com o fato. Nada mais.(...) Eu acho que as autoridades, principalmente os juízes e promotores, entendeu? E aí a defensoria pública, ela se sente meio que de mãos atadas,

⁵ O caso versava sobre um agente que constantemente atingia, aos muros, o portão da casa da idosa.

pela atitude das juízas e dos promotores. Eu acho... não é nem que a defensoria não queira ajudar, não é isso. Apesar dos atendimentos ruins, eu também tive alguns atendimentos bons... e neles a gente até percebe que a doutora quer ajudar, mas fica sem ter uma ação realmente efetiva, eficaz. E aqui nesse Juizado parece que as coisas são empurradas pela barriga. O meu caso foi em 2010! Já é 2014 e até agora nada! E agora que tá chegando perto da prescrição, daqui a pouco eu não tenho mais o que fazer. As juízas desse juizado, olha...! Elas empurram tudo com a barriga! (...) Essa é a minha sugestão! Que as juízas tenham mais respeito com as vítimas porque são elas quem precisam de ajuda! (Vítima 4)

Falta informação por parte dos inspetores do Direito, sabe? As pessoas têm que ser instruídas e saber que o NUDEM existe e os juizados terem estrutura melhor, porque não pode uma Defensora virar três vezes pra você e falar que não vai te atender. Depois de tudo que eu passei, passar por isso. Nunca imaginei que fosse precisar da Defensoria Pública, sou médica, mas precisei. Ela também pode precisar de alguma coisa inesperada e não ter. Sou médica e sei muito disso! Foi uma verdadeira peregrinação com criança no colo, dois filhos, já até vim nessa mesa aqui trocar fralda. (Vítima 10)

O relato acima ilustra o sentimento de frustração que muitas vítimas têm ao recorrerem aos JVDfMs. Recorrem ao judiciário justamente na esperança de uma solução para tão profundos problemas e não é surpresa se depararem com um sistema que lhes oferece mais perguntas do que respostas. Tentando evitar essa frustração, existe uma parcela considerável de mulheres em situação de violência, numericamente desconhecida, que prefere recorrer aos mecanismos de resolução de conflito informais ou que, simplesmente, prefere o ocultamento da informação, guardando a agressão em seu mais profundo sigilo – por medo, coação, vergonha e tantos outros sentimentos de humilhação e constrangimento. De qualquer modo, ambas as atitudes contribuem para a chamada cifra oculta ou *dark figure*, ou seja, para as subnotificações.

Não menos relevantes são os problemas político-legais.

A falta de uniformização de política criminal no âmbito do Judiciário se reflete na discrepância nos padrões de atendimento, nas rotinas procedimentais e nas soluções judiciais apresentadas refletem uma administração confusa e pouco coerente com a proposta maior de políticas públicas no âmbito dos Direitos Humanos da Mulher:

Detectamos, nas comarcas do interior onde não existem juizados, que quem tem feito o papel dos juizados são as varas criminais, da mesma forma que os juizados da capital, fazem só a questão criminal, e as varas cíveis e família fazem as questões respectivas a elas. O atendimento pela mulher acaba sendo feito pelo defensor da família nesta demanda só de urgência, por que quem atua no interior a orientação é para atender pelo réu, ele não tem atribuição de atuar pela vítima. Fica uma atuação esquizofrênica. Recentemente fizemos um diagnóstico de todas as unidades do interior da Defensoria, e a gente propôs ao conselho da Defensoria uma regulamentação do atendimento, para justamente, ficar um atendimento mais uniforme. Pois detectamos, nas comarcas onde não há juizado, cada lugar atende de uma forma, pois aquele juiz titular daquela vara entende a aplicação da lei de uma forma específica. Em locais com mais de uma vara, um juiz aplica a lei 9.099/95 e outro não aplica.” (Entrevista com coordenadora do NUDEM B).

Segundo a pesquisa, então, alguns Juizados ainda optam pela aplicação da Lei 9.099/05, também nos casos de lesão corporal, oportunizando a suspensão condicional do processo.

Outro fator que merece relevo guarda relação estreita com o *locus* onde, em geral, os conflitos surgem. Como as questões atinentes à violência de gênero estão, não raramente, relacionadas ao âmbito doméstico e familiar, é comum a associação entre “proteção à mulher” e “proteção à família” – questões nem sempre compatíveis.

O discurso de manutenção de uma unidade familiar – já não tão “unida” e já não tão “família” – não deve se sobrepor aos direitos humanos violados. As tentativas sugeridas pelos atores do Judiciário de recompor o convívio extremamente desgastado podem gerar ainda mais autculpação da vítima – que se questiona em que falhou nessa desintegração

familiar –, mais agressões e mais danos psicológicos aos envolvidos, senão danos físicos ainda mais graves.

Parece-nos que a problemática aqui reside na ausência de uma visão mais conjunta e uniforme de Políticas Públicas em Direitos Humanos para as mulheres. Aliás, é justamente essa ausência de noção de pertencimento a um conjunto de atuações políticas que faz com que alguns atores do Judiciário se tornem prisioneiros de um pretensão de cientificismo positivista acrítico e unidisciplinar. Por conseguinte, não se promove substancialmente a conscientização da importância da inserção do Judiciário na Rede de Proteção Integral à Mulher.

O trabalho em Rede, além de reforçar os parâmetros de instrumentos para a promoção da cidadania feminina e as estratégias de empoderamento, evita encaminhamentos inexecutáveis e distorções das próprias decisões. Quando a Rede de Atendimento se apresenta bem implantada, há maior probabilidade de eficácia das medidas protetivas e de um trabalho mais consistente dentro das Políticas Públicas voltadas para a temática de gênero. A começar pelo linguajar:

Quando cheguei no JVD FM, eu falava muito em crime. Nós advogados estamos acostumados com a subsunção: a lei diz que tal fato é crime, então devemos tratá-lo como crime. No entanto, essas mulheres não buscam uma resposta penal; querem um tratamento familiar. Se eu falo em ação criminal logo no início, elas fogem e não voltam mais (Defensora Pública do Juizado G).

Com efeito, o contexto social em que ocorre a violência de gênero com frequência leva as vítimas a se sentirem corresponsáveis pelas agressões sofridas. Tal sentimento torna mais difícil narrar o problema junto aos serviços de atendimento – Delegacias, Defensorias, Juizados –, uma vez que se trata da exposição íntima de algo que, devido a esse sentimento equivocado de culpa, pode ser motivo de vergonha para a vítima que busca auxílio. Desse modo, é determinante que o primeiro contato com a Rede de proteção, que não raro acontece na Delegacia de Polícia, inclua um acolhimento capaz de permitir que essa mulher se sinta de fato titular de seus direitos, legitimando sua ação no sentido de romper com o ciclo de violência a que estava sendo submetida.

Para tanto, é necessário que as equipes responsáveis pelo atendimento sejam efetivamente preparadas conforme já mencionado acima, com formação específica na temática da violência de gênero, com a finalidade de evitar que as práticas institucionais, em regra bastante permeadas pelos valores patriarcais e autoritários vigentes em nossa cultura, constituam apenas mais uma instância de violação de direitos humanos da mulher. Também os serviços de saúde, outra porta de entrada das mulheres na Rede de atendimento em casos de violência doméstica e familiar, devem oferecer um atendimento humanizado e sensível à peculiar situação. Um bom atendimento pressupõe pouco tempo de espera, garantia de sigilo e discrição, já que, em muitos casos, a mulher tende a querer esconder as marcas da agressão sofrida.

O atendimento humanizado e a escuta sensível são essenciais para que a mulher consiga reconstituir a situação pela qual passa, percebendo-se como vítima de uma agressão, porém sem que isso reforce seu papel de passividade e a imobilize. Ao ser capaz de interpretar a violência sofrida como violação a direitos que titulariza, ao colocar-se na posição de sujeito e não mais de objeto da relação conflituosa, portanto, é possível que a mulher se sinta apta a recorrer aos meios disponíveis para romper com esse ciclo.

Nesse contexto, os valores feministas devem integrar as instituições policiais e jurisdicionais, especialmente as que tratam da violência doméstica, promovendo um tratamento mais especializado e acolhedor às mulheres em situação de violência. Um tratamento que vise não só à mera resolução de conflitos, mas que tenha por base um olhar político pautado na igualdade e educação não sexista, na desmistificação da violência e na deslegitimação dos meios que a legitimam. Um tratamento que promova a mulher como indivíduo-cidadã e que tenha por objetivo não só o fim da violência doméstica, mas sim o fim da cultura patriarcal que a autoriza. ❖

La Tutela Específica de las Mujeres en el Sistema Penal: Una Decisión Controvertida¹

Patricia Laurenzo Copello

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Málaga

Desde hace algún tiempo, muchos países han optado por incluir en sus legislaciones penales ciertas figuras delictivas que circunscriben el sujeto pasivo en función del sexo de la víctima. Se trata de nuevos delitos o agravantes de pena destinados a tutelar de forma específica a las mujeres frente a comportamientos que suponen discriminación por razón de género. En términos generales, estos tipos penales recogen hechos violentos de los que son víctimas las mujeres precisamente por ser mujeres² - como consecuencia de las distintas formas de opresión propias del patriarcado - que abarcan desde el maltrato físico o psíquico en la pareja hasta el feminicidio, una figura esta última cada vez más presente en las legislaciones latinoamericanas³ y a la que recientemente se ha unido Brasil con la Ley nº 13.104, de 9 de marzo de 2015 (*Lei do Feminicídio*).

En España, esta tendencia político criminal se plasmó en la Ley Orgánica 1/2004 de protección integral contra la violencia de género (en

1 Este trabajo coincide, en lo esencial, con la ponencia presentada en el Seminario Internacional Violência de Gênero e Feminicídio, celebrado en Río de Janeiro los días 20 y 21 de agosto de 2015. Agradezco sinceramente la invitación a la Escola de la Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

La investigación que dio lugar a esta ponencia se realizó en el contexto del Proyecto de Investigación DER 2012-34320, Colectivos en los márgenes: su exclusión por el Derecho en tiempos de crisis, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

2 El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011 (en adelante Convenio de Estambul) expresamente dispone que - "por violencia contra las mujeres por razones de género se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecta a las mujeres de manera desproporcionada" - (artículo 3.d). Esta es la tónica general de las definiciones internacionales sobre violencia de género. Ya en 1993, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de Naciones Unidas la definía como "toda violencia basada en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer..."

3 Al respecto vid. TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí, **Femicidio/Feminicidio**, ed. Didot, Buenos Aires, 2014.

adelante Ley Integral), que creó figuras género específicas para proteger a las mujeres frente a las agresiones violentas provenientes de sus parejas sentimentales. Pero, a diferencia de la corriente latinoamericana, aquí se apostó por reforzar la tutela frente a las formas menos graves de violencia, en el convencimiento de que son el inicio de un ciclo más intenso que puede desembocar en importantes daños físicos o psíquicos para las víctimas. Por eso se crearon agravantes de género en delitos tales como el maltrato de obra que no produce lesiones, las lesiones leves o las amenazas y coacciones también leves⁴ y, en cambio, no se pensó siquiera en un delito específico de feminicidio⁵. En cualquier caso, lo cierto es que, tras superar numerosas cuestiones de inconstitucionalidad⁶, las figuras género específicas se han consolidado en el Derecho penal español y los tribunales de justicia las vienen aplicando con asiduidad desde hace más de diez años. Por eso he pensado que la experiencia acumulada en España en esta materia puede resultar útil para evaluar los pro y contra de una opción legislativa que, pese a no estar exenta de polémica, sigue difundándose rápidamente en el Derecho comparado.

4 En el Código penal español la agravante de género se define en los términos siguientes: "si la víctima fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia", y aparece asociada a los delitos de lesiones (art. 148.4º); lesiones leves y maltrato de obra (art. 153); amenazas leves (art. 171.4) y coacciones leves (art. 172.2). La LO 1/2015, de reforma del Código Penal, ha ampliado el catálogo de delitos relacionados con el género, si bien en este caso no se hace referencia a - "la mujer" como sujeto pasivo específico. Así encontramos el nuevo *delito de acoso* del art. 172 ter CP, en el que se castiga a quien "acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, de modo que altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana", actos tales como vigilarla, perseguirla o buscar su cercanía física; establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación o hacer uso indebido de sus datos personales. O también el tipo agravado del nuevo *delito de ciberacoso* del art. 197.7 CP, en el que se sanciona al cónyuge o conviviente (actual o pasado) que "sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona".

5 Sobre la falta de necesidad de crear un delito de feminicidio en el Derecho español véase, LAURENZO COPELLO, Patricia, "*Apuntes sobre el feminicidio*", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 8/2012, p. 137 y ss.

6 La creación de las agravantes de género dio lugar a una fuerte contestación por parte de amplios sectores de la doctrina y la jurisprudencia que entendieron vulnerado el principio de igualdad porque el incremento punitivo iba dirigido únicamente a los hombres. La Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo, rechazó estos argumentos sobre la base de una diferencia cualitativa en las agresiones contra las mujeres debido a que responden "a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de las discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres". Véase al respecto LARRAURI PUJAN, Elena, "*Igualdad y violencia de género*", en "*Indret*" 1/2009, p. 8 y ss.; también, ACALE SÁNCHEZ, María, "*Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal*", en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja* (REDUR) 7/2009, p. 38 y s.

1. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS FIGURAS GÉNERO ESPECÍFICAS

1.1. Los factores positivos

La primera ventaja que suele asociarse a las figuras género específicas es el fuerte poder comunicativo que tiene en la actualidad el Derecho penal, con potencia suficiente para configurar y consolidar valores sociales. Un potencial que se ha manifestado con mucha intensidad precisamente en el ámbito de la violencia de género.

En la realidad española esto se comprueba con facilidad volviendo la vista a los años previos a la Ley Integral, cuando la respuesta jurídica a las agresiones contra las mujeres se construía en torno al equívoco concepto de violencia doméstica que no hizo más que consolidar la idea de que las mujeres son sujetos altamente vulnerables, asimiladas a los niños y los ancianos⁷. Buena prueba de ello es que los tribunales de justicia no tardaron en apuntar a la paz familiar como bien jurídico protegido⁸, desentendiéndose totalmente de la dignidad y libertad de las mujeres. Fue la Ley Integral la que, en 2004, consiguió cambiar esta situación al definir de forma explícita e inequívoca la violencia de género como “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”, creando las figuras género específicas a las que nos hemos referido más arriba. Esta opción política criminal contribuyó a hacer visibles las causas más profundas de la violencia⁹ y provocó un giro sustancial en la actitud de los operadores jurídicos. No son pocos los policías, jueces y fiscales que a partir de ese momento fueron tomando conciencia del contenido profundamente discriminatorio del maltrato de género y hoy están claramente comprometidos con los derechos de las mujeres. E incluso los resistentes, aquéllos que siguen rechazando los planteamientos feministas por su propia compenetración con el patriarcado, parecen resignados a abandonar el tradicional discurso de la paz familiar para fundamentar sus decisiones – ciertamente con

7 MAQUEDA ABREU, María Luisa, "La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02/2006, p. 5 y s.

8 Expresamente decía el Tribunal Supremo refiriéndose al delito de violencia doméstica que se creó en el Código penal español antes de la Ley Integral: "Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad" -STS 24/06/2000-. Como si pudiera hablarse de igualdad en un contexto de convivencia en el que una de las partes expresa su dominio sobre la otra a través de la violencia.

9 La Ley Integral se creó con una finalidad claramente simbólica: se trataba de poner de manifiesto de modo contundente que la lucha contra la violencia de género era una "prioridad absoluta" del Estado. Así, OSBORNE, Raquel, *Apuntes sobre violencia de género*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2009, p. 115.

no pocas deficiencias y equívocos - en las ideas de dominio y opresión propias de la violencia estructural.

Todo ello apunta, pues, a un efecto positivo de las figuras género específicas asociado al poder simbólico del Derecho penal contemporáneo.

A lo que deben unirse, por otro lado, los beneficios que ofrecen las figuras género específicas de cara a cuantificar la violencia contra las mujeres con un nivel elevado de precisión¹⁰, con el efecto añadido – y sin duda imprescindible en términos de prevención – de visibilizar el problema y su gravedad. En España existe en la actualidad abundante información sobre la victimización de las mujeres por motivos de género gracias a los datos que ofrecen periódicamente instituciones tales como el Observatorio estatal de violencia sobre la mujer¹¹ (creado por la Ley Integral); el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial¹²; y la Fiscalía General del Estado, en cuyas Memorias anuales se presta especial atención a esta forma de delincuencia¹³. Con todo, conviene no perder de vista que para conseguir estos objetivos estadísticos no es imprescindible contar con delitos que limiten el sujeto pasivo al género femenino. De hecho, en España uno de los ámbitos más detallados en cuanto a datos se refiere es el de los homicidios de mujeres por motivos de género y, sin embargo, como ya hemos visto, no existe en el Código penal español un delito de feminicidio. La posibilidad de cuantificarlos reside en que se han elaborado protocolos muy precisos destinados a identificar dentro del conjunto de delitos contra la vida aquéllos que responden al concepto de “violencia de género”, lo cual es independiente de su tipificación específica.

Sin restar importancia a los efectos integradores y estadísticos que se acaban de mencionar, ninguna norma penal puede considerarse adecuada en términos de legitimidad si no consigue controlar de un modo significativo las conductas que prohíbe¹⁴ o, lo que es igual, si no consigue tener eficacia preventiva. Pero el problema reside en saber cómo medir esa eficacia.

10 En relación a los feminicidios, TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí, **Femicidio/Feminicidio**, cit., p. 284.

11 Accesible en <http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/ObservatorioEstatal/home.htm>.

12 Accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/El-Observatorio-contra-la-violencia-domestica-y-de-genero>.

13 <https://www.fiscal.es/>

14 Sobre las teorías de la prevención vid. MIR PUIG, Santiago, **Derecho Penal**, Parte General, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015, p. 88 y ss.

En el ámbito de la violencia de género es muy frecuente, sobre todo entre los políticos, acudir al número de denuncias y condenas para valorar el éxito de la intervención punitiva. Cuantas más denuncias y más condenas, más claro parece estar que el Derecho penal cumple su función preventiva de forma adecuada. Desde este punto de vista, seguramente nadie podría dudar de la eficacia de las figuras género específicas tal como están funcionando actualmente en el sistema penal español. Piénsese que en el año 2014 se presentaron nada menos que 126.742 denuncias en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (en adelante, JVM) - lo que representa una tasa de 53,29 cada 1.000 mujeres - y, lo que parece más importante en los términos que estamos evaluando, de las 46.313 sentencias relacionadas con delitos calificados como violencia de género¹⁵, una amplia mayoría (el 61,25%) fueron condenatorias¹⁶. A lo que hay que añadir un número nada despreciable de órdenes de protección acordadas: 18.775¹⁷.

Pero si lo que nos estamos preguntando es por la eficacia real de las figuras género específicas en términos de reducción de delitos - en otras palabras, si hay ahora menos violencia de género que antes -, los datos anteriores dicen muy poco. La única información clara que se extrae de esas cifras es que la violencia contra las mujeres se ha judicializado de forma muy intensa en los últimos años, particularmente desde que se apostó por introducir explícitamente la variable de género en la legislación penal. Pero no hay ninguna razón para pensar que el aumento de las denuncias o de las condenas esté haciendo disminuir realmente el número de agresiones contra mujeres¹⁸. De hecho, es significativo que alrededor del 70% de los casos que llegan anualmente a los tribunales por motivos de género

15 El dato que se ofrece corresponde a todos los órganos judiciales que juzgan en primera instancia esta clase de delitos: Juzgados de Violencia sobre la Mujer; Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales. Hay que tener en cuenta que en este cómputo no sólo se recogen los tipos penales que circunscriben expresamente el ámbito de los sujetos pasivos a las mujeres - figuras género específicas - sino también otros delitos comunes cuando la víctima es la mujer pareja del autor, como los delitos de violencia habitual del art. 173.2 C.P. o contra la integridad moral del art. 173.1 C.P. Pero aun así, más del 75% de los delitos incoados en los Juzgados de Violencia contra la Mujer se concentran en figuras género específicas. Según datos del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, del total de delitos instruidos en los JVM en 2014, más del 75% lo fueron sobre figuras que contienen agravantes específicas de género: el 63,4% corresponden al delito de maltrato ocasional (art. 153 CP); el 8,2% a delitos contra la libertad (donde se encuentran las amenazas y coacciones leves con sujeto pasivo mujer) y el 4% a lesiones del art. 148 CP (que contiene una agravante específica de género).

16 Fuente: Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial.

17 En año 2014 se solicitaron un total de 33.167 órdenes de protección, de las que un 56,6% fueron adoptadas (18.775) y un 43,4% denegadas (14.391). Fuente: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Gobierno de España.

18 Así, LARRAURI, Elena, **Criminología crítica y violencia de género**, Trotta, Madrid, 2007, p. 134 y s.

se califiquen como violencia leve¹⁹, mientras que el caso paradigmático de violencia de género, la violencia habitual en la pareja, apenas represente el 10% del total de los delitos instruidos²⁰. Ello significa que el amplísimo aparato normativo creado para prevenir la violencia de género en España no ha conseguido llegar a los casos más graves, aquellas situaciones en que las mujeres están expuestas de modo particularmente intenso a sufrir agresiones de sus parejas o exparejas sentimentales.

Muchos pensaron que sancionando de forma contundente las primeras manifestaciones de violencia se conseguiría atajar la escalada ascendente que durante mucho tiempo se consideró consustancial al maltrato de género, evitando así los supuestos más graves²¹. Pero la experiencia de más de diez años ha demostrado que ni el presupuesto de partida ni sus esperadas consecuencias eran tan lineales como se pronosticaba. La prueba es que, pese a las abundantes condenas por delitos leves relacionados con el género, el número de víctimas mortales se ha mantenido prácticamente igual desde que entraron en juego las figuras género específicas, sin que se observe una tendencia relevante a la baja²². Y lo que es aún más preocupante, si analizamos la situación en la que se encontraban estas víctimas en el momento de la agresión mortal, descubrimos que la gran mayoría de ellas habían quedado al margen del Derecho penal y estaban totalmente desprotegidas. Así, prácticamente el 70% de estas mujeres no habían sido detectadas por el sistema penal en ningún momento y más del 90% carecía de medidas de protección en vigor al producirse la muerte²³.

Por tanto, sin pretender sacar resultados concluyentes de estos datos, parece claro que el modelo político criminal de la actual legislación

19 La gran mayoría de los delitos instruidos se refieren a la figura del art. 153 CP, que recoge el caso de agresiones físicas o psíquicas leves y puramente ocasionales en la pareja.

20 Concretamente el 10,5% en el año 2014, según informa el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial.

21 En este sentido dice, por ejemplo, Montalbán: "las amenazas y coacciones 'leves' son de mayor gravedad en cuanto que suelen ser el principio de una secuencia y de una violencia superior que puede acabar con la vida de la mujer". MONTALBÁN HUERTAS, Inmaculada, "La Ley Integral contra la violencia de género 1/2004 como instrumento normativo". *Balance de un año en el ámbito judicial*, en **Cuadernos de Derecho Judicial** IV-2006, CGPJ, Madrid, 2006, p. 53 y s.

22 El número de homicidios por violencia de género fluctúa en torno a una media de 60 mujeres por año. En 2005 se registraron 57 casos; el pico más alto desde que se mide este tipo de crímenes se alcanzó en 2008 con 76 víctimas; en 2011 fueron 63 y el último dato registrado, el de 2014, nos arroja la cifra de 53 mujeres asesinadas por sus parejas o exparejas (fuente: Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades del Gobierno de España).

23 Si tomamos como referencia los datos del año 2014, solo el 31,5% de las víctimas mortales había presentado denuncia en alguna ocasión contra su agresor y apenas el 7,4% tenía una orden de protección en vigor en el momento del homicidio (Fuente: Instituto de la Mujer y para la igualdad de oportunidades, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad).

española, con una fuerte carga de figuras género específicas, no garantiza por sí solo la contención de la violencia que sufren las mujeres en su vida de pareja (la única que podemos evaluar en términos de experiencia judicial por tratarse de la única forma de violencia de género regulada de forma específica en el Derecho penal español).

1.2. Los inconvenientes de la regulación específica

Uno de los motivos fundamentales que llevó a un amplio sector del activismo feminista a apostar por el Derecho penal fue su fuerte poder para dar visibilidad al maltrato y crear conciencia social sobre la gravedad de sus consecuencias²⁴ y, como vimos anteriormente, no le faltaba razón. Sin duda hay un antes y un después de la Ley Integral por lo que al reconocimiento del problema se refiere.

Pero las consecuencias del Derecho penal simbólico no siempre son controlables; sobre todo si lo que se persigue es un cambio radical de ciertos valores y pautas de convivencia profundamente arraigados en la cultura mayoritaria. Uno de los obstáculos principales se encuentra en la propia lógica argumentativa del Derecho penal, difícilmente compatible con grandes reivindicaciones revolucionarias, lo que con frecuencia obliga a modificar de forma sustancial los términos de las reivindicaciones para adaptarlas a los postulados del ordenamiento legal. Buena muestra de ello es el cambio de perspectiva que se produjo en el discurso feminista cuando se optó por confiar en el sistema punitivo para cristalizar una de las principales demandas del movimiento de mujeres – el derecho a una vida libre de violencia²⁵-. Sea o no de manera consciente, lo cierto es que el reivindicativo discurso de la opresión femenina fue sustituido por el lastimero discurso de la victimización²⁶; de personas oprimidas por un sistema social radicalmente injusto, las mujeres pasaron a ser víctimas

24 En España, uno de los argumentos que se esgrimieron durante el debate parlamentario en favor del uso del Derecho penal en la Ley Integral fue precisamente la "función pedagógica" atribuida a las normas punitivas. Véase MONTALBÁN HUERTAS, *La Ley Integral contra la violencia de género 1/2004 como instrumento normativo*, cit., nota nº 19, p. 48.

25 El moderno feminismo no se conforma con dar un lugar a las mujeres en el catálogo clásico de derechos humanos sino que aspira a una redefinición total del modelo en el que tengan cabida nuevos derechos pensados desde el proyecto básico de autonomía de las mujeres, tales como los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a una vida libre de violencia. Véase al respecto, BODELÓN, Encarna, *"Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico"*, en Bergalli/ Rivera (coords.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, 2009, p. 105-107.

26 Sobre el paso del discurso de la opresión al de la victimización, PITCH, Tamar, *Un derecho para dos*, Trotta, Madrid, 2003, p. 244.

desvalidas de hombres perversos. Así las acogió el Derecho penal y esta es la imagen de ellas que transmite a la sociedad.

A la teoría feminista se debe el gran mérito de definir la violencia de género en términos estructurales, como una manifestación de la opresión de las mujeres en la sociedad vinculada a la forma no equitativa en que se han construido las relaciones entre los sexos; un problema de discriminación derivado de la posición subordinada y dependiente que el patriarcado reserva a las mujeres, limitándolas en sus posibilidades de autonomía. Sin embargo, en cuanto entra en juego el Derecho penal el problema se redefine²⁷ porque su forma de funcionamiento así lo requiere. El Derecho penal funciona con responsabilidades individuales y no colectivas; lo determinante no son las causas más o menos complejas que pueden dar lugar a los comportamientos lesivos de bienes jurídicos sino únicamente la posibilidad de imputar la concreta agresión de un bien jurídico a un sujeto culpable, a un sujeto con capacidad de raciocinio para hacerse responsable de sus actos. Por eso, cuando se traduce en términos jurídico-penales, la violencia de género abandona su indispensable referente estructural y se convierte, en palabras de Tamar Pitch, en una mera “confrontación concreta entre la malvada intencionalidad del ofensor y la víctima inocente y pasiva”²⁸. En otras palabras, al pasar por el tamiz del Derecho penal, la violencia de género pierde el componente colectivo y se observa solo como un conjunto de conflictos individuales donde los agresores asumen el papel de sujetos perversos y las mujeres el de víctimas desvalidas necesitadas de la especial tutela de un Estado protector. Roles redefinidos en términos individuales que para nada reflejan el componente de género propio de la argumentación sociológica. En el campo jurídico ya no se trata de una estructura opresora que se manifiesta en comportamientos autoritarios y violentos, sino de individuos con mentalidad machista que se expresan de forma violenta y por eso pegan a sus mujeres. Ese efecto reduccionista resta especificidad a la violencia de género y la relega a uno más de los muchos conflictos interpersonales que el Derecho penal está llamado a controlar²⁹.

27 LARRAURI, *Criminología crítica y violencia de género*, cit., p. 75.

28 PITCH, Tamar, “*Justicia penal y libertad femenina*”, en Bergalli/Rivera (coords.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropolos, 2009, p. 121.

29 Bien dice Elena Larrauri que “el sistema penal tiende a transformar un problema social de desigualdad en un problema de control del delito”, LARRAURI, *Criminología crítica y violencia de género*, cit., p. 75.

Este cambio de perspectiva tiene al menos dos consecuencias muy destacadas que repercuten en la forma de transmitir a la sociedad el significado de la violencia de género. Por un lado, gana protagonismo el discurso del maltratador – u homicida - como sujeto desequilibrado, desviado, y, por tanto, ajeno a las pautas sociales imperantes en la sociedad, un discurso que permite a la comunidad tomar distancia del agresor sin asumir su parte de responsabilidad en el problema³⁰. Por otro lado, se impone la visión de la mujer desvalida, presa de la dependencia emocional y de sus propias debilidades “femeninas”³¹. Dos imágenes – la del agresor y la de la víctima - totalmente funcionales al patriarcado en tanto mantienen el estigma del sujeto femenino débil e indefenso y no ponen en cuestión la estructura política y cultural generadora de la violencia. Por eso el feminismo crítico ha llegado a calificar el recurso al Derecho penal como una auténtica “traición” a las demandas feministas³², que sucumbe ante los imperativos de un ordenamiento jurídico claramente alineado con los postulados del patriarcado y el liberalismo.

Pero más allá de las repercusiones simbólicas, también desde el punto de vista práctico se aprecian importantes inconvenientes en las figuras género específicas. Desde que se optara en España por canalizar íntegramente la prevención de la violencia de género a través del sistema penal, son muchas las voces que alertan sobre el grave riesgo de pérdida de autonomía que ello supone para las mujeres³³, con el consiguiente perjuicio para los postulados básicos del feminismo liberador. Como bien dice *Maqueda Abreu*, el discurso de la victimización es un poderoso instrumento del Estado para controlar a las mujeres³⁴, porque la posición de fragilidad en que las sitúa permite marcarles desde fuera las pautas de lo que deben hacer; se las disciplina mediante indicaciones sobre lo que está bien y lo que está mal, lo que es aceptable y lo que es reprobable en las relaciones de pareja. Las mujeres aparecen una vez más domesticadas, no

30 Más ampliamente LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de género en el Derecho Penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en Laurenzo/Maqueda/Rubio, **Género, violencia y Derecho**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 350 y s.

31 Véase PITCH, **Un derecho para dos**, cit., p. 248.

32 PITCH, **Justicia penal y libertad femenina**, cit., p. 120.

33 Con razón advierte PITCH, **Justicia penal y libertad femenina**, cit., p. 125 que cuando el feminismo se convierte en “productor de normas” corre el riesgo de limitar la libertad y subjetividad de las mujeres.

34 MAQUEDA ABREU, María Luisa, **Razones y sinrazones para una criminología feminista**, Dykinson, Madrid, 2014, p. 106.

ya por su padre o su marido, como antaño³⁵, sino ahora por el Estado y algunas organizaciones de mujeres (las aceptadas por el poder establecido) que se erigen en defensores legítimos – y únicos - de sus derechos.

La idea de que toda mujer que ha pasado por una situación de violencia de género sufre graves deterioros psíquicos es el argumento fundamental para justificar que otros tomen las riendas de sus vidas y las dirijan hacia la salida “correcta”, una salida que se sitúa de forma casi exclusiva en la denuncia³⁶ y la consiguiente sanción penal del maltratador. Cualquiera otro camino se considera equivocado. Por eso, cuando una mujer se rebela y actúa de manera antinormativa, de una u otra forma recibe un correctivo por parte del sistema. En ocasiones ese correctivo se traduce en sanciones - formales o informales -. Relata *Larrauri*, por ejemplo, que en algunos Estados de los Estados Unidos de América la retirada de una denuncia por malos tratos puede dar lugar a la pérdida de la guarda y custodia de los hijos por incumplimiento de sus deberes familiares³⁷. Otras veces los poderes públicos prefieren asumir un papel protector y, en lugar de sancionar a las díscolas, profundizan en su victimización apelando a su incapacidad emocional para enfocar de forma “adecuada” el problema, lo que les habilita para sustituir la voluntad de la mujer (ya descalificada por incapaz³⁸) por una decisión institucional³⁹.

35 No es que en la actualidad esté totalmente superado este tipo de dominación, pero hace años ya que la teoría feminista ha desvelado las trampas del pensamiento ilustrado y su representación de la autoridad paterna y marital como elementos consustanciales al “mundo doméstico”. Véase BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna, *“El sujeto liberal de derechos y la exclusión de las mujeres”*, en Bergalli/Martyniuk (compiladores): **Filosofía, Política, Derecho. Homenaje a Enrique Marí**, Prometeo, Buenos Aires, 2003, p. 185 y ss.

36 LARRAURI, *Criminología crítica y violencia de género*, cit., p. 60. Afortunadamente, en los últimos años algunos acuerdos internacionales firmados por España relativizan la tendencia a supeditar rígidamente toda la protección de las víctimas de violencia de género a la previa denuncia en sede penal. Así, el ya citado Convenio de Estambul expresamente dispone en su art. 18.4 que “la prestación de servicios no debe depender de la voluntad de las víctimas de emprender acciones legales ni de testimoniar (sic) contra cualquier autor de delito”. Entre esos servicios se hace referencia al asesoramiento jurídico y psicológico, la asistencia financiera, el alojamiento, educación y asistencia en la búsqueda del empleo (art. 20).

37 LARRAURI, *Criminología crítica y violencia de género*, cit., p. 79.

38 En un estudio reciente sobre los problemas prácticos para el control de la violencia de género en el Estado español, se insiste en que “la violencia de género tiene consecuencias negativas sobre la salud psíquica de las mujeres afectadas”, llegándose a la conclusión de que “este deterioro psicológico que muchas mujeres sufren las inhabilita para tomar decisiones y buscar salidas a su situación” - *Estudio sobre la inhibición a denunciar de las víctimas de violencia de género*, DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Gobierno de España, presentado en julio de 2015.

39 Con razón sostiene Medina que “existe cierta paradoja en combatir el control al que están sometidas estas mujeres por parte de sus maridos por medio de su sometimiento y control al discurso superior del sistema de justicia penal”. MEDINA, Juan José, *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 422 y s.

La experiencia española demuestra que ese modelo de tutela estatal de las mujeres frecuentemente se vuelve contra ellas, imponiéndoles comportamientos ajenos a su voluntad⁴⁰. Veamos algunos ejemplos.

No es infrecuente que en parejas donde ha existido violencia y pesa sobre el agresor una orden de alejamiento se produzcan reconciliaciones que llevan a reanudar la comunicación íntima e incluso la convivencia. Obviamente una reconciliación presupone el consentimiento de la mujer para cuya seguridad se estableció judicialmente el alejamiento – sea como medida cautelar o como pena - y precisamente por eso surge un dilema difícil de resolver para el Derecho penal: ¿se debe conceder relevancia a la voluntad de la mujer y por tanto no sancionar al procesado o condenado que incumplió la orden judicial o, por el contrario, hay que penar al infractor por el delito de quebrantamiento de condena y forzar así la separación de la pareja?

Cuando el problema empezó a plantearse en España, no faltaron voces en el ámbito judicial que apelaron a la necesidad de respetar la voluntad de las mujeres partiendo de su condición de sujetos capaces de gobernar sus propias vidas aun en situaciones complicadas⁴¹. Sin embargo, la deriva que tomó el legislador español fue precisamente la contraria, hasta el punto de modificar la ley en el año 2003 para hacer obligatoria la imposición de la pena de alejamiento en los delitos de violencia de género⁴², desentendiéndose por completo de la opinión de la mujer y de las circunstancias del caso. Detrás de esta medida se percibe la desconfianza hacia un estamento judicial poco implicado por entonces con el problema del maltrato; pero también la aceptación implícita de un estereotipo muy habitual en las políticas de género: la idea de que toda mujer que ha vivido algún episodio de violencia, cualquiera sea su entidad, sufre alienación emocional y está incapacitada para adoptar decisiones “correctas” por sí misma. Precisamente por eso el sistema penal se considera legitimado para decidir por ella y marcarle el camino, el único reconocido como racionalmente válido: la separación forzosa del agresor y la consecuente penalización de éste por quebrantamiento de condena si se acerca a ella, aunque sea con su pleno y libre consentimiento.

40 Así también MAQUEDA ABREU, *La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social*, cit., p. 13.

41 Así, por ejemplo, “*La Audiencia Provincial de Sevilla*”, en la *Sentencia* nº 430/2004, de 15 de julio, sostuvo que es “absolutamente improcedente que se adopten medidas de protección de la víctima “pues esta es la verdadera finalidad político-criminal de la pena accesoria - en contra de la voluntad expresa de la propia víctima, cuando ésta es una persona adulta y dotada de plena capacidad de obrar, a la que hay que suponer en plenitud de facultades mentales y en condiciones de juzgar sobre sus propios actos”.

42 Véanse los artículos 57.2 y 48 del Código penal español.

Vaya por delante que tanto la pena como la medida cautelar de alejamiento son instrumentos fundamentales para asegurar la protección de las víctimas de violencia de género y que ciertamente existen casos graves – no pocos - en los que las mujeres consienten la reanudación de la convivencia presionadas por el acoso y la coacción del maltratador. Pero ni todos los supuestos en los que ha existido algún episodio de violencia en la pareja tienen esa gravedad ni tampoco puede aceptarse como premisa indiscutible que siempre y en todo caso la mejor salida para la mujer sea la separación. En un ordenamiento jurídico respetuoso de la dignidad de las mujeres y de su capacidad de agencia, el criterio guía debería ser siempre que la mejor salida es la que ella misma decide⁴³, aunque no responda a la normatividad establecida. Con frecuencia, las mujeres acuden al sistema penal como vía para conseguir el cese de la violencia pero no buscan la ruptura de su relación sentimental y menos aún la sanción del agresor. Seguramente muchas de ellas estarán equivocadas, pero el Derecho penal no es la instancia más adecuada para ayudarlas a descubrirlo. Por eso, salvando los casos extremos en los que el maltratador mantiene a la víctima bajo una situación de dominio absoluto y coacción psicológica manifiesta⁴⁴, el sistema penal debería tener en cuenta la opinión de las mujeres y ajustar su respuesta punitiva a las circunstancias y necesidades de cada caso⁴⁵. Las soluciones rígidas que ignoran completamente la voluntad de las implicadas suponen siempre un desprecio de su dignidad y se vuelven contra ellas al restringir injustificadamente su libertad.

Otro punto de fricción entre la política oficial abiertamente punitivista y el derecho de autodeterminación de las mujeres lo encontramos en el uso que muchas de ellas hacen de la dispensa de declarar en juicio contra su cónyuge o conviviente, prevista en el art. 416.1 de la Ley de

43 Lo que no excluye la intervención de terceros que la ayuden a esclarecer su situación y a valorar las alternativas para superarla. Pero esto no es incompatible con el respeto de su capacidad de agencia y tampoco debería serlo con la resistencia de algunas mujeres a denunciar a su pareja violenta. Por fin parece que algo comienza a moverse en los poderes públicos en este sentido, al menos por lo que al diagnóstico del problema se refiere. Así, es alentador que en el reciente *"Estudio sobre la inhibición a denunciar de las víctimas de violencia de género"* impulsado desde la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2015) se reconozca la necesidad de "respetar los ritmos de cada mujer y sus decisiones" así como de fortalecerlas con "ayuda médica y psicológica, la formación o la incorporación al mercado laboral".

44 En cuyo caso no habrá un consentimiento válido y por tanto entraríamos en un contexto diferente al que se analiza aquí. Cuando la reanudación de la convivencia se produce por imposición del maltratador, en realidad hay un supuesto más de violencia de género que debe ser sancionado con contundencia para garantizar la seguridad de la víctima.

45 Así, FARALDO CABANA, *"Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento"*, en Puente Alba (directora): **"La respuesta penal a la violencia de género"**, Comares, Granada, 2010, p. 202 y ss.

Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr⁴⁶). El problema surge porque en los delitos que se producen en la intimidad del hogar generalmente la única prueba de cargo es la declaración de la propia víctima, de modo tal que si ella se niega a declarar es muy posible que el proceso acabe en sobreseimiento o absolución por falta de pruebas⁴⁷. Así, en España, durante el año 2014 el 46% de las retiradas de acusación por la fiscalía en juicios de violencia de género se debió a la falta de prueba al acogerse la víctima a la dispensa de declarar contra su marido⁴⁸ y, en el mismo año, se registraron 15.721 casos de renuncia de las mujeres al proceso en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, lo que representa una ratio de 12,40%⁴⁹.

Más allá de la frustración que esto produce en los operadores jurídicos, muchos consideran que la principal perjudicada es la propia mujer, ya que "los presuntos delitos de su agresor quedan impunes"⁵⁰. Una vez más, el discurso único de la sanción penal. Y, como trasfondo, la posición paternalista que sitúa a las mujeres a las puertas de la inimputabilidad. Muy claro es en este sentido el *Informe de expertos y expertas del Consejo General del Poder Judicial* de 2011 cuando sostiene que en el ámbito de la violencia de género la dispensa de declarar es un "instrumento de dominación al servicio del violento" porque en este tipo de relaciones "imperla dominante el agresor frente a una víctima especialmente vulnerable"⁵¹. Por eso, desde muy diversos sectores del ámbito judicial y de asociaciones de mujeres se propone despojar a estas víctimas del derecho a no declarar para obligarlas así a incriminar a su agresor.

Se impone así una vez más el discurso victimista que considera a las mujeres incapaces de tomar decisiones razonables en situaciones proble-

46 Este precepto dispone que están dispensados de la obligación de declarar contra el procesado, entre otros, "su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial". Véase también art. 707 LECr. Su paralelo en el derecho brasileño se encuentra en el art. 206 del Código de Proceso Penal, que recoge la excusa de declarar contra un familiar, incluido el cónyuge.

47 Si la mujer se niega a declarar en fase de instrucción generalmente faltarán indicios suficientes de criminalidad y se acordará el sobreseimiento provisional; cuando la negativa se produce en el acto del juicio oral y no hay otras pruebas concluyentes, el final suele ser la absolución.

48 Fuente: *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2015*.

49 Fuente: *Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial*. Esa cifra refleja la posición de la víctima en los distintos momentos de la tramitación del proceso.

50 PELAYO LAVÍN, Marta, "¿Es necesaria una reforma del artículo 416 de la LECr para luchar contra la violencia de género?", en Hoyos Sancho (dir.): **Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales**, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 508.

51 "Informe del grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan", CGPJ, enero de 2011, p. 28.

máticas, una imagen construida a partir de la experiencia de los casos más graves de violencia de género, pero que poco tiene que ver con muchas mujeres que llegan a los tribunales arrastradas por un sistema penal hipertrofiado que criminaliza hasta el más nimio episodio de agresividad en la pareja. Si se tiene en cuenta que el primer – y único - consejo que recibe una mujer que acaba de pasar por un episodio de violencia, aunque sea leve y circunstancial, es que denuncie sin demora, no puede extrañar que muchas de ellas posteriormente se retracten y opten por otras alternativas menos perjudiciales para su entorno y, por qué no, para su pareja. Algunas perdonarán, otras gestionarán el conflicto de pareja por vías alternativas – ayuda psicológica, mediación⁵² - y otras seguirán su camino al margen del maltratador pero también del Derecho penal. Ciertamente es legítimo – y necesario - proteger a las mujeres que entran al sistema penal cuando su situación es ya muy peligrosa por encontrarse inmersas en un contexto violento y amenazante que coarta su libertad de actuación, pero esto no puede hacerse a costa de anular la libertad de decisión de todas las mujeres que en algún momento pasan por episodios de violencia de género. La obligación de los poderes públicos es poner los medios necesarios para apoyar a las víctimas que están atravesando situaciones coactivas graves para evitar que sucumban a los dictados del maltratador; pero sin avasallar por ello la decisión de las que optan libremente por abandonar el sistema penal.

Los dos ejemplos que acabamos de analizar ponen de manifiesto hasta qué punto el sistema penal, a través del discurso de la victimización, profundiza en el estigma de las mujeres como sujetos incapaces de agencia. Y lo hace en un doble sentido. Por un lado, arrebatándoles la posibilidad de tomar decisiones diferentes a las normativamente impuestas (que en el caso de la violencia de género es la separación del agresor y el aseguramiento de su condena). Pero también, en sentido inverso, quitándoles capacidad para responder por sus propios actos cuando se apartan de los dictados del Derecho. Así, en el caso de la mujer que consiente o incluso toma la iniciativa en una reconciliación sabiendo que pesa sobre su pareja una orden de alejamiento, las reglas generales del Derecho penal indican que debería responder por inducción o cooperación necesaria en el delito de quebrantamiento de condena. Sin embargo, en la práctica no es así

52 En los casos menos graves de violencia de género la mediación puede ser una vía para empoderar a las mujeres al hacerlas partícipes de la solución de su problema. Véase ESQUINAS VALVERDE, Patricia, **Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 124.

porque la Fiscalía, fiel seguidora del paternalismo institucional, se abstiene de acusar a estas mujeres en todos los procesos por quebrantamiento donde ha existido consentimiento⁵³. Se evita de este modo la absurda consecuencia de penalizar precisamente a quien el alejamiento pretende proteger, pero sin poner en duda la razonabilidad de una política criminal empeñada en tutelar a las mujeres incluso cuando ellas no lo quieren.

Y algo parecido se está gestando ante la posibilidad de que el ordenamiento procesal acabe arrebatando a las víctimas de violencia de género el derecho a no declarar contra su cónyuge o conviviente. Los promotores de la reforma del art. 416 LECr son conscientes de que este nuevo giro autoritario podría desembocar una vez más en la criminalización de las mujeres, sea por obstrucción a la justicia, desobediencia grave o falso testimonio⁵⁴, por lo que se ven obligados a proponer a cambio, por muy paradójico que resulte, una eximente de pena específicamente dirigida a asegurar la impunidad de las víctimas que incurran en falso testimonio para no inculpar a su agresor.⁵⁵

Bien se ha apuntado en la doctrina que una eximente de este tipo supone reconocer de antemano el fracaso de la tan requerida reforma del art. 416.1 LECr, ya que se da por hecho que cuando una mujer está decidida a no inculpar a su agresor lo conseguirá de un modo u otro -si la obligan a declarar, mentirá en el juicio- por lo que poco se gana de cara a obtener pruebas de cargo para asegurar una condena⁵⁶. Pero además de este fracaso anunciado, desde el punto de vista del Derecho penal sustantivo queda por saber cómo se podría fundamentar una exención de pena de esas características. Y la respuesta no es nada alentadora: otra vez nos remiten a la “gran inestabilidad emocional” que atraviesan las víctimas de violencia de género y su consecuente incapacidad para actuar de manera

53 En el año 2005 los *Fiscales Delegados de violencia sobre la mujer*, bajo la dirección de la *Fiscal de Sala Delegada contra la violencia sobre la mujer*, decidieron que “cuando el quebrantamiento se haya producido con el consentimiento de la víctima, no se procederá por el Fiscal a interesar la deducción de testimonio contra ésta por el delito del artículo 468 ni como autora por inducción ni por cooperación necesaria, al entender que tal conducta no es subsumible en los apartados a) y b) del artículo 28.2 CP”. Citado en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, v. I, Madrid, 2008, p. 502.

54 Si la mujer citada a declarar decide no acudir al juicio, podría incurrir en un delito de obstrucción a la justicia (art. 463 CP) y si persiste en su actitud habría lugar a un delito de desobediencia grave (art. 556 CP) - así lo dispone expresamente el art. 420 LECr-. Si, en cambio, se presenta en el acto del juicio oral pero miente en la declaración para proteger a su pareja, estaríamos ante un delito de falso testimonio del art. 458.1 CP.

55 Concretamente, en el *Informe del grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial* de 2011, cit., p. 24, se propone crear una eximente de pena en el delito de falso testimonio para los casos en que la víctima del delito declare como testigo faltando a la verdad para proteger a su agresor.

56 Así, CASTILLEJO MANZANARES/SERRANO MASIP, *Denuncia y dispensa del deber de declarar*, cit., 577.

racional⁵⁷. Incapacidad que, por cierto, solo se predica de las mujeres que actúan de forma antinormativa: son inimputables cuando su comportamiento obstruye de algún modo la condena del agresor pero no así cuando denuncian y declaran en su contra.

En suma, el discurso de la victimización que pretende proteger a las mujeres incluso frente sí mismas no hace más que reforzar la deriva autoritaria de un sistema penal que a través de medidas paternalistas les quita capacidad de agencia, perjudicando así, de modo particularmente sutil, los objetivos liberadores del mejor feminismo.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS

A estas alturas del desarrollo de los estudios sobre violencia de género, y a la vista de los instrumentos internacionales que imponen a los Estados el deber de implementar un sistema adecuado y eficaz para controlar sus graves consecuencias sobre los derechos humanos de las mujeres⁵⁸, nadie debería dudar de la legitimidad de la intervención penal para prevenir y sancionar este tipo de conductas. Así se infiere de la propia definición internacional de violencia de género que alude al “daño o sufrimiento físico, sexual y psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad”⁵⁹, comportamientos todos ellos que atentan contra bienes jurídicos básicos de la personalidad. De forma unánime la doctrina penal concede legitimidad al uso de la pena cuando se trata de proteger los derechos fundamentales sobre los que se asienta cualquier Estado democrático. Por eso, es indiscutible que el Derecho penal debe actuar con contundencia cuando una mujer es víctima de agresiones por parte de su pareja (o en cualquier otro contexto de violencia de género) que impliquen un menoscabo significativo de bienes tan esenciales como la vida, la salud física o psíquica o la libertad en sus diversas manifestaciones – sexual, ambulatoria, etc.-.

57 Se acude a la inimputabilidad o al miedo insuperable. De esta última opinión, haciendo referencia expresa a la inestabilidad emocional, PELAYO LAVÍN, *¿Es necesaria una reforma del artículo 416 de la LECr para luchar contra la violencia de género?*, cit., p. 509.

58 La “*Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*” (Convención de Belém do Pará, 1994) fue pionera en la línea de imponer de forma vinculante a los Estados Partes el deber de adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, incluyendo normas de naturaleza penal (véase art. 7 de la Convención). En Europa, en cambio, ha habido que esperar hasta el *Convenio de Estambul* de 2011 para tener un instrumento vinculante para todos los Estados miembros del Consejo de Europa. Al respecto, LLORIA GARCÍA, Paz, “*La prevención de la violencia de género en la Unión Europea. El convenio de Estambul*”, en *La encrucijada de Europa. Luces y sombras para un futuro común*, Universidad de Valencia, 2015, p. 89.

59 “*Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*”, ONU, Resolución de la Asamblea General 48/104 de 20 de diciembre de 1993. En línea similar se expresa el art. 1 de la *Convención de Belém do Pará*, si bien aquí se incluye de forma explícita la muerte como uno de los daños posibles.

Pero nada de esto conduce todavía a la necesidad de crear delitos específicos con sujeto pasivo femenino. Antes de plantearnos esta alternativa es necesario preguntarse por qué no son suficientes los delitos comunes con los que cuentan la mayoría de los ordenamientos punitivos para tutelar los importantes bienes jurídicos que se ven comprometidos en la violencia de género. La respuesta no es fácil, porque no hay sistema jurídico que no contemple los delitos de asesinato, homicidio, lesiones, violación, detención ilegal o malos tratos, por citar solo algunos. Pero el problema de fondo está en otro lado: no es la carencia de figuras delictivas lo que explica que las mujeres hayan estado históricamente mal protegidas por el sistema penal; el auténtico problema reside en que los mismos prejuicios y estereotipos que dan lugar a la violencia de género forman parte también del sistema desde el que se pretende erradicarla, lo que con frecuencia se manifiesta en la minimización de esta clase de hechos violentos por parte de los operadores jurídicos o incluso en su justificación, con la consecuente sensación de impunidad para los autores y de desprotección para las mujeres. En la reciente experiencia española, esta circunstancia se reflejó en la fuerte resistencia que mostraron en un principio muchos jueces a aplicar el delito de violencia doméstica habitual apelando a la privacidad de los conflictos familiares⁶⁰. Y en Latinoamérica es de sobra conocida la sanción que recibió el Estado mexicano por la desidia y el trato discriminatorio que mostraron sus funcionarios en el esclarecimiento de los terribles asesinatos de Ciudad Juárez⁶¹, muchos de ellos todavía impunes.

Por tanto, antes de pensar en más tipos penales parece necesario tomar las medidas adecuadas para garantizar la aplicación estricta de los ya existentes, lo que solo se puede conseguir creando conciencia entre los operadores jurídicos de la magnitud y gravedad del problema. En España, esto ya se ha conseguido en buena medida gracias a la especialización de los órganos judiciales – Fiscalía y Juzgados de Violencia sobre la Mujer - y también a los grandes esfuerzos que se hicieron en los primeros años de

60 Vid. LAURENZO CÒPELLO, *La violencia de género en la Ley Integral*, cit., p. 7. Esa falta de implicación de los jueces llevó a que el primer delito de violencia habitual, creado en España a finales de los años ochenta del siglo pasado, apenas se aplicara en la práctica.

61 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2009, caso González y otras vs. México (Campo Algodonero). La Corte entendió que el Estado mexicano había faltado a los deberes de debida diligencia en la prevención, investigación y sanción de los actos de violencia de género recogidos en la Convención de Belém lo Pará. Una reseña completa de este caso puede verse en FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, "La protección de la mujer en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: El caso Campo Algodonero", en Mariño, Fernando (director): *Feminicidio. El fin de la impunidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 297 y ss.

vigencia de la Ley Integral para “asegurar una formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género”, dirigida a jueces y magistrados, fiscales, secretarios judiciales, fuerzas y cuerpos de seguridad y médicos forenses, tal como dispone la Ley Integral (art. 47). Igualmente importante es que se cuente con medios adecuados para la rápida detección del riesgo y para proteger desde el primer momento a las mujeres que se encuentran en situación de peligro⁶².

Todas estas intervenciones de naturaleza procesal y formativa pueden contribuir de manera decisiva a contrarrestar los estereotipos que tradicionalmente han obstaculizado la aplicación estricta del Derecho penal en materia de violencia de género. Pero nada de ello impide que se pueda pensar, además, en las figuras género específicas como instrumento adicional para conseguir una mejor protección de las mujeres.

En favor de esta idea se ha alegado que los tipos comunes resultan insuficientes para dar visibilidad a las causas más profundas de la violencia de género y por eso poco pueden contribuir a cambiar los valores y pautas de comportamiento que la generan. Pero, como ya vimos, esta apelación al poder simbólico del Derecho penal es difícil de compatibilizar con los postulados básicos del feminismo liberador. Está de sobra demostrado que el Derecho penal no es una herramienta idónea para cambiar de raíz las estructuras sociales, único escenario en el que se puede imaginar una vida libre de violencia. El debate que tuvo lugar en España con motivo de la creación de las figuras género específicas dejó muy claro que una vez que se acude al Derecho penal hay que someterse a sus reglas, lo que supone, entre otras cosas, renunciar al contenido reivindicativo del discurso de género⁶³. Quedó demostrado, por ejemplo, que resulta de todo punto imposible introducir en el razonamiento jurídico-penal la idea de responsabilidad colectiva propia del concepto sociológico de violencia de género sin recibir de inmediato duros reproches por el supuesto intento de resucitar el siempre temido “derecho penal de autor”⁶⁴. Bien es verdad que esta crítica tiene fácil respuesta, porque la idea de responsabilidad

62 El *Convenio de Estambul* impone a los Estados europeos el deber de adoptar “las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio” (art. 49.2), incluidas las medidas que garanticen la rápida valoración del riesgo y la protección inmediata a las víctimas (arts. 50 y ss.).

63 Así TOLEDO VÁSQUEZ, *Femicidio/Feminicidio*, cit, p. 284.

64 Por todos, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel/RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal”, *Diario La Ley*, nº 6146/2004.

colectiva que desarrolla el feminismo en este contexto no hace referencia a “los hombres” como suma de individuos caracterizados por la pertenencia al sexo masculino, sino a la sociedad en su conjunto, construida sobre valores androcéntricos que colocan a las mujeres en posiciones más vulnerables a la violencia, una idea que no afecta en nada los presupuestos penales de atribución de responsabilidad personal en función de la culpabilidad del autor⁶⁵. Pero aun así, está claro que ese factor estructural tan necesario para dotar de especificidad a la violencia de género se resiente cuando pasa por el tamiz de los principios penales y, por eso, aquella vulnerabilidad de las mujeres que en el discurso de género aparece asociada a factores de discriminación producidos desde el propio sistema, en el lenguaje penal se convierte en pura “fragilidad femenina”.

De este modo, el efecto positivo inmediato que puede esperarse de las figuras género específicas – en términos de concienciación social - se ve claramente contrarrestado por el reforzamiento de burdos estereotipos de género nada compatibles con el fin último de deconstruir la estructura patriarcal y los valores que la sustentan, empezando por la eterna imagen de debilidad del sujeto femenino.

Pero las dificultades no acaban aquí. Dejando a un lado el plano simbólico, las figuras género específicas plantean también un problema importante de construcción típica que hasta ahora ninguna legislación ha conseguido resolver de manera convincente. Me refiero a cómo definir en la ley penal los comportamientos constitutivos de violencia de género en términos que resulten aceptables para cumplir con las estrictas exigencias del principio de legalidad⁶⁶. El problema reside en que el concepto sobre el que se ha basado toda la explicación de la violencia de género se mueve en un plano teórico distinto al que es propio de la ley penal, un plano en el que los fenómenos se describen por las causas que les dan origen

65 Porque la idea de responsabilidad colectiva se mueve en un plano de razonamiento distinto de aquél en el que se realiza el juicio de culpabilidad propio del Derecho penal. Lo que se quiere decir con aquella referencia es que la violencia de género es algo más que un estallido puntual de violencia entre dos personas. Es el fruto de unas pautas de comportamiento profundamente arraigadas en la sociedad y compartidas, de un modo u otro, por todos. De ahí la responsabilidad colectiva por la posición de vulnerabilidad en la que esas pautas de comportamiento social colocan a las mujeres. Esto demuestra que la violencia de género tiene un fuerte componente discriminatorio derivado de la exclusión o subordinación del sujeto femenino en la estructura social, de donde se sigue que los ataques a su vida, salud o libertad en un contexto de violencia de género suponen algo más que la lesión de esos bienes jurídicos: atacan también, y de forma muy significativa, a su dignidad como personas (así STC 59/2008, 14/05/2008). Como se ve, se trata de un razonamiento totalmente independiente de los requisitos que prevé el Derecho penal para imputar un hecho a un sujeto culpable, que en nada deberían cambiar cuando se juzga un caso de violencia de género. Cosa distinta es que resulte complicado circunscribir el concepto mismo de violencia de género siguiendo las exigencias del Derecho penal. Pero de eso hablaremos luego.

66 Llama la atención sobre este problema, TOLEDO VÁSQUEZ, **Femicidio/Feminicidio**, cit., p. 197 y ss.

y sus repercusiones en la vida social y no por las formas concretas que adquieren en los comportamientos de sujetos individuales. Así, todo el mundo entiende a qué se refiere la Ley Integral cuando en su artículo 1 define la violencia de género como “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” o cuando la Convención de Belém do Pará, también en su art. 1, habla de “cualquier acto o conducta, *basada en el género*, que cause la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a una mujer”. Eso basta para comprender el componente estructural y sexista de este tipo de violencia y para entender también por qué sus víctimas son precisamente las mujeres. Pero a la ley penal le hace falta algo más: es preciso describir de forma clara los elementos objetivos y subjetivos que circunscriben la conducta típica, de modo tal que se pueda saber de antemano qué comportamientos están abarcados por la norma prohibitiva y cuáles no. Y ahí está una de las mayores debilidades de las figuras género específicas, ya que con demasiada frecuencia se limitan a trasladar sin más los componentes del concepto sociológico de violencia de género al plano de la ley penal – o a su interpretación - sin reparar en que los niveles argumentativos son totalmente distintos y tienen exigencias diversas.

En el Derecho latinoamericano esta deficiencia se detecta con claridad en las nuevas figuras de feminicidio, que tienden a definir la conducta típica acudiendo a criterios tales como matar a una mujer “por el hecho de ser mujer” o “por su condición de mujer” o por motivos “misóginos”⁶⁷. La reciente Ley de feminicidio de Brasil parece dispuesta a superar esa dificultad por la vía de explicitar en el propio texto legal qué se debe entender por cometer un homicidio “contra una mujer por razones de la condición de sexo femenino” y expresamente se refiere a dos situaciones: I. cuando se trate de “violencia doméstica o familiar” y, II, cuando concurra “menosprecio o discriminación por la condición de mujer”⁶⁸. Sin embargo, no es de descartar que al menos con respecto a la segunda alternativa se planteen críticas de indefinición similares a las que han recibido otras leyes latinoamericanas.

Las figuras género específicas del Código penal español, en cambio, no hacen referencia alguna a los factores de género desencadenantes de la violencia y se limitan a circunscribir el ámbito típico en función del sujeto pasivo - una mujer - y del contexto en el que se produce el maltrato:

67 TOLEDO VÁSQUEZ, *Femicidio/Feminicidio*, cit., p. 280.

68 Ley nº 13.104, de 9 de marzo de 2015.

una relación de pareja (actual o pasada). Sin embargo, han sido los jueces quienes han recurrido al concepto sociológico para delimitar el alcance de aquellos delitos partiendo de la premisa, ampliamente mayoritaria en la jurisprudencia, de que no todo acto de maltrato producido en la pareja puede considerarse violencia de género. Así, trasponiendo sin más el art. 1 de la Ley Integral al ámbito penal, el Tribunal Supremo español ha determinado que una acción de violencia física en el seno de la pareja debe considerarse violencia de género “sólo y exclusivamente...cuando el hecho sea manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder *del hombre sobre la mujer*”⁶⁹. No por casualidad el tribunal cambia el plural utilizado en la Ley Integral – relaciones de poder *de los hombres sobre las mujeres*, dice el art. 1 - por el singular que hace referencia a un solo hombre y a una sola mujer. Por muy sutil que parezca, ahí se descubre la confusión de niveles argumentativos que contamina todo el razonamiento: de forma imperceptible se pasa del nivel estructural al de los conflictos interindividuales; del contexto social que genera la violencia a un acto aislado de violencia contra una mujer concreta. El art. 1 de la Ley Integral hace referencia a las causas estructurales de la violencia de género; lo que está diciendo es que las mujeres (como grupo, como colectivo) están discriminadas en la sociedad patriarcal debido al inequitativo reparto de poder entre los sexos (*relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*) y que esa posición subordinada en que las coloca el sistema – no un hombre concreto - las convierte en blanco de actos de violencia, sea para sojuzgarlas o como simple manifestación de la superioridad masculina. Ciertamente que este concepto puede y debe servir de guía para construir los tipos penales de violencia de género. El problema es cómo hacerlo.

Está claro que el concepto de violencia de género hace referencia a relaciones de poder, pero es absurdo deducir de ahí que cada golpe, cada insulto, cada amenaza, deben realizarse con el específico “ánimo de dominar” a la mujer en la situación concreta. Con independencia de las enormes dificultades de prueba que suscita este elemento subjetivo, lo importante es que se trata de una exigencia que nos conduce por el camino equivocado, ya que lo determinante no son los “motivos” que llevan al autor a ejercer la violencia en ese momento concreto⁷⁰ sino el

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo nº 1177/2009, de 24 de noviembre. La cursiva es mía.

⁷⁰ Es muy frecuente que los tribunales acudan a los motivos que provocaron la agresión para decidir si hay o no violencia de género. "La situación de dominio exigible en tales situaciones" - dice el Tribunal Supremo -, "está, sin

hecho en sí de utilizarla como forma de relacionarse con su pareja, desarrollando una pauta de conducta que tiene que ver con las relaciones de dominio y subordinación entre los sexos propias del patriarcado. Es aquí donde está el factor diferencial de la violencia de género. El problema es que, en mi opinión, esta idea solo se puede traducir en términos de tipicidad penal cuando la violencia se produce en un contexto indiscutible de dominio-subordinación, como sucede en la violencia habitual. En buena medida a eso apunta el Tribunal Supremo cuando exige que la violencia se produzca "en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del hombre"⁷¹. Sin embargo, cuando los tribunales han pretendido aplicar este criterio para calificar episodios aislados de violencia – un acto aislado de violencia física o unas amenazas leves descontextualizadas - han acabado en la más absoluta arbitrariedad, haciendo depender el componente de género de sus caprichosas ideas sobre qué es y qué no es un contexto de dominación⁷². Ello no quiere decir que no exista violencia de género en los actos singulares de malos tratos, amenazas, coacciones o vejaciones injustas – la jurisprudencia está plagada de ejemplos -, lo que significa es que, en estas situaciones, resulta muy difícil traducir el componente discriminatorio en términos aceptables desde el punto de vista del principio de legalidad. Solo incorporando al tipo penal la exigencia de un contexto objetivo de dominación expresado en hechos externos parece posible alcanzar ese fin.

En el caso del feminicidio, algunas legislaciones latinoamericanas han intentado superar los problemas de indeterminación típica por la vía de enumerar en la propia ley los supuestos que se consideran muertes por

duda, íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión" (STS 58/2008, de 25 de enero). Pero la jurisprudencia dista mucho de ser uniforme en este punto. El propio Tribunal Supremo se ha expresado en ocasiones de manera distinta, considerando que bastan las exigencias recogidas de forma explícita en la ley penal - la relación de pareja y el acto de violencia - para definir qué es y qué no es violencia de género a efectos penales, de modo tal que "es por completo indiferente que la motivación hubiera sido económica o de otro tipo" (STS 807/2010, de 30 de septiembre).

⁷¹ STS 1177/2009, de 24 de noviembre.

⁷² Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Murcia (Sentencia de 23/09/2011) no consideró violencia de género en unas amenazas dirigidas por un hombre a su expareja femenina, por "no constar actuaciones (ya verbales, ya gestuales, o de otra índole) que proyecten razones de desigualdad o de menosprecio a la dignidad de la mujer o de la imposición de la voluntad del varón sobre la mujer" Se trataba de un hombre con antecedentes por violencia de género que, tras arrebatar el móvil por la fuerza a la mujer y amenazarla de muerte si avisaba a la policía, acabó tirándola contra el cristal de una cafetería y propinándole varios puñetazos. O también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19/06/2013 (nº 715/2013), que rechaza la calificación de violencia de género por ausencia del ánimo de dominación en el caso de un hombre que forcejeó con su excónyuge, dándole diversos empujones y tirones de pelo debido a una discusión sobre el régimen de visitas de su hija. La Sala entendió que estos hechos no respondían a una relación de poder del hombre sobre la mujer sino a una simple "trifulca" por la custodia de la hija común.

motivos de género. En la ley de México Distrito Federal, por ejemplo, se describen los casos en que “la víctima presente signos de violencia sexual”, o cuando se le hayan “infligido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones”, o cuando “la víctima sea expuesta, depositada o arrojada en un lugar público”, entre otras situaciones⁷³. Sin duda todos ellos supuestos indiscutibles de violencia de género, pero también con toda seguridad muy lejos de ser los únicos. Tratar de abarcar mediante la enumeración típica el amplísimo campo de la violencia de género es una tarea imposible - como sucede siempre con las técnicas casuísticas - y por eso no parece un camino transitable para resolver el problema que aquí nos planteamos⁷⁴.

Parte de la doctrina española ha creído encontrar la solución recurriendo a la agravante genérica de discriminación que el Código penal español contiene en el art. 22.4⁷⁵, una línea parecida a la iniciada en Brasil por la Ley María da Penha que añadió a la agravante genérica de abuso de autoridad el supuesto en el que el delito se cometa “con violencia contra la mujer en la forma de la ley específica” (línea f) del art. 61 del Código penal de Brasil). Pero el problema de concreción típica que venimos planteando aquí no lo resuelve una agravante genérica, solo cambia de lugar. Porque se desplazará ahora a encontrar criterios claros para determinar cuándo se dan esas “razones de género” a las que alude el Código, lo que lleva a reproducir en sede de Parte General el mismo debate y las mismas indefiniciones que han suscitado los delitos con sujeto pasivo mujer⁷⁶.

3. CONCLUSIONES

De lo dicho anteriormente se derivan tres conclusiones: 1º. Las figuras género específicas poseen un fuerte poder simbólico del que cabe esperar un razonable aumento de la conciencia ciudadana respecto a la frecuencia y gravedad de la violencia contra las mujeres. 2º. Sin embargo, el recurso al Derecho penal implica necesariamente renunciar al compo-

73 Véase el texto íntegro en TOLEDO, *Femicidio/femicidio*, cit., p. 262. La misma autora explica que el texto legal del Distrito Federal sirvió de modelo a las leyes de muchos otros Estados de México.

74 Lo que no resta valor ni legitimidad al modelo implantado en México, ya que está claro que esa enumeración respondía a una realidad criminológica alarmante que requería una respuesta contundente por parte del Estado. Pero precisamente ese localismo impide tomarlo como modelo para la configuración típica de la violencia de género en contextos sociales y culturales diferentes.

75 Así, ACALE SÁNCHEZ, “*La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*”, cit., p. 408 y 411. En la reciente reforma penal española del año 2015 se han incorporando las “razones de género” entre las causas de discriminación del artículo 22.4 CP.

76 Tal vez en el caso de la legislación brasileña sea menos complejo el problema al remitir la agravante, de forma explícita, a los supuestos de violencia de género definidos en la Ley María da Penha.

nente reivindicativo del concepto de violencia de género para cambiarlo por el discurso de la victimización de las mujeres y el consecuente reforzamiento de la imagen de fragilidad y debilidad del sujeto femenino. 3º. Es extremadamente difícil encontrar los elementos adecuados para captar la esencia de la violencia de género en términos aceptables para el principio de legalidad penal.

A la vista de estos resultados, y aun admitiendo que los inconvenientes son muy fuertes, sería apresurado descartar sin más la conveniencia de acudir en algunos casos a los delitos con sujeto pasivo mujer. Parece, más bien, que hay que ajustar la respuesta a las circunstancias concretas de cada región, atendiendo sobre todo a la naturaleza y entidad de las agresiones de género que se producen en un determinado lugar, los niveles más o menos elevados de impunidad y los instrumentos con los que cuenta el sistema penal para contener y prevenir este tipo de violencia.

Tomando en cuenta todas esas variables, entiendo que las leyes género específicas son muy poco aconsejables en países, como España, donde ya existe una importante implicación social con las víctimas de la violencia de género; donde se han alcanzado cotas aceptables de concienciación de los operadores jurídicos (policía, fiscales, abogados, jueces); y, a consecuencia de todo ello, donde los hechos de violencia de género reciben generalmente la debida sanción penal. Es cierto que nada de ello ha conseguido detener las agresiones de género – sobre todo el asesinato de mujeres –, pero tampoco lo va a conseguir el Derecho penal sexuado. La única forma de contener de raíz este problema es encauzando de forma adecuada las reivindicaciones feministas en favor de cambios estructurales que liberen definitivamente a las mujeres de los roles subordinados a los que las condena el sistema patriarcal. Eso se puede conseguir desde la protesta y la contestación social y también, por qué no, a través de intervenciones de los poderes públicos que favorezcan la autogestión de las mujeres y su posicionamiento autónomo en el entramado social.

En cambio, es posible que los tipos género específicos (como el feminicidio tan frecuente en las legislaciones latinoamericanas) sí tengan sentido en aquellos países donde todavía hay elevados niveles de impunidad de la violencia contra las mujeres, provocados por la pervivencia de estructuras que permiten la connivencia del Estado – incluido el estamento judicial y policial – con el patriarcado más arcaico. En este tipo de contextos socioculturales, identificar al sujeto pasivo de ciertos delitos

por su sexo – por ser mujer - puede jugar un papel simbólico importante que refuerce el mensaje de desaprobación de la violencia de género⁷⁷, al tiempo que permita atacar la desidia e inactividad deliberada de los operadores jurídicos mediante el estricto control y registro de los casos que son denunciados⁷⁸. ❖

77 Porque es cierto, como señalaron las feministas radicales en los años ochenta del siglo pasado, que la ausencia de Derecho (sea por falta de regulación legal o por falta de aplicación del Derecho existente) también tiene un potente efecto simbólico ya que "crea un clima cultural en el cual determinados comportamientos incluyendo la violencia en contra de las mujeres resultan tolerados" - EDWARDS, Susan, "*La función simbólica del Derecho penal: violencia doméstica*", en **Pena y Estado**, nº 1-1991 (*Función simbólica de la pena*), p. 85.

78 Así, con razón, TOLEDO, **Femicidio/feminicidio**, cit., p. 282.

Prostitución y Trata Sexual: Otras Perspectivas Más Allá del Victimismo*

Maria Luisa Maqueda

*Catedrática de Direito Penal da Universidade de Granada
- Espanha*

1. LAS MIGRACIONES SEXUALES EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

No es nueva la relación entre migraciones y servicios sexuales. Desde hace ya más de un siglo se conocen experiencias de mujeres que viajaron en el interior de sus países o desde ellos a otros de su entorno más o menos lejano, en busca de trabajo y de nuevas oportunidades vitales que les llevaron al mundo de la prostitución. A menudo invisibilizadas por el efecto discriminatorio del género, estas iniciativas femeninas han encontrado serios obstáculos, desde siempre, para afirmar su autonomía construyéndose, en torno a ellas, un discurso oficial que habla sólo de la victimización de esas mujeres –“víctimas inocentes traficadas y obligadas a trabajar contra su voluntad”- como “un mito cultural” que se repite desde los comienzos de la historia de la trata de blancas, allá por finales del siglo XIX, generando verdaderos “pánicos morales” que se fundan sobre estructuras simbólicas preestablecidas que inventan víctimas y se justifican en base a peligros para la salud y la seguridad personales, para las mujeres y los niños, para la seguridad del Estado, la familia y la misma civilización (Rubin,2001).

Desde muy temprano se ha ocultado cualquier ingrediente emancipador en esas migraciones de mujeres orientadas a sacar provecho del comercio sexual. A excepción de las primeras declaraciones internacionales sobre trata de blancas - como la de 1910 - que exigieron algún ingrediente

* Este trabajo se realiza en el contexto del Proyecto de investigación DER 2012 - 34320, “Colectivos en los márgenes: su exclusión por el Derecho en momentos de crisis”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

de violencia o fraude en las motivaciones de esas mujeres para emigrar, la gran mayoría de ellas - desde el Convenio Internacional de 1933 - presumieron su condición de víctimas, declarando irrelevante su consentimiento. En ese momento, había ya “razones” que permitían explicar esa normativización del concepto de trata. El fantasma de la prostitución y la obsesión por controlar la moralidad y la sexualidad femeninas, figuraban en el ideario abolicionista que acabaría imponiéndose en los escenarios internacionales. La trata era “el mal que la acompañaba”, según el conocido Preámbulo del Convenio de Naciones Unidas de 1949, que aparecía concebido como instrumento de lucha para erradicar cualquier clase de prostitución, fuera consentida u obligada, desconociendo que en los procesos migratorios que emprenden las mujeres, el comercio sexual puede ser un objetivo explícito, un instrumento ocasional o también, desde luego, un destino obligado a causa de la marginación y los abusos.

Es significativo que este texto siga siendo, hoy en día, una referencia global para las distintas regulaciones internacionales - y nacionales- sobre prostitución y trata sexual. Por ejemplo, la última normativa europea sobre explotación sexual y su impacto en la igualdad de género que elaboró el Parlamento Europeo en 2014 declara la prostitución – cualquier clase de prostitución - como una forma de esclavitud sexual que perpetúa los estereotipos de género con la idea de que el cuerpo de las mujeres está en venta para satisfacer la demanda masculina de sexo. Siguiendo lo que ha dado en llamarse el “modelo abolicionista nórdico” – porque se ha impuesto inicialmente en Suecia, Noruega o Islandia - , se propone a los derechos nacionales prohibir la demanda de servicios sexuales penalizando a los clientes y liberando a las mujeres “prostituidas” de cualquier iniciativa represiva dada su condición de “personas especialmente vulnerables” desde el punto de vista social, económico, físico, psíquico, emocional y familiar. Una idea ésta de vulnerabilidad que está sirviendo de pretexto para borrar las fronteras – tan imprescindibles en cualquier otro ámbito normativo - entre lo coercitivo y lo voluntario, y que ha alcanzado en su onda expansiva a otra de las caras del problema: la trata con fines de explotación sexual.

Uno de los Protocolos de Palermo de 2000 – el que se proponía “prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas”, a partir de las pautas establecidas por la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional del mismo año – ya había mostrado su preocupación

por “las personas vulnerables a la trata” y había incluido, como uno de los elementos definitorios de su forma coercitiva, el abuso de una situación de vulnerabilidad, pensada “especialmente para mujeres y niños”, a los que dedicaba una explícita mención. El feminismo abolicionista había ganado, una vez más, su guerra contra la prostitución y contra la capacidad de las mujeres para adoptar decisiones racionales sobre sus cuerpos y sus vidas. La Coalition against Trafficking in Women consideraba que ni ellas ni los menores podían consentir en viajar para trabajar en la industria del sexo, por lo que si lo hacían, debían ser considerados como víctimas de trata y objetos de “salvación”, por más que no hubieran sido sometidas a ninguna clase de violencia, engaño o abuso (Maqueda, 2009).

De ese modo, trata y prostitución acabarían situándose en el mismo plano de agresión a la dignidad personal y a los derechos más inalienables de las mujeres. Habría una presunta violencia estructural – procedente del patriarcado - que pesa sobre ellas y deja sin efecto el consentimiento prestado: y si no hay prostitución libre, ¿cómo va a existir la libre voluntad de emigrar con ese fin? Son dogmas que se han ido instalando, sin ambages, en la legalidad internacional, confirmando el peso simbólico de la representación “trata/prostitución/sexualidad femenina”, en tanto que orientadora de la acción institucional hacia un esquema de victimización que aparece extremadamente peligroso porque prescinde del reconocimiento del derecho a la libre determinación de las mujeres (Gianmarinaro, 2000). Una vez más se hace explícito el viejo mito simplificador de las migraciones sexuales donde mujeres “jóvenes” e “inocentes” quedan a merced de traficantes “insidiosos” y “perversos”, bajo el que se ocultan muchos miedos y ansiedades, el miedo a los flujos migratorios que invaden la nación, la imparable expansión capitalista y el terror a la independencia de las mujeres y a su sexualidad que se refuerza con esa “mirada colonial” de las feministas occidentales orientada a perpetuar la presunción de infantilismo y desvalimiento de las mujeres de las culturas periféricas (Doezema, 2004). Así se construye el status de víctima de la trabajadora sexual inmigrante. En el imaginario colectivo y en las leyes.

Es lo que se conoce como “lenguaje trafiquista” (Azize, 2004) que simplifica la realidad en una suerte de dicotomía entre malos y buenos: de una parte, las mafias criminales que engañan y explotan; de otra, las pobres víctimas, presas del engaño y la explotación. No se admite prueba en contrario, ni de lo uno ni de lo otro porque se trata de una estrategia

interesada. Bajo ella se silencian las raíces económicas, legales, sociales y políticas de una inmigración legítima que buscan ser ocultadas a toda costa. Las verdaderas perdedoras son las mujeres que quedan a merced de leyendas populares – como “esclavas sexuales” - y de la falta de reconocimiento de su autonomía y de su condición de sujetos de derechos (Maqueda, 2009), pero hay ventajas innegables para los intereses más diversos: intereses morales (cruzada contra la prostitución), ideológicos (denuncia de la pérdida de valores religiosos y morales, afirmación de determinados modelos de género en tanto que códigos normativos sobre la feminidad y la sexualidad), pragmáticos (reforzamiento de la represión de la inmigración ilegal y de los demás imperativos del capitalismo y de la globalización económica)... que buscan garantizarse a toda costa (Chau-mont, 2009). Todos ellos se confunden en la gran mayoría de los modelos normativos que se han trasladado a las distintas regulaciones nacionales. Las de Brasil y España son un ejemplo.

2. ABOLICIONISMO Y DERECHO: DISTINTOS MODELOS NORMATIVOS

Después de más de un siglo se ha impuesto, en la mayoría de los países, el viejo dogma decimonónico de que el abolicionismo sirve para abolir la trata de mujeres. La experiencia ha demostrado, sin embargo, todo lo contrario. En un entorno internacional, mayoritariamente abolicionista, el tráfico sexual de mujeres sigue creciendo al tiempo que los derechos nacionales se van impregnando de un afán represivo – siempre creciente - con el entorno de la prostitución.

Brasil y España representan dos modelos diferentes de abordar, desde el abolicionismo, la implicación de terceros en el lucro característico de la industria sexual, sea favoreciendo la movilidad de las personas que la toman como destino (trata), sea sacando provecho del trabajo sexual ajeno (explotación sexual). Ambos podrían declararse herederos del viejo Convenio de Naciones Unidas de 1949 por su indiferencia hacia la voluntad de quienes son captados o trasladados con fines de prostitución o de quienes la ejercen en el caso concreto, pero el ordenamiento penal brasileño es más explícito en su pretensión criminalizadora pues no hay consentimiento que borre el delito y la violencia, la intimidación o el fraude agravan la pena, tanto en la prostitución (art. 227 ss. CP) como en la trata sexual, que es la única forma de trata punible (art. 231 CP). El funda-

mento siempre es el mismo: “el reconocimiento implícito de la situación de vulnerabilidad en que se encuentran sus víctimas” (Maciel, 2012), lo que permite identificar un perfil de género implícito que apunta a las mujeres y a las niñas como víctimas preferentes. El ideario oficial de las políticas de enfrentamiento del tráfico sexual (Brasilia, 2011) despeja cualquier duda en ese sentido al calificarlo como “una grave violación de derechos intrínsecamente relacionado con la violencia y la discriminación de género (violencia sexual)... que estigmatiza a las mujeres como mercancías exóticas y erotizadas y las reducen a la subalternidad”. O también cuando destaca las raíces de desigualdad socioeconómica, de pobreza, precariedad laboral o escasas expectativas profesionales que afectan a muchas mujeres que emigran, como causa y consecuencia de su existencia.

Y es que resulta difícil cuestionar, hoy en día, que el aumento de las migraciones a partir de la década de los años ochenta del pasado siglo, es uno de los efectos reconocibles de los excesos del neocapitalismo mundial y del creciente deterioro que provoca en las condiciones de vida de las economías periféricas. Como también, que los mecanismos estructurales de exclusión social, propios de los actuales contextos neoliberales de globalización, se refuerzan en el caso de las mujeres. Se ha utilizado la afortunada expresión de Sur Global para referirse a las trabajadoras no sólo del sur geográfico sino también del norte, integradas en muchos sectores marginados procedentes de espacios urbanos periféricos, sectores informales de la economía, de la inmigración ilegal, en trabajos a tiempo parcial o en trabajos de la economía sumergida (Fariñas, 2006), en suma, un proletariado feminizado, dentro o fuera de sus países de origen, que es una respuesta a la feminización de la pobreza y de la feminización de la fuerza de trabajo en condiciones de máxima discriminación. No es de extrañar que, entre la diversidad, importantes sectores del abolicionismo brasileño estén constituidos, preferentemente desde principios de la década del 2000, por coaliciones de mujeres aunadas frente al avance neoliberal en el seno de los movimientos antiglobalización (Piscitelli, 2012). Lo que es difícil de entender es que, desde su anticapitalismo, estas feministas compartan espacio ideológico con quienes, desde la iglesia u otras organizaciones no gubernamentales más convencionales, mantienen un discurso, más o menos renovado, de victimización indiscutible para las trabajadoras sexuales. Ni la vieja idea de trasgresión moral en desuso, ni tampoco la más moderna de violencia sexista están en condiciones de argumentar en favor del desconocimiento de la autodeterminación sexual

de las mujeres por más que se compartan algunos de sus conceptos claves, como el de género y patriarcado como expresión del poder masculino o el de estratificación sexual, como efecto resultante de la división sexual del trabajo y de las distintas identidades culturales de clase o raciales que inciden en la discriminación femenina.

En el Estado español, el feminismo abolicionista es más homogéneo y definitivamente permeable a la idea de reconducir la prostitución y la trata a expresiones del dominio y la opresión patriarcales. La Plataforma estatal de organizaciones de mujeres para la abolición de la prostitución la definía como “forma extrema de explotación y de violencia contra las mujeres y de reducción a la condición de mercancías al servicio de los hombres”. La trata era la “gran realidad” que se escondía tras de ella y “símbolo de la esclavitud sexual de nuestro siglo”. Constituida esta Plataforma en 2003 con la pretensión de llevar al Código penal la criminalización del entorno de la prostitución voluntaria, incluida su intermediación internacional, lo conseguiría enseguida dando como resultado unos preceptos reconocidamente imprecisos que castigaban a quien se lucrara “explotando” la prostitución de una persona, aún con su consentimiento (actual art. 187,1 CP) y a quien, con esos fines de explotación sexual y al margen de cualquier medio comisivo de signo coercitivo, favoreciera su traslado a territorio nacional (antiguo art. 318 bis CP). Con el tiempo, esta regulación de la trata llegaría a adoptar perfiles más aceptables, al integrar como elementos constitutivos la coerción, la intimidación y el fraude pero también el “abuso de una situación de vulnerabilidad”, que es la puerta que ha quedado abierta para la incriminación de cualquier conducta de colaboración con mujeres extranjeras migrantes que se dirigen voluntariamente al ejercicio de la prostitución (actual art. 177 bis CP).

Y es que la idea de “vulnerabilidad”, como la de “explotación”, en su pretendida ambigüedad, permiten infinitas interpretaciones de su significado que ensanchan o restringen, más o menos caprichosamente, el ámbito de lo punible. La jurisprudencia española de los últimos años ha ensayado varias de ellas: desde las más extensivas, que incluían a cualquiera que favoreciera el traslado consentido de mujeres extranjeras al territorio nacional para ejercer la prostitución o a quienes se beneficiaban económicamente de ellas (víctimas siempre vulnerables por su posición de desventaja social y económica o por su debilidad psicológica nacida de anteriores experiencias traumáticas o de su juventud o de su aislamiento

en un país extraño y culturalmente diferente...) hasta otras recientes, más restrictivas, que exigen ya la prueba de esas situaciones de explotación o de abuso requiriendo, por ejemplo, la constancia de la imposición de condiciones laborales ilegales (bajos o inexistentes salarios, horarios excesivos, sin descanso semanal, imposición de multas o servicios sexuales extraordinarios...) o de falta de libertad y de opciones alternativas a la práctica del trabajo sexual. En esa evolución, todavía inacabada, hacia modelos más respetuosos de los principios penales de lesividad y de intervención mínima, han tenido un indudable peso reconocidas sentencias que, con mayor o menor rotundidad, han declarado conforme con la legalidad vigente el proxenetismo no coercitivo o el contrato laboral de prestación de servicios en la prostitución. Sus respectivas doctrinas merecen conocerse.

La primera de esas sentencias data de 14 de abril de 2009 y proviene del Tribunal Supremo español que declaró conforme a derecho la prostitución voluntaria por cuenta ajena “siempre que las condiciones de trabajo no conculquen los derechos de los trabajadores” porque “hay aspectos de la voluntad”, afirmaba literalmente el magistrado, “que no pueden ser coartados sin más por el Derecho ni quedar a merced de enfoques morales o ético-sociológicos ...”, tan presentes en cualquier discurso sobre prostitución. La segunda, muy reciente, de 18 de febrero de 2015 del Juzgado de lo Social de Barcelona, ha incidido sobre una vieja y polémica cuestión jurídica de orden civil: si la prostitución debe ser reconocida como una práctica contraria a la legalidad y las buenas costumbres y, por tanto, imposible de constituirse en objeto de un contrato, tal como venía argumentando desde siempre la jurisprudencia española. Esta vez, el magistrado reconoce, por primera vez, el carácter laboral del contrato de prestación de servicios que liga al empleador – aquí empleadora - y la trabajadora sexual que estaba bajo su dependencia y trabajaba por cuenta ajena, en este caso en un salón de masajes eróticos. No reconocer el carácter laboral de esa relación, concluye la sentencia, “no haría más que agravar la situación de las trabajadoras desde una perspectiva de género (pues) repercutiría sobre el disfrute de sus derechos personales a la dignidad, la libertad y la igualdad, tan comprometidos en la práctica de la prostitución”.

Yo creo que esta nueva racionalidad jurídica, más realista y menos ideologizada, permite combatir de modo más eficiente la victimización de las trabajadoras sexuales. Su visibilización social como trabajadoras con

derechos contribuye a sacarlas de la clandestinidad que les garantiza su legalidad y las empodera para enfrentar el estigma y la discriminación que intemporalmente han acompañado al ejercicio de la prostitución y que las han agraviado con todo un conjunto de sanciones morales, de orden público o aún de género en su histórica existencia. Pero es que, además, les hace ganar un espacio de reconocimiento en su entorno social y laboral, esto es, en sus relaciones con los empresarios, con los clientes y con el medio que las rodea ofreciéndoles recursos contra la explotación, los abusos frecuentes, el rechazo vecinal y el insoportable acoso policial a que la marginación por parte del Derecho las ha condenado inmemorialmente. Y aún pudiera ser, quizás, un primer paso para llegar a celebrar acuerdos y aunar esfuerzos - tanto fuera como, sobre todo, dentro del feminismo - para enfrentar más eficazmente la violencia sexual inherente a la prostitución forzada y a uno de sus vehículos - la trata coercitiva - en los términos en que lo propuso en 1994 una de las Convenciones internacionales más respetadas, la de Belem do Pará procedente de la Asamblea General de Organización de los Estados Americanos para prevenir, castigar y erradicar la violencia contra la mujer, donde se incluye selectivamente, como parte del concepto de violencia de género, el tráfico de mujeres y la prostitución forzada (art. 2,2).

Pero lo cierto es que, pese a tan importantes avances jurisprudenciales, la ambigüedad permanece. Una reforma penal última, de marzo de 2015, lo viene a confirmar cuando el legislador español describe la explotación de la prostitución no sólo por el abuso de las condiciones laborales (“que se impongan para el ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas”) sino también por la vulnerabilidad de la trabajadora sexual (“que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica”) (art. 187,1 a), b)), que, al mismo tiempo, sigue figurando como uno de los elementos que constituyen el marco típico de la trata coercitiva, consistente en captar, transportar, acoger... a una víctima nacional o extranjera “abusando de una situación de vulnerabilidad” (art. 177 bis), de modo que, al final, quedan asimiladas como víctimas de explotación sexual y de trata lo que el legislador califica como víctimas vulnerables y define como aquéllas “que no tienen otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”. Una fórmula ésta de inspiración internacional que, a menudo, se ha identificado con la mera ilegalidad, esto es, con una situación administrativa precaria o ilegal (Resolución del

Consejo de Europa de 19 de mayo de 2000) pasando a ser una especie de atributo de la condición de mujeres prostitutas migrantes sin que llegue a exigirse ninguna prueba de su falta de libertad – o quizás simplemente de autonomía – para decidirse por el trabajo sexual o por el traslado con ese fin. Y, en efecto, ¿no son vulnerables, con esa definición, la gran mayoría de las mujeres que, desde realidades inciertas y precarias personal y económicamente, se trasladan clandestinamente desde las periferias a las estructuras más desarrolladas del centro mundial o nacional en busca de recursos económicos para ellas y para su familia – cuya jefatura ostentan muchas veces - y para optar por una superior calidad de vida, mejorar sus niveles de ingresos y de autonomía o formar parte de sociedades más ricas, siempre asumiendo las condiciones de aislamiento, desamparo y ausencia de derechos en que se insertan cuando llegan y, a menudo, mientras permanecen en ellas? (Juliano, 2004).

Dejar ese juicio de vulnerabilidad en manos de los tribunales es tan inseguro como quedar a expensas de su personal ideología. No es fácil enfrentar los prejuicios “de género” del movimiento abolicionista y liberar a sus víctimas dentro de ese estrecho espacio normativo marcado por la legalidad internacional. Por ello son tan relativas las cifras que cuantifican a las mujeres que sufren explotación sexual y tan inútiles las declaraciones programáticas y las reiterativas iniciativas políticas que las secundan.

3. ALGUNAS CONSECUENCIAS PERVERSAS DE LAS POLÍTICAS OFICIALISTAS CONTRA LA TRATA

En un último documento de la Unión Europea acerca de las “Estrategias para erradicar la trata de seres humanos” durante el periodo 2012-2016, la Comisión recoge el dato de que las víctimas de explotación sexual representan un 79% de los 20,9 millones de seres humanos que son objeto de trata a nivel mundial, al tiempo que reconoce la dificultad de detectar a esas víctimas y la necesidad de sensibilizar a la sociedad civil acerca de la prioridad de reducir la demanda de uso de los servicios que ellas prestan o criminalizarlas en su caso y de animar a los Estados a perseguir más activamente a los traficantes ante una realidad tan sorprendente como la que revela que el número de casos enjuiciados y de condenas es muy bajo y sigue descendiendo en la totalidad de los países.

No se entiende. Si se hiciera un repaso de las masivas iniciativas internacionales que, en poco más de un siglo, han abordado (parece que

mal) el problema de la prevención y la represión de la trata sexual y se valorara el amplio seguimiento que han tenido en los distintos derechos nacionales habría que concluir que el problema que se denuncia en esa comunicación europea - como en tantas otras directivas, resoluciones, recomendaciones, protocolos o acciones comunes de mayor o menor amplio espectro ... - no debiera atribuirse a la ausencia de una conciencia social negativa acerca del tráfico sexual de mujeres o a una inconsciente demanda de los servicios que ofrece ni tampoco, seguramente, a la inexistencia de un serio afán de persecución de los traficantes por parte de los operadores jurídicos sino que tiene que ver, más bien, con la ceremonia de confusión que ellas han creado - y permanece - en torno al concepto de trata y al de sus víctimas y, desde luego, con el estatus de indefensión y de desprotección que les aseguran.

La cruzada mundial, que se recrudece día a día, contra la prostitución sin distinguir su carácter forzado o voluntario, o la ofensiva contra el tráfico internacional de personas que persigue el cierre de fronteras y el control de los flujos migratorios han diseñado un mapa represivo que, poco o nada, tiene que ver con la violencia sexual que debiera reivindicar nuestro concepto de trata como práctica criminal que causa a las mujeres - sus víctimas preferentes - daños o sufrimientos físicos, psicológicos o sexuales en los términos que la Convención de Belem do Pará define la violencia de género (art. 1). Los intereses que, a partir de aquí se defienden, sean ideológicos o puramente estratégicos, son los verdaderamente responsables de la invisibilización de las auténticas víctimas de la trata sexual, de las cuales se detecta, según UNODC (2010), una de cada veinte.

Deberíamos preguntarnos, entonces, ¿qué porcentaje de aquel 79% de supuestas víctimas de trata se corresponde con mujeres económicamente vulnerables que han querido trasladarse a otro país o a otro lugar de su país con un proyecto personal propio a la búsqueda de mejores escenarios de vida y qué otro viene representado por mujeres y niñas vendidas por sus progenitores, obligadas a emigrar por guerras o desastres naturales o captadas con engaño o con violencia en sus países de origen?. No hay respuesta, porque unas y otras forman parte del mismo concepto de trata que se diseña y se promueve internacionalmente. Diríase que los intereses morales y económicos de la globalización capitalista se encaminan por otros senderos. El caso de EE UU en sus agresivas campañas contra el tráfico de personas es muy esclarecedor. En su afán imperialista,

viene promoviendo desde el año 2000 una ofensiva contra la trata consistente en evaluar si los demás países de la comunidad internacional cumplen un estándar mínimo de esfuerzos por luchar contra ella bajo la amenaza, en caso contrario, de ser denunciados internacionalmente, ser privados de determinadas subvenciones o ayudas de la administración norteamericana o aún de sufrir una recomendación oficial negativa a organismos internacionales, tales como el Fondo Monetario Internacional u otros Bancos para el Desarrollo, para que denieguen préstamos o cualquier utilización de fondos solicitados por ellos. Sus motivaciones, que se han llegado a tildar de “oscuras” (Villacampa, 2011), sugieren ser una respuesta a juegos de intereses que poco tienen que ver con las víctimas de la trata y sí, más bien, con sus afanes por liderar una guerra contra la criminalidad organizada transnacional y la amenaza terrorista en favor de la seguridad de las fronteras. La Alianza Global contra la Trata, en su informe de 2010 es conclusiva en cuanto a esa vinculación entre trata y terrorismo: el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de EE.UU, afirma, considera que “traficantes y terroristas utilizan las mismas rutas” y son el objetivo final de la “comunidad democrática” en su lucha global contra la trata. La fuerte presión de grupos feministas abolicionistas que operan, como verdaderos lobbies, en el ámbito internacional constituiría otro motor importante.. Tómese como una muestra significativa la poderosa influencia de los Estados Unidos en la aprobación de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños (2000), donde la presencia de esos lobbies resultó ser decisiva.

No es de extrañar que, como resultado de ese panorama confuso, la identificación de las víctimas de trata sea tan incierta. Pero es que, además, es muy probable que se haya sobredimensionado su cuantificación quizás para justificar tanta política represiva contra la inmigración y la prostitución (Machado, 2014) . En mi país, una gran cantidad de estudios etnográficos sobre el trabajo sexual de mujeres migrantes (Solana, Ación, López Riopedre, Majuelos...) o las estimaciones generalizadas de las principales asociaciones de defensa de sus derechos (Hetaira, Genera, Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía....).y aún, alguno que otro informe institucional (de la guardia civil, por ejemplo) concluyen en porcentajes que, en poco supera el 10% o el 15%, entre quienes traba-

jan coercitivamente en la prostitución procedentes de otros países. Una conclusión que apoya algún interesante estudio empírico acerca de las mujeres brasileñas implicadas en el mercado del sexo español e italiano (Piscitelli, 2013) y otros, más ambiciosos, que denuncian el carácter interesado de esa ofensiva masiva contra la trata como si fuera un fenómeno inabarcable que, en realidad, no hace sino encubrir perversos intentos de control de la movilidad femenina. En ese sentido, el importante informe de 2010 de la GAATW, antes citado, ha destacado reiteradamente que las leyes y las políticas anti-trata están limitando la libertad de movimientos de las mujeres bajo el pretexto de protegerlas de los peligros de la emigración, de modo que utilizan la alarma del “riesgo a ser objeto de trata” para impedir que las personas de países más pobres emigren. Algunos estudios feministas insisten también en ello: gobiernos asiáticos que responden a sus “miedos al tráfico” a través de disposiciones legales que restringen la libertad de movimiento de las mujeres (Doezema, 2004) o mujeres que son deportadas y que se ven sometidas en sus países de origen a intensos programas de rehabilitación para persuadirlas del riesgo de volver a caer en la migración y el tráfico (Aradau, 2009), son algunos otros ejemplos.

Por otra parte, está la necesidad prioritaria de hacer transparente el mercado del sexo para discriminar a las verdaderas víctimas de trata sexual, sean las que sean. En un clima de clandestinidad y de prohibición como el que garantiza el abolicionismo imperante, en el que se niega la voluntariedad de cualquier clase de prostitución o se sustituye por una perversa presunción de vulnerabilidad de cuantas la ejercen, todo su entorno – incluido el que se encarga de su intermediación nacional o internacional - está bajo sospecha de explotación y de violencia y resulta imposible detectar a quienes están realmente bajo el imperio de la coerción y el miedo. No es lo mismo hablar de violencia, intimidación o engaño que de dominio o de opresión del capitalismo patriarcal. Son discursos diferentes que, en su confusión interesada, dificultan gravemente la identificación de las mujeres que han sido traficadas y que están bajo situaciones de acoso y de abuso de poder, siempre propiciadas por las restrictivas normativas migratorias que operan en la gran mayoría de los países y que descuidan sus derechos. Las escasas oportunidades que estas regulaciones ofertan para las víctimas de trata es otro de los obstáculos para que éstas salgan de la invisibilidad y se defiendan.

Si existiera ese proclamado interés por las víctimas de la trata, que tanto reiteran los sucesivos instrumentos internacionales, su protección y

su asistencia institucional sería “gratis” y no quedarían supeditadas a una denuncia criminal y a su posterior colaboración frente a las redes que las trasladaron con los previsibles riesgos que asumen para su integridad y sus vidas o las de sus familiares más próximos. No serían tratadas como meros “instrumentos de investigación”, en los términos en que lo denunciaba uno de los Convenios más progresistas de los últimos años, el de Varsovia de 2005 procedente del Consejo de Europa. El Estado español, que ha firmado ese texto, mantiene, sin embargo, el modelo clásico. En el contexto habitual de redadas policiales, las víctimas deben ser identificadas por las Brigadas de Extranjería (“cuando hay motivos razonables para creer que lo son”) y más tarde invitadas, tras un periodo de reflexión de no más de noventa días, a cooperar con las autoridades para testificar y favorecer la persecución de quienes traficaron con ellas (art. 59 bis Ley de Extranjería). El premio es obtener un permiso de residencia temporal y evitar una expulsión que, demasiado a menudo, no consiguen por distintos motivos: porque no son adecuadamente identificadas por la policía, porque son expulsadas antes de ser citadas para declarar o porque se niegan a colaborar en su desconfianza hacia las instituciones y hacia sus medidas de protección y seguridad, que saben más ficticias que reales. La Fiscalía de Extranjería, en su Memoria de 2012, asumía ese fracaso cuando confirmaba que sólo 24 mujeres de las 149 que habían sido identificadas como víctimas de trata un año antes, habían accedido a acogerse a aquel beneficio. La realidad más común para las trabajadoras sexuales migrantes es, pues, muy distinta: acoso policial indiscriminado, detenciones, procedimiento sancionador con orden de expulsión, estancia en un centro de internamiento de extranjeros y deportación.

Pero si el marco legal anti-trata no es demasiado generoso con las mujeres tratadas, que son sacrificadas en aras de políticas de seguridad que persiguen prioritariamente el control de la inmigración ilegal (GAATW, 2010), tampoco la política criminal diseñada desde la legalidad internacional protege adecuadamente sus derechos humanos vulnerados. Pocas declaraciones internacionales he visto preocupadas por la extrema violencia que sufren esas víctimas reales de la trata y que no debe confundirse con ella. Porque la trata es sólo el inicio de un proceso - de captación y traslado, normalmente fraudulentos, de víctimas - que se consume con su sometimiento a un tiempo incierto de atentados sexuales presididos por un clima de amenaza, encierro y agresiones incesantes. El reciente Con-

venio de Estambul de 2011, también procedente del Consejo de Europa, propone a los Estados firmantes tipificar la violencia sexual e incluye “el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero” (art. 36,1, 3) – que pudiera servir de referencia - pero no reserva ningún espacio propio a estos ataques cualificados. Pueden ser días, meses o años en un régimen insoportable de cosificación personal que en mi país se llama eufemísticamente “proxenetismo coercitivo” y se castiga con penas – casi simbólicas - de dos a cinco años (art. 187 CP) mientras la trata se conmina con otras, mucho más graves, de cinco a ocho años (art. 177 bis CP). Cabría preguntarse si es que hay más violencia de género en el traslado involuntario de esas mujeres de un lugar a otro que en el ataque prolongado a que después se les somete en su dignidad y en sus derechos humanos más personales, ¿por qué uno y otro se camuflan bajo la única voz de trata como único sinónimo de esclavitud?. Hay algún juego perverso en tanto artificio que, una vez más, sitúa a sus víctimas en un lugar subalterno, de máxima impotencia e indefensión.

Propongo buscar nuevos nombres capaces de expresar la extrema violencia de esas conductas de explotación que degradan y devastan lo femenino. Huyendo de la idea de que la prostitución forzada sea una suma “abstracta” de actos sexuales impuestos, podría hablarse, por ejemplo, de agresiones sexuales o de violaciones continuadas que son los términos con los que nuestros respectivos códigos penales traducen esa violencia sexual de carácter incierto y cuyas penas serían más proporcionadas pues no bajarían de los seis a diez años (art 179/180 CP español; art. 213 CP brasileño). Pero, al menos en mi país, esta es una oportunidad que doctrina y jurisprudencia rechazan aduciendo meros artificios formales, como la falta de concreción necesaria de esos ataques duraderos a la libertad sexual o de inmediatez y condicionamiento causal entre los medios violentos empleados y la concreta acción sexual provocada, poniendo de manifiesto la dificultad de trasladar propuestas que tienen una evidente carga de género al lenguaje tosco y formalizado del derecho penal y de sus aplicadores.

Pero hay todavía otra vía posible, que sería interesante estudiar para trasladarla a nuestros respectivos Derechos. Se trata de un viejo concepto que hunde sus raíces en la Convención de Ginebra de 1956 y que, quizás, podría dar nombre a esas situaciones insoportables de anulación de la personalidad y de sometimiento a la voluntad de otros. Me refiero

al concepto de servidumbre. Podríamos seguir el ejemplo de Italia y otros países que lo han llevado a sus códigos penales para valorar esos estados de sumisión continuada que privan a sus víctimas de sus derechos humanos más elementales y les constriñen a realizar prestaciones sexuales no queridas (Maqueda, 2009). El concepto de esclavitud, con su evidente carga simbólica, es otra posibilidad sobre la que merece la pena que reflexionemos juntas. ❖

BIBLIOGRAFIA

ARADAU, C. (2009) "*Vida, derechos y riesgos: las paradojas del tráfico de personas*", en Nicolás/Bodelón, **Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder**. Anthropos.

AZIZE, Y. (2004) "*Empujar las fronteras: mujeres y migración internacional desde América Latina y el Caribe. ¿Migraciones, tráfico o un poco de cada cosa?*" en Osborne (coord.), **Trabajador@s del sexo**. Bellaterra.

DOEZEMA, J. (2004) "*¡A crecer!. La infantilización de las mujeres en los debates sobre el tráfico de mujeres*". Osborne (coord.), **Trabajador@s del sexo**. Bellaterra.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, CASTIGAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. BELÉM DO PARÁ, 1994.

CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS (2005). Varsovia, 16. V. 2005.

CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA. Estambul, 11. V. 2011.

CHAUMONT, JM. (2009) **Le myhte de la traite des blanches**. La Découverte.

FARIÑAS, MJ. (2006) "*Las asimetrías del género en el contexto de la globalización. Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*". Colección **Clara Campoamor del Pensamiento Feminista**. Junta de Andalucía.

GIAMMARINARO, M.G. (2000) "*La rappresentazione simbolica della trata come riduzione in schiavitù*" en Carchedi et al (coord.), **Il colori della notte. Migrazioni, sfruttamento sessuale, esperienze di intervento sociale**. Franco Angeli.

JULIANO, D. (2004) "*El peso de la discriminación: debates teóricos y fundamentaciones*" en Osborne (coord.) **Trabajador@s del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI**. Bellaterra.

MACIEL, A. (2012) "*Prostituição e Tráfico de Mulheres*". **EMERJ**. V. 15, Nº 57 (I Encontro Internacional sobre violencia de gênero Brasil - Espanha).

MACHADO, MD (2014) "*Desmontando el discurso oficial sobre la trata*" en Lorenzo (coord.), **Diversidad cultural, Género y Derecho**. Tiran lo Blanch.

MAQUEDA, ML. **Prostitución, feminismos y derecho penal**. Comares.

PISCITELLI, A. (2012) "Feminismos e Prostituição no Brasil: uma leitura a partir da Antropologia Feminista". **Cuadernos de Antropología Social**. Buenos Aires.

PISCITELLI, A. (2013) **Trânsitos: brasileiras nos mercados transnacionais do sexo**. Universidad do Estado do Rio de Janeiro.

RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 26 DE FEBRERO DE 2014 SOBRE EXPLOTACIÓN SEXUAL Y PROSTITUCIÓN Y SU IMPACTO EN LA IGUALDAD DE GÉNERO.

RUBIN, G.S. (2001), "*Penser le sexe. Pour une théorie radicale de la politique de la sexualité*" en Rubin/Butler, **Marché au sexe**. Epel.

SECRETARÍA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES: "Tráfico de Mulheres. Política Nacional de Enfrentamento". Brasilia, 2011.

VILLACAMPA, C. (2011) **El Delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional**. Aranzadi/Thomson Reuters.

La Aplicación de Leyes Sobre Femicidio/Feminicidio en América Latina (Primeras Evaluaciones)

Dra. Patsilí Toledo

Abogada por la Universidad de Chile, Doctora en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Barcelona y profesora del Departamento de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España)

Mi presentación tratará sobre las leyes de femicidio y de feminicidio que se han aprobado en la última década en Latino América y cuáles son las conclusiones sobre los resultados, los efectos y consecuencias que se han derivado de estas nuevas leyes a nivel continental. No me referiré al caso de Brasil en particular, puesto que habrá una presentación específica al respecto.

I. ¿POR QUÉ SE HAN DADO ESTOS PROCESOS DE TIPIFICACIÓN DEL FEMICIDIO/FEMINICIDIO EN LATINOAMÉRICA?

Desde que el año 2007 Costa Rica aprobó la primera ley que tipificó el femicidio como un delito específico, en menos de diez años, más de una decena de países han tipificado esta figura. La han tipificado a veces en el Código Penal, otras veces en leyes especiales. Algunas veces han sido leyes que sólo tipifican el femicidio, otras veces han sido leyes que sancionan otros tipos de violencias contra las mujeres. Hay una gran diversidad en el continente.

¿Por qué en este continente, si las mujeres son asesinadas por razones de género en todo el mundo? ¿Por qué no hay – hasta ahora - leyes sobre femicidio o feminicidio en la India, en China, en Europa?

De acuerdo con que he investigado, creo que hay varios factores que pueden estar detrás de esto. En primer lugar, la fuerza y coordinación del movimiento feminista latinoamericano. Esta es una característica propia, vinculada a diversos factores, como el legado colonial que hace que hablemos el español en gran parte del continente. Además, desde la década de 1980, existe una gran coordinación entre los movimientos feministas de los distintos países gracias a los Encuentros Feministas.

Otro elemento muy relevante en el continente, por razones históricas, es la relevancia del marco internacional de Derechos Humanos. La primera convención específica sobre violencia contra las mujeres fue la Convención de Belém do Pará, en 1994. El siguiente tratado regional específico sobre violencia contra las mujeres recién se aprobó en el año 2011: el Convenio de Estambul en Europa. Es decir, Latinoamérica ha avanzado por más de 20 años, por ejemplo, a Europa en materia de una legislación continental de derechos humanos sobre violencia contra las mujeres.

Otro de los factores que ha incidido en estos procesos, es el incremento de la violencia en general, y la violencia contra las mujeres en particular, en algunas zonas de Latinoamérica, lo que ha puesto el fenómeno de los asesinatos en el centro de la atención política y mediática.

El concepto de femicidio o feminicidio no ha surgido, sin embargo, en Latinoamérica. Su origen está en la noción de femicide, desarrollada principalmente por Diana Russell en Estados Unidos. Surge en el contexto del debate sobre los crímenes de odio en Norteamérica, a mediados de la década de 1980, en relación a la inclusión o no de los crímenes contra las mujeres dentro de la categoría de crímenes de odio. Se consideró, sin embargo, que la inclusión de las diversas manifestaciones de violencia contra las mujeres opacarían, en términos numéricos, al resto de los crímenes de odio, así como que el hecho que los crímenes contra mujeres no reflejaban odio a “todas las mujeres” o misoginia.

Sin embargo, en 1989 en Canadá hubo un asesinato masivo de mujeres en la Universidad de Montreal. Un hombre asesinó a catorce mujeres estudiantes de ingeniería, suicidándose después. En su bolsillo tenía una nota que decía que él había matado a estas mujeres porque ellas eran unas “putas feministas” que estaban ocupando los espacios de los hombres. A pesar del carácter misógino del crimen, el caso fue tratado por la prensa como el crimen de “un loco”. Diana Russel y Jane Caputi, sin

embargo, criticaron que si hubiera sido un ataque racista nadie hubiese dicho que se trataba de un loco, pues los asesinatos racistas son crímenes políticos, cometidos por una ideología de la supremacía blanca. El hecho que haya “loco” involucrado no impide ver que hay un móvil político. Ellas enfatizaron que, en este caso también, había un móvil político, al igual que cuando un marido mata a su esposa porque siente que le pertenece, o los casos de asesinatos de mujeres que, de alguna manera, “desobedecen” las normas patriarcales.

Hay muchas y variadas definiciones de *femicidio*¹. De hecho, en Estados Unidos hay textos de criminología que hablan de femicidio para aludir a cualquier asesinato de mujeres, sea por razón de género o no. Hay también definiciones mucho más restringidas, que sólo incluyen los asesinatos de pareja íntima.

En Latinoamérica ha habido dos líneas de la traducción de femicide. Una es **femicidio**, la palabra que se usa, por ejemplo, en Costa Rica, en Chile o Argentina, y es **feminicidio** que fue, sobre todo, utilizada en México y Guatemala en los primeros años de denuncia del feminicidio en la década de 1990, y que se utiliza también en países como Perú y Colombia.

Sin duda, los graves crímenes contra mujeres denunciados desde principios de la década de 1990 en el Estado de Chihuahua, en el norte de México, conocidos como los feminicidios de Ciudad Juárez, han sido la causa de la trascendencia la denuncia de los homicidios de mujeres en todo el continente. Las desapariciones y cruentos asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez y la impunidad - pues no se investigan las desapariciones ni se cumplía con las diligencias más básicas de una investigación - en que permanecían comenzaron a ser denunciados sistemáticamente por las organizaciones feministas.

Activistas mexicanas y en particular la antropóloga Marcela Lagarde, quien fue también diputada en el Congreso Federal en México, decidieron tomar el concepto femicide para denunciar estos crímenes, traducándolo como feminicidio. Ellas, sin embargo, enfatizaron que el feminicidio no es solo un asesinato de mujeres por razones de género, sino también está constituido por la impunidad del Estado.

1 Para el Comité de Expertas/os (CEVI) del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, femicidio es “la muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal: en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión”. Se trata de una definición que retoma los elementos de la definición de violencia contra la mujer contenida en la misma convención.

Así, en los primeros años de denuncia del feminicidio en México y Centroamérica el énfasis estaba puesto en la responsabilidad del Estado, una noción muy importante en Latinoamérica, que se encuentra en el centro de todo el desarrollo de los derechos humanos en este continente. Los conflictos armados y las dictaduras en gran parte del continente en la segunda mitad del siglo pasado, han hecho que el uso del marco de los derechos humanos - y la responsabilidad del Estado - sea parte de la práctica y discurso del activismo latinoamericano.

Marcela Lagarde sostenía que el feminicidio era un crimen del Estado. Un crimen que no solo ocurre en el contexto del patriarcado, sino que además ocurre en el contexto de la ausencia de un Estado de Derecho. Atendido que los derechos de las mujeres no se garantizan, no hay un Estado de Derecho. Y en este contexto es donde ocurre el feminicidio.

Sin embargo, no todo el activismo feminista latinoamericano ha seguido esta definición. En varios países latinoamericanos el elemento de la responsabilidad del Estado no ha sido considerado como un elemento central de estos crímenes. Estos son los países que hablan de femicidio en general, como el asesinato de mujeres por razones de género.

Ahora bien, como he apuntado al comienzo de esta presentación, uno de los factores fundamentales para comprender el proceso de tipificación del femicidio/feminicidio en Latinoamérica, es la elevada coordinación del movimiento feminista en el continente. Desde la década de 1980 existe en Latinoamérica lo que se llaman Encuentros Feministas Latinoamericanos y del Caribe, que se realizan cada tres años. Estos Encuentros, además de permitir la coordinación de iniciativas a nivel continental, han dado lugar a diversas redes latinoamericanas, por ejemplo, la *Red Latinoamericana para la Educación Popular entre Mujeres*, la *Red Latinoamericana de Salud de las Mujeres*, etc. En la década de 1990 se creó también la *Red contra la Violencia Doméstica y Sexual*, que ahora se llama *Red Violencia Contra las Mujeres*, que comenzó a coordinar las acciones a nivel del continente.

En el contexto de la denuncia en torno al femicidio en el continente, ya en el año 1999 en Costa Rica, que era uno de los países más activos en la *Red Contra la Violencia Doméstica y Sexual* a nivel latinoamericano, se presentó la primera iniciativa de ley que contemplaba tipificar el femicidio.

En el año 2001, cuando ya eran ampliamente conocidas las denuncias de feminicidios en México, nació la campaña latinoamericana “Ni una

muerta más”, lanzada por las activistas de todo el continente. Esta campaña permitió que se comenzaran a hacer estudios sobre el femicidio en distintos países, estudios en que las propias organizaciones de mujeres buscaban en la prensa, principalmente, cuántos eran los casos de asesinatos de mujeres.

Otro factor que considero importante considerar para comprender por qué se han dado estos procesos de tipificación del femicidio en Latinoamérica, es el relativo incremento de la violencia en nivel continental, y en particular en algunas regiones de México y de Centroamérica.

La agudización de la violencia a partir de la década de 1990 no era fenómeno exclusivo de Ciudad Juárez. Al cabo de poco tiempo fue evidente que femicidios/feminicidios muy similares se cometían también en países como Guatemala, el Salvador, Honduras. Estos crímenes estaban muy vinculados a los contextos de criminalidad organizada y también a los altos niveles de impunidad en aquellos países. De hecho, uno de los pocos estudios comparados existentes realizado por Ana Carcedo y otras activistas centroamericanas en 2010, muestra que desde el año 2000 hay un incremento de tasa de homicidios en Centroamérica. Y aunque los asesinatos de mujeres son una minoría, dentro del total de homicidios, el incremento de los homicidios de mujeres es mayor al de los de hombres. Por ejemplo, en el Salvador entre el año 2000 y el año 2006 los homicidios de hombres se incrementaron en un 40% y los homicidios de mujeres en 111%. Un fenómeno similar ocurría en Guatemala y en Honduras. En este último país, el incremento era casi 4 veces mayor entre 2003 y 2007.

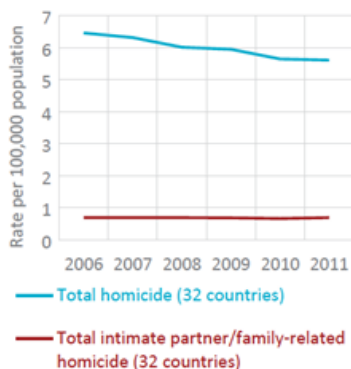
Son muchos los factores que han incidido en este incremento de la violencia en México y en Centroamérica. Por una parte, los elementos históricos en el caso de Centroamérica, los conflictos armados del pasado y compromisos de los procesos de paz que en muchos casos permanecen incumplidos, así como la impunidad por gran parte de los crímenes de lesa humanidad cometidos. Grupos armados que no dejaron de existir desde la época de conflicto armado, sino que se transformaron en grupos armados en el contexto de la criminalidad organizada y que siguieron funcionando como grupos armados paralelos a los oficiales.

Otro factor crítico ha sido el de la llamada “guerra contra las drogas”, un factor que ha determinado que, por ejemplo, en México, actualmente y desde el año pasado, por primera vez en décadas descienda la esperanza de vida, a causa del incremento de los asesinatos. En el caso de

los homicidios de mujeres, a partir del año 2007, año en que el Presidente mexicano Felipe Calderón da inicio a la “guerra contra las drogas”, la tasa de homicidios de mujeres comienza a aumentar de manera significativa.

En el resto del mundo, y tal como lo señala la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC) en las últimas décadas hay una disminución de las tasas de homicidio a nivel global. Sin embargo, en los homicidios que se producen en el contexto de la familia y de las relaciones de pareja no hay ninguna disminución.

Fig. 2.2.3: Total homicide rate and intimate partner/family-related homicide rate, selected countries (2006-2011)



Source: UNODC Homicide Statistics (2013).

Este gráfico nos permite hablar de un incremento relativo de los asesinatos de mujeres a nivel global, ya que las mujeres son las principales víctimas de los homicidios que se producen en la esfera de las parejas y de las familias. Entonces, mientras los homicidios en general se reducen, los cometidos contra mujeres se mantienen sin disminución. Esto podría llevar en el futuro, por ejemplo, a que sigan disminuyendo los demás homicidios y que los homicidios en el ámbito de la pareja se mantuvieran constante y serían cada vez una mayor parte del total de homicidios.

Ha habido también factores políticos que han favorecido la tipificación del femicidio/feminicidio. Primero, que el femicidio/feminicidio ha hecho que cambie la percepción pública sobre la violencia contra las mujeres. La violencia contra las mujeres se ha considerado siempre como algo “no realmente grave”, y la denuncia del femicidio/feminicidio hacen evidente que esta violencia tiene consecuencias muy graves. Por primera vez, la violencia contra las mujeres es tomada en serio por las autoridades públicas y el sistema de justicia. Mientras, por ejemplo, hasta hoy, en todo el mundo, las víctimas de violencia sexual, que son principalmente mujeres y niñas, son cuestionadas en su calidad de víctimas. Se dice que realmente no son víctimas, se pone en cuestión su credibilidad. En cambio las víctimas de femicidio, esas sí que son víctimas, ¡porque están muertas!

Estos crímenes generan también una gran atención mediática y los homicidios de mujeres se han transformado en un ancla noticiosa para los medios de comunicación. Es la noticia que abre los noticieros, a menudo en notas caracterizadas por la explotación de la morbosidad. Son crímenes que en términos de producción periodística son muy baratos de cubrir, basta la información policial, las imágenes de la calle donde vivía la víctima, se pregunta a un vecino si el homicida era tranquilo o no. Son noticias muy baratas y convenientes mediáticamente.

También los procesos de tipificación del femicidio/feminicidio se han beneficiado de factores político-legislativos, o ventajas político-electorales. Primero, la tipificación del feminicidio ha eliminado uno de los principales problemas que tenían las autoridades estatales cuando se hablaba de feminicidio, pues cuando se hablaba de feminicidio se estaba apuntando al Estado. La tipificación del feminicidio elimina la responsabilidad del Estado del discurso público (aunque no lo haga en un sentido jurídico, desde la perspectiva de derechos humanos), se habla de responsabilidad individual, de la responsabilidad del hombre que asesinó a una mujer. Se elimina el cuestionamiento al Estado con la tipificación, y se habla individualmente de la responsabilidad penal de cada agresor. Una segunda ventaja política es que, como en el feminicidio las víctimas son “víctimas absolutas”, estas leyes en casi todos los países se aprueban por unanimidad, porque la derecha y la izquierda, todos los colores políticos, están contra el feminicidio. A diferencia de otros temas de la agenda feminista, como por ejemplo, en relación a derecho al aborto, la igualdad salarial, o la participación política, que nunca tienen un eco en el poder legislativo o son abiertamente rechazados.

En tercer lugar, son leyes penales de costo cero. Se trata de leyes que no suponen ningún costo adicional para el Estado. Se introduce un tipo penal que además no es un nuevo delito, es decir, es un crimen que hasta antes de la tipificación se investigaba y sancionaba como homicidio. No suponen costos económicos y son, por otro lado, altamente rentables políticamente.

Lamentablemente, la mayor parte de las leyes no han supuesto una inversión seria en políticas de prevención del femicidio/feminicidio. Pero además hay otro fenómeno, muy característico de los países latinoamericanos: los límites de la acción del estado neoliberal. El estado neoliberal no tiene interés en incidir en la prevención, en políticas de educación, en

recursos sociales para las mujeres, trabajo, vivienda. Sabemos que incluso en Brasil se ha eliminado la referencia al género en el plan nacional de educación. Entonces nos muestra que el derecho penal que, teóricamente, debe ser la *ultima ratio*, parece ser la “única” *ratio* en cuanto a la actuación del Estado en relación a la violencia contra las mujeres.

II. ¿CÓMO SON LAS LEYES QUE TIPIFICAN EL FEMICIDIO / FEMINICIDIO?

Hay numerosas diferencias entre las leyes aprobadas en los diversos países. Tienen en común que sancionan, de diversas maneras ciertos homicidios de mujeres y también tienen en común que, con la tipificación, la responsabilidad del Estado ha desaparecido como elemento del feminicidio².

En parte importante de los países latinoamericanos, las leyes sancionan el feminicidio / femicidio con penas equivalentes a las de un homicidio cometido por una mujer contra un hombre. Por ejemplo, en Chile, si una mujer mata a su marido se llama parricidio y si el marido mata a su mujer se llama femicidio, y la pena es la misma. En Costa Rica también es así, no hay diferencia de penalización. También es interesante destacar que, a pesar que frecuentemente se dice que estas leyes se han conseguido gracias a la presión de grupos feministas, en la mayor parte de los casos las leyes de femicidio no han sido propuestas del movimiento feminista, sino que ha sido propuestas de políticos o políticas, y el movimiento feminista en algunos casos ha apoyado tales iniciativas – como en el caso de Chile – o en otros casos, como ha ocurrido en algunos lugares de México, el movimiento feminista se ha opuesto activamente contra algunas tipificaciones del feminicidio. Porque, efectivamente, hay tipificaciones que no sirven para nada, es decir, son tipos penales sin ninguna posibilidad de aplicación práctica.

En cuanto a su contenido, en términos generales, podemos decir que hay dos grandes tipos: por un lado, leyes restrictivas, como en Costa Rica y Chile, es decir, leyes que únicamente sancionan como femicidio aquel que se comete en el ámbito de la pareja o ex pareja y que, en general, han sido mucho más fácilmente aprobadas. Y por otro lado, leyes más amplias, que incluyen supuestos más diversos, como por ejemplo los femicidios sexua-

² Uno de las pocas leyes que mantuvo una disposición para sancionar los operadores de justicia que sean negligentes en la investigación de estos crímenes, fue la tipificación del feminicidio en nivel federal mexicano. Pero la tipificación del feminicidio en nivel federal mexicano usualmente no tiene aplicación práctica.

les - asesinato de la mujer después de haber sido agredida sexualmente -, homicidios cometidos por desconocidos en determinados contextos o con determinados tipos de lesiones. En el caso de México, por ejemplo, hay tipos de lesiones que se consideraban como infamantes y eso es uno de los elementos para calificar el homicidio como feminicidio. Hay muy distintos supuestos, y sin duda, siempre hay supuestos que quedan excluidos.

Hay una diversidad de casos en que también otras personas son víctimas mortales de la violencia contra las mujeres, distintas a esas mujeres. Por ejemplo, los casos en que hijas o hijos son asesinados como forma de ejercer violencia contra las mujeres. Estos casos no se consideran como femicidios/feminicidios .

También hay leyes que son virtualmente inaplicables. En México, por ejemplo, hay Estados en donde los tipos penales de feminicidio han sido aprobados en dos semanas para simplemente quitarse de encima la presión de la denuncia de las activistas con leyes que son inaplicables, no sólo por problemas de técnica legislativa, sino porque realmente han sido elaborados con la intención de no aplicarlos.

III. ¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS TRAS LA TIPIFICACIÓN DEL FEMICIDIO / FEMINICIDIO?

Hay un problema importante, y es que, en gran parte, ante el problema del feminicidio y de las denuncias en nivel latinoamericano, se piensa que al tipificar el femicidio/feminicidio el problema está resuelto. La idea de que Estado ya ha hecho lo suficiente tipificando el feminicidio.

Otro problema es que la impunidad continúa en los países que tenían problema de impunidad en la década de 1990, como México o Guatemala. Aunque en Guatemala ha habido importantes avances, la tipificación no supone acabar con el problema estructural de la impunidad.

La tipificación tampoco significa que los jueces o las juezas automáticamente estén sensibilizados en materia de género. Hay, por ejemplo, en donde los jueces, a pesar de aplicar el tipo penal de femicidio/feminicidio, en la argumentación continúan culpando a las propias mujeres de la violencia que han sufrido. Estos tipos de argumentos subsisten, y las

mujeres siguen siendo consideradas las culpables de sus propias muertes, porque no denunciaron, porque no decidieron separarse.

El énfasis en las muertes de las mujeres también es un elemento complejo. No solo tiene que ver con el efecto simbólico de pensar en las mujeres como “víctimas totales”, sino también en que la información masiva y estereotipada sobre femicidios/feminicidios en los medios de comunicación puede contribuir a aumentar el miedo a las mujeres y también la subordinación de las mujeres. Muchas mujeres son amenazadas de muerte con los noticiarios: aparece la noticia de un asesinato de una mujer por su marido y su marido le dice “presta atención”.

También, en este sentido, el énfasis en los femicidios/feminicidios hace que las múltiples violencias no letales que sufren las mujeres sean menos visibles, la violencia contra las mujeres en el discurso público es el feminicidio, y la violencia sexual, y el acoso sexual, la violencia psicológica, otras formas de violencia, parece que no existieran. Pero también para los/as fiscales y el sistema de justicia penal es mucho “mejor” tener un caso de femicidio/feminicidio que un caso de violencia doméstica o familiar. Porque las víctimas de violencia doméstica son “muy complicadas”, porque están muy angustiadas, en cualquier momento retiran la denuncia o no quieren seguir, etc. Entonces, para los/as fiscales, ¿cuál es la mejor víctima? La que ya está muerta. Además es un caso grave, con gran atención mediática, y una investigación, en general, bastante fácil.

Aunque no hay evidencia de que la tipificación genere ningún tipo de reducción en los femicidios/feminicidios, en Costa Rica, luego de ser tipificado el femicidio en 2007, se produjo una reducción de estos crímenes a la mitad, en el año siguiente. Sin embargo, la ley que tipificó el femicidio en Costa Rica no solo tipificaba el femicidio, sino también muchas formas de violencia contra las mujeres, como la violencia emocional. Fue una ley muy cuestionada, política y mediáticamente, lo que le dio mucha visibilidad en los medios después de su aprobación, lo que pudo haber incidido en la reducción de los crímenes. Al año siguiente, sin embargo, se declaró inconstitucional la norma más utilizada de la ley - la violencia emocional - y el mensaje mediático fue: esta ley ya no sirve para nada. Y los femicidios volvieron a los niveles habituales.

Creo que hay muchos desafíos pendientes. Hace falta avanzar mucho en la erradicación de los estereotipos, la comprensión de la violen-

cia como un problema social y no individual, examinar la situación de las mujeres transgénero como víctimas de femicidio/feminicidio, etc. Simplemente quisiera cerrar con la idea ya señalada en este seminario: el trabajo está en desconstruir simbólicamente lo que ha construido por siglos en la cultura y en el derecho, y que ha sido la legitimidad de asesinar a las mujeres. Porque tenemos toda una historia en que se ha permitido a los hombres matar a las mujeres en ciertas circunstancias³ y eso, en la práctica, sigue ocurriendo hoy en día. ❖

3 Por ejemplo, las leyes que han atenuado la pena del marido que mata a la cónyuge adúltera, vigentes en varios países europeos y americanos hasta entrada la segunda mitad del siglo pasado.

Derecho, violencia y género

Dr^a Alicia E. C. Ruiz

Magistrada - Argentina

“...son razones históricas y políticas las que llevan a mantener separados el análisis de la ‘raza’, la ‘sexualidad’ y la ‘diferencia sexual’. ‘...es una cuestión de poder leer un cuerpo marcado en relación con los cuerpos no marcados, en un ámbito donde los cuerpos no marcados constituyen la condición normativa de blanco’. No se podría, por ejemplo, ser blanco sin los negros y sin el rechazo constante de la relación con ellos. La condición de blanco ‘sólo puede constituirse en virtud de ese repudio constante y sólo puede reconstituirse, perpetua pero angustiosamente en virtud de la institucionalización de tal repudio’. En un sentido la ‘raza’ podría construirse como performativa, así un blanco produce su condición de blanco mediante ‘una producción ritualizada de sus barreras sexuales. Esta repetición angustiada acumula la fuerza del efecto material de un rango de hombre blanco circunscripto, pero la frontera de tal condición admite su fragilidad precisamente porque para existir requiere lo que excluye, la ‘negritud’. Una raza dominante se construye o se materializa mediante la reiteración y la exclusión.”¹

I. INTRODUCCIÓN

El tema que nos convoca importa una multiplicidad de cuestiones y de perspectivas.

¿Desde qué lugar abordar el femicidio como punto límite de la violencia contra las mujeres o como una manifestación de la violencia de género?

La circunstancia de que somos aquí operadores jurídicos hace que el papel del derecho adquiera centralidad y entonces no es menor la re-

¹ BUTLER, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del ‘sexo’*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1993.

cesidad de precisar de qué hablamos cuando hablamos del derecho: ¿únicamente de su nivel normativo (tratados internacionales, constitución, ley, jurisprudencia)? O también importa, por ejemplo el problema de la efectividad “real” y/o simbólica del discurso del derecho y las ilusorias seguridades que se generan con la sanción de una ley, con la ampliación de los tipos delictivos o con la “sensibilización del Poder Judicial”.

Luego es ineludible advertir acerca del papel del Estado. Y claro no cualquier estado: estamos trabajando en el marco de un estado de derecho.

Ahora bien, qué queremos decir cuando nombramos, la democracia, los derechos humanos, la política, la ideología y la/las culturales y la violencia contra las mujeres o la violencia de género. No deberíamos dejarnos engañar, si tenemos el propósito de aportar con las exposiciones y el debate, confiando en que usar unas mismas palabras supone que estamos diciendo lo mismo.

“Esto guarda relación con una formación jurídica que, en la mayor parte de los países de la región, escasamente incorpora contenidos de derechos humanos y menos aún de derechos humanos de las mujeres y cuestiones de género. Además del sexismo implícito que puede encontrarse en estos ámbitos (Ávila, 2009), en la formación jurídica tradicional rige un apego irrestricto a la igualdad formal y el rechazo a disposiciones que reconozcan la especificidad de la situación de discriminación y violencia contra las mujeres. La oposición de académicos/as y juristas en estas materias tiene importantes consecuencias, pues ellos conforman e inciden, precisamente, en quienes serán los responsables de la aplicación de aquellas leyes: abogados/as, fiscales, defensores/as y, por supuesto, jueces y juezas.”²

Me interesa centralmente discutir la política, la democracia, el poder, la subjetividad desde una teoría crítica y mostrar la incidencia de esta concepción en la conceptualización del problema del femicidio y de la violencia de género.

No dudo que este planteo excede al tiempo del que dispongo y casi imposibilita un análisis minucioso de lo que sucede hoy en Argentina. Sin embargo, creo que se podría hacer un ejercicio interesante para abrir líneas de discusión.

Haré en un segundo momento un breve punteo de la normatividad vigente en la Argentina y varios casos judiciales para mostrar los límites y las posibilidades de actuación de los jueces, fiscales y defensores según

2 TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí; **La tipificación del femicidio/feminicidio**. Editorial Didot, Bs. As., 2014, P. 134.

sean los presupuestos políticos y epistemológicos en que se apoyan, sean o no conscientes de ello.³

Las leyes sancionadas 26.485 “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” y 26.791, que reformó el C. Penal e introdujo como agravante el femicidio, entre otras, y las decisiones judiciales, en muchas de las cuales jueces y tribunales del país (nacionales y locales y en todas las instancias) han aplicado de variadas maneras la ley de protección integral y aludieron al femicidio, aún antes de su tipificación penal, y que después de la mencionada reforma del art. 80 del Código Penal han condenado en numerosos casos con ese agravante, habilitaría una visión optimista acerca de la situación de las mujeres en relación con la violencia.

Es más la creación de un registro permitía mayores avances. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ha finalizado el trámite administrativo iniciado el 12 de septiembre de 2014, por medio del cual se creó la Unidad de Registro, Sistematización y Seguimiento de Femicidios y de Homicidios Agravados por el Género, el cual culminó con la Resolución SDH n° 1.449 del 5 de junio de 2015. Por tanto, se da por creado formalmente el Registro Único de Femicidios que esperamos se vuelva una herramienta precisa para el diseño adecuado de políticas públicas, las que serán de utilidad a la hora de prevenir estos casos.

Ahora bien si se abandona el mundo “dorado” y “adorado” por los juristas dogmáticos, el mundo de las normas y si se mira qué pasa en el mundo a secas, el impacto de la violencia que padecen las mujeres es conmoviente, en particular la visibilización del grado máximo de esa violencia: el de su muerte.

Cada día los medios masivos de difusión dan cuenta de una muerte más, y hablar de ellas se integra a la conversación cotidiana, muertes distintas ocurridas en situaciones distintas, o muertes igualadas por la condición de mujer de las víctimas. Otra dificultad se incorpora al análisis.

La convocatoria bajo el lema “NI UNA MENOS” concentró a miles de personas, muchas agrupaciones políticas y organizaciones sociales de diverso tipo frente al Congreso Nacional y, sin dudas, marcó un punto de inflexión en la agenda social y política con su inevitable secuela de oportunismos del más variado color. Subrayo esta referencia que es un ejemplo

³ En el anexo se detalla legislación nacional y jurisprudencia de diversos (tribunales locales y federales) de la República Argentina.

más de porque la violencia contra las mujeres genera mayores adhesiones y un número mucho menor de rechazos que otros problemas (vg. El aborto) que las aflige especialmente o que otras expresiones de violencia de género tan terribles como aquella.

“Por otro lado, y a diferencia de otros temas de la agenda feminista – como los referidos a derechos reproductivos –, la violencia coloca a las mujeres en una situación de debilidad, estereotipo de ‘lo femenino’ en la imagen tradicional y conservadora de las mujeres, frente a la cual se refuerza también el tradicional papel ‘protector’ del Estado respecto de ellas.”

Hasta aquí supongo que cuanto vengo señalando no difiere demasiado de las experiencias vividas en otros países de América Latina. La historia común y trágica de las dictaduras y las dificultades de la construcción de formas de organización democrática, que ocurrieron a partir de los setenta, explica los modos en que el tema de las mujeres se instaló fuertemente en la región junto con la lucha denodada por el reconocimiento de los derechos humanos.

En el plano que, metafóricamente, llamo “lo real” buena parte de la sociedad se “excita” frente al drama femenino (incentivada por un uso discutible de la información como noticia); las políticas de prevención son espasmódicas, no suelen alcanzar un resultado destacable y la penalización tampoco rinde como podrían esperar sus impulsores.

Es por estas contradicciones, avances y retrocesos, ampliación de la participación; escollos y nudos en la concreción de los propósitos enunciados en la ley, que considero que hay que hablar de política, de profundización del modelo democrático, y de los límites del derecho, por un lado y por otro de su enorme valor estratégico.

Ampliaré en un segundo momento las referencias a la normatividad vigente en la Argentina y mencionaré varios casos judiciales para mostrar los límites y las posibilidades de actuación de los operadores jurídicos

Pero insisto la clave o si se prefiere la diferencia de las ideas que se exponen o de las prácticas que se realizan están indisolublemente ligadas a cuales son los presupuestos políticos y epistemológicos en que se apoyan, teorías y actuaciones.

Si el marco es un estado de derecho, preguntarse acerca de cómo pensamos una política democrática es un buen punto de partida.

II. LA POLÍTICA DEMOCRÁTICA (UN MODELO NO LIBERAL)⁴

Todo orden social es de naturaleza hegemónica y es la expresión de un cierto estado de las relaciones de poder existentes.

La sociedad está marcada por la contingencia y el antagonismo está siempre presente.

Por tanto no hay sino la posibilidad de un consenso conflictual: la búsqueda de un consenso estable y sin exclusión es ilusorio tanto como la idea de una sociedad perfectamente reconciliada y armónica (expresión y consecuencia del modelo liberal fundado en la racionalidad y el individuo).

Así, lo que en un momento se visualiza como el “orden natural” o lo que se define y/o es invocado como “sentido común” siempre es una configuración posible de relaciones de poder o en otros términos nunca son ajenos a las “prácticas que le dieron origen”.

Por tanto todo orden, toda hegemonía es susceptible de ser desafiada por las prácticas contrahegemónicas que intentan desactivarlo en un esfuerzo por instalar otra forma de hegemonía.

Las luchas contrahegemónicas son intervenciones teórico-políticas en distintos ámbitos. Mouffe distingue entre lo político: dimensión ontológica del antagonismo; la política: conjunto de prácticas e instituciones cuyo objetivo es organizar la coexistencia humana que siempre se ejercen en el terreno de la “conflictividad de lo político” y la política democrática (en un modelo de pluralismo agonista) que tiene como tarea clave proporcionar instituciones que permitan que los conflictos adopten una forma donde los oponentes se reconozcan como adversarios y no como enemigos.

Esta es la diferencia entre la lógica amigo / enemigo y el consenso conflictual. Ellos / nosotros es la forma del/de los conflictos que se tramitan sin disolverse. Por eso el consenso posible siempre es conflictual.

Ni las cuestiones políticas ni las jurídicas son “nuevas cuestiones técnicas” a ser resueltas por expertos. Siempre involucran decisiones que requieren una elección entre alternativas opuestas. Esto es lo que encubre el enfoque liberal, racionalista y universalista que no puede concebir el carácter pluralista y conflictivo del mundo social y la imposibilidad de un consenso universal basado en la razón (que es su propuesta fundacional).

⁴ Conf. MOUFFE, Chantall; “*Agonística. Pensar el mundo políticamente*”; Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2014.

III. UNA TEORÍA DEL DERECHO

“Una teoría crítica del derecho es una lectura que cuestiona los fundamentos de lo que es el derecho y de lo que es una teoría acerca del derecho. Es una lectura que es al mismo tiempo una decisión.

‘Una lectura crítica no es, por definición, un ejemplo de lectura ingenua, no es una lectura a través de la cual se conoce lo que es como es. Esto de que haya algo que ‘es lo que es’, resulta inaceptable para un jurista crítico. En términos más clásicos, la afirmación de que las cosas son lo que son, de que es factible acceder a su esencia es incompatible con un pensamiento crítico.”

Veamos qué ocurre si pienso que el derecho es discurso y práctica social y no pura normatividad. Qué ocurre si pienso que no hay un mundo de valores inmutables, eternos y universales que definen cuándo una norma es jurídica ni una relación de derivación de una norma a otra que asegure su validez. Qué ocurre si pienso que la legitimidad no es idéntica a la validez, pero tampoco es la realización inevitable de un modelo axiomático ajeno al mundo social y político en el que se presenta. Qué ocurre si pienso que el discurso jurídico se construye en un entretejido de discursos sociales diversos, aludidos y eludidos en cada tramo de esa construcción – y no por azar-. Qué ocurre si pienso que el derecho no deviene ni de la pura razón, ni de Dios. Que es parte de la cultura, que es contingente y cambiante, que es opaco, que las ficciones lo atraviesan y que su trama es la de un relato peculiar que constituye realidades, relaciones, sujetos, que legitima o deslegitima pedazos del mundo, que “naturaliza” y declara verdaderos sólo aquellos que incluye en su texto bajo determinadas formas. Qué ocurre si pienso que el derecho tiene un vínculo con el poder y con la violencia (sobre todo con esta última) inescindible y necesariamente oculto. Y por fin que ocurre si pienso que hay historia en el derecho y que el derecho moderno lleva las marcas del tiempo en que surgió y también metaboliza, modificándolas, las herencias recibidas, con lo cual desmiente toda lectura instrumentalista de su estructura.⁵

5 RUIZ, Alicia E. C.; “Miradas, Lecturas, Teorías”, ponencia presentada el 4 de octubre de 2007 en las XXI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, organizado por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, celebradas en la ciudad de Bs. As y se ha publicado una versión en portugués “Olhares - Leituras - Teorias” (“Miradas - Lecturas - Teorías”), en **Responsabilidades, Revista Interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário (PAI-PJ)** Volumen 2, Número 1 (marzo a agosto de 2012), publicada por el Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a través de su Escola Judicial – EJEJ, ISSN 2236-935X. P. 111- 122.

IV. SUJETOS, ESTEREOTIPOS Y MUJERES

El derecho participa en la configuración del estereotipo “mujer”, y es a partir de ese estereotipo, que las reglas jurídicas reconocen o niegan “derechos”, a las mujeres de carne y hueso. La localización de las formas de discriminación que ellas padecen definen espacios de conflicto, en los cuales el discurso jurídico cumple su papel. El pensamiento jurídico se ha interesado poco por dar cuenta de las razones (o sinrazones) que hacen que el derecho instale y consolide cierta figura de “mujer”, y que le atribuya implícita o explícitamente algunas cualidades y le niegue otras.

Es imprescindible comenzar por colocar en primer plano el papel simbólico del derecho y la enorme responsabilidad de quienes disponen de este saber peculiar para analizar el diseño de políticas públicas antidiscriminatorias, cuya ejecución compromete al Estado y a cada uno de sus órganos (Poder Judicial).

Ser un operador jurídico importa el dominio de un saber que da poder, y que marca simbólicamente pero con efectos terriblemente reales la distinción entre existir o no existir como sujeto.

Una existencia que nada tiene que ver con nuestras condiciones “naturales”. Como dice Haraway, “La raza y el sexo, como los individuos, son artefactos sostenidos o dejados caer por el nexo discursivo del conocimiento y del poder. Cualquier objeto o cualquier persona puede ser razonablemente pensado en términos de montaje y de desmontaje. No hay arquitecturas <<naturales>> que limiten el sistema del diseño. No obstante, el diseño está muy limitado. Lo que pasa por una <<unidad>>, un <<uno>>, resulta muy problemático, no es algo permanentemente dado. La individualidad es un problema de defensa estratégica”⁶.

No alcanza para ello con enunciar las nuevas temáticas que se abordan desde ciertas ramas de la dogmática jurídica. El problema es otro, es mucho más complejo y trataré de formularlo con claridad.

Quiero decir: cuánto de lo que parece nuevo no es sino una más sutil reiteración de aquellos presupuestos que sostienen y justifican posiciones de sujeto, diferencias sexuales, criterios de normalidad y anormalidad, aceptación acrítica de postulados provenientes de otras disciplinas (vg. La medicina, la psiquiatría, la genética) presentadas como si fueran la expresión de una verdad jurídica universal, ahistórica y absoluta. Otra

6 HARAWAY, Donna J.; *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*, Ediciones Cátedra, Universita de Valencia, Instituto de la Mujer, 1991.

vez: no se trata, pues, de hablar o de enseñar el “género” sino de cómo hablamos y de qué hablamos cuando hablamos de género.

Otro ejemplo: cuando el discurso jurídico instala la categoría de “vulnerable” o “en condiciones de vulnerabilidad” quiebra la igualdad formal de los “todos” y amplía y transforma el campo de los sujetos de derecho. Nombrar desde la “ley” - apelo a la metonimia como recurso retórico - las marcas estigmatizantes que operan desconociendo y negando identidad, es ir más allá de la denuncia. Nombrar desde la “ley” es poner en escena lo diferente, lo silenciado, lo negado y habilitar la participación de otros actores sociales, porque los sujetos son producidos mediante prácticas excluyentes y legitimadoras que se invisibilizan como tales, y entre las cuales las jurídicas son altamente eficaces en ese proceso de “naturalización”.

El derecho moderno ha hecho suyo el problema de la igualdad. Y una vez que la igualdad entra en la historia, aunque como ficción, difícilmente sale de ella. De ahí que los temas de la ciudadanía y de los derechos (y que otra cosa que una expresión de este problema es el que involucra la violencia de género) se convierten en representaciones complejas de nuevas formas de sociabilidad, en las que cambia la semántica y donde los “espacios de experiencia” se transforman en “horizontes de expectativa”.

En sociedades donde las diferencias se acumulan como “reclamos de reconocimiento” y como “síntomas” de discriminación, el sentido de la igualdad no puede limitarse a la “igualdad ante la ley”. Sin embargo, el discurso jurídico por su carácter social y performativo es determinante aunque insuficiente, para constituir subjetividades y ampliar los espacios de “igualdad”.

¿Dónde queda la armonía que es presupuesta por el liberalismo para posibilitar el buen orden de la sociedad civilizada? ¿Cómo incluir en su discurso los enfrentamientos, el odio, la discriminación, el horror al diferente que día a día conforman el entorno en el que transcurren nuestras vidas? Un mundo donde siempre el caos, el miedo y el desorden vienen de afuera, donde siempre son los “otros” lo que interrumpen el discurrir de la vida social.

Freud señala que “es preciso contar con el hecho de que en todos los seres humanos están presentes unas tendencias destructivas, vale decir, antisociales, y anticulturales, y que en gran número de personas poseen suficiente fuerza para determinar su conducta en la sociedad humana”.

Vale traer ahora la observación de Butler: “...es necesario aprender un movimiento doble: invocar la categoría e instituir así, provisoriamente, una identidad y, al mismo tiempo, abrir la categoría como un sitio de permanente oposición política. Que el término sea cuestionable no significa que no debamos usarlo, pero la necesidad de usarlo tampoco significa que no debamos cuestionar permanentemente las exclusiones mediante las cuales se aplica y que no tengamos que hacerlo precisamente para poder aprender a vivir la contingencia del significante político en una cultura de oposición democrática”⁷.

Aquí es pertinente introducir la/las cuestiones teóricas y políticas que giran en derredor de la noción de género. Para hacerlo cito a Paula Viturro, una colega que desarrolla su actividad teórica y militante en el campo del feminismo.

“...- circula insistentemente por los ámbitos jurídicos una expresión – ‘perspectiva de género’ - cuya significación epistemológica e implicancias políticas suele ser soslayada.

‘Tal vez ello se deba a que se trata de una frase respecto de la cual, cualquier persona del ámbito jurídico cree tener por lo menos alguna vaga idea o intuición acerca de lo que su uso parece implicar: el reconocimiento de la Mujer, las mujeres, las mujeres feministas, el Feminismo, los feminismos, la diferencia sexual...

‘Al parecer, también es extendida la creencia según la cual cualquier política pública, sentencia judicial, publicación doctrinaria, congreso, conferencia, o diseño curricular – por citar solo algunos ejemplos -, que hoy en día aspire a un lugar entre las producciones progresistas de la cultura jurídica, debe tener la precaución de incorporarla. Es por lo tanto una expresión que prima facie parece contar con una carga valorativa favorable aunque más no sea en el registro de lo políticamente correcto.

‘Sin embargo, y no obstante el halo de autoevidencia que parece rodear a la frase ‘perspectiva de género’, cualquiera que se inicie en las discusiones teórico políticas respecto del concepto de género, rápidamente advertirá que se trata de una expresión resbaladiza que suele funcionar en el ámbito del discurso jurídico como un truismo que oculta más de lo que muestra, y que da lugar a complejas y gravosas consecuencias políticas para quienes pretende favorecer.

7 BUTLER, Judith, **Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del ‘sexo’**, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1993.

‘Si treinta años atrás la discriminación por género podía tal vez ingenuamente remitir a la discriminación de ‘las mujeres’, hoy en día dicha asociación tácita sólo se sostiene por la persistente invisibilización de la violencia que implica el presupuesto normativo según el cual, el género no sería más que los atributos culturales asociados a los sexos. Así, al asumir como fundamento de la representación una definición de género que deja en suspenso preguntas referidas a cómo se asignan los sexos, instauramos la diferencia sexual como un dato natural irreductible y excluido del debate en torno de los valores y la justicia.

‘Dicho en otras palabras, la consecuencia de establecer como base de un reclamo legal un concepto de género que no cuestiona la distinción naturaleza/cultura, es la legitimación de la jerarquización, la discriminación y la violencia que sufren todas aquellas personas cuyos cuerpos no son inteligibles bajo ese esquema. Los cuerpos no son el último reducto de la naturaleza sino ‘pantalla’ en las que vemos proyectados los acuerdos momentáneos que emergen tras luchas incesantes en torno a creencias y prácticas dentro de las comunidades académicas.

‘Nuestra tesis es que la forma en la que se disciplinan en el ámbito jurídico, los saberes referidos al vasto campo de lo que hasta el momento – en un gesto de simplificación - hemos denominado género, tiende a la instauración de un canon que incorpora ciertos saberes a costa de la negación de otros que quienes nos comprometemos con la educación antidiscriminatoria debemos resistir.’⁸

Es necesario, entonces incorporar a las herramientas de las que disponen los operadores jurídicos, la comprensión de que categorías como “mujer”, “sexo” y “género” carecen de una significación unívoca. En sus múltiples usos, ellas expresan concepciones teóricas bien diferenciadas y a veces francamente antagónicas.

El discurso jurídico, en muchas ocasiones consolida los sentidos que expresan de manera más dura y menos perceptible la “naturalización” de ciertas formas de reconocimiento o de discriminación, que cristalizan situaciones establecidas e impiden su transformación.

No estoy sugiriendo que hay que abandonar términos como mujer, sexo o género, sino entender de qué hablamos cuando los incluimos en nuestro decir cotidiano o profesional. Advertir que cada uno de esos conceptos expresa un espacio de lucha permanentemente en transfor-

8 Las citas pertenecen a Paula Viturro; “Constancias”, en *Revista Académica*, Año 3, nº 6, Primavera 2005.

mación, lo que hace que esas categorías estén abiertas, no constituyan descripciones y sean políticamente significativas.

V. POLÍTICA, DISCURSO JURÍDICO Y FEMINISMO⁹

En el siglo XX los posestructuralistas, y todas las restantes corrientes innovadoras coincidieron, desde distintas perspectivas, en un progresivo cuestionamiento a la forma dominante de racionalidad. Así Heidegger, la hermenéutica filosófica post heideggeriana de Gadamer, el último Wittgenstein y la filosofía del lenguaje inspirada en su trabajo, el psicoanálisis y la lectura de Freud propuesta por Lacan, el pragmatismo estadounidense, han criticado “la idea de una naturaleza humana universal o de un canon universal de racionalidad a través del cual la naturaleza humana podría ser conocida así como también la concepción tradicional de la verdad.”¹⁰

La propuesta de Mouffe: elaborar una política feminista al interior de un proyecto radicalmente democrático desde una interpretación anti-esencialista.

No cuestiona el esencialismo por su carácter conservador, es más admite que hay visiones feministas que formulan su esencialismo de modo progresista.

Pero el eje de su propuesta procura exhibir “las deficiencias ineludibles del esencialismo” que interfieren en la construcción de una alternativa democrática que para ser tal debe articular distintas luchas ligadas a diferentes modos de opresión (por ejemplo una cierta concepción de identidad).

El problema de la identidad y del feminismo

La crítica al esencialismo supone el abandono “de la categoría del sujeto como la entidad transparente y racional que podría otorgar un significado homogéneo al campo total de la conducta por ser la fuente de la acción.”

El psicoanálisis ha “minado la idea del carácter unitario del sujeto”. Freud con la noción de inconsciente y Lacan con la pluralidad de registros (simbólico, real e imaginario) que penetra cualquier identidad, y el lugar

⁹ Conf. MOUFFE, Chantal; **El retorno de lo político**, Ediciones Paidós, Iberia, Barcelona, 1999.

¹⁰ Ob. cit.; p. 107/108.

del sujeto como el lugar de la carencia, la cual – aunque se representa dentro de una estructura – es el sitio vacío que al mismo tiempo subsiste y es condición de la construcción de toda identidad. La historia del sujeto es la historia de sus identificaciones, y no hay una identidad oculta que deba ser rescatada más allá de la última identificación.¹¹

Se da una dialéctica de inestabilidad / fijación que solo es posible porque la estabilidad no está dada de antemano, porque ningún centro de subjetividad precede a las identificaciones del sujeto.

Desde el último Wittgenstein la crítica al modelo racionalista de sujeto señala que este (el sujeto) no puede ser fuente del significado lingüístico “puesto que el mundo se despliega ante nosotros mediante la participación en diferentes juegos de lenguaje”.

Importa comprender las consecuencias de las objeciones al status tradicional del sujeto por sus implicancias para el feminismo.

Una visión feminista (que Mouffe no comparte) afirma que deconstruir las identidades esenciales como resultado del reconocimiento de la contingencia y de la ambigüedad en toda identidad convierte la acción política feminista en algo imposible, que así las mujeres no tendrían algo en común que les permita unirse.

Para Mouffe, por el contrario, es imprescindible descartar la noción de sujeto como agente a un mismo tiempo racional y transparente para sí mismo y también la supuesta unidad y homogeneidad del conjunto de sus posiciones para teorizar acerca de la multiplicidad de las relaciones de subordinación.

Concebir entonces al sujeto (agente social) por un conjunto de “posiciones de sujeto” que nunca están totalmente fijadas en un sistema cerrado de diferencias, una entidad construida por una diversidad de discursos entre los cuales no tiene que haber necesariamente relación, sino un movimiento constante de sobre determinación y desplazamiento.¹²

La “identidad” de tal sujeto múltiple y contradictorio es, por lo tanto, siempre contingente y precaria, fijada temporalmente en la intersección de las posiciones del sujeto y dependiente de formas específicas de identificación.

Diferentes formaciones discursivas construyen distintas posiciones de sujeto, formaciones discursivas que no tienen una relación a priori.

¹¹ Ob. cit.; p. 109.

¹² Ob.cit; p. 110/111.

Entonces las “distintas posiciones de sujeto”. No coexisten punto por punto. Hay permanente subversión y sobredeterminación entre ellas, lo que hace posible la generalización de ‘efectos totalizantes’.

VI. QUÉ VIOLENCIA/VIOLENCIAS

La opinión pública y muy especialmente el discurso más mediático han convertido a la violencia en un tema inexcusable. Estamos, nos dicen, rodeados, acosados por “los violentos” que escapan de sus rincones, de sus celdas, del brazo de la ley, y cuya amenaza paraliza a los buenos y honestos ciudadanos. Los “otros” (los enemigos) están cada vez más próximos y el Estado es impotente para dar protección. En esta imagen la violencia es sólo una, no hay distinciones, ni tipos ni matices. Un mundo social en blanco y negro: en una presentación apocalíptica el bien y el mal así enfrentados justifican, que ninguna norma jurídica deba ser respetada. Los “daños colaterales” son el mal menor frente a la amenaza de destrucción, y tanto las “garantías” como los “derechos humanos” cuestiones que en las actuales circunstancias pueden ser puestas a un costado para cuando lleguen tiempos mejores.

En este punto si uno se hace cargo de la gravedad del tema y de sus implicancias, pero no está dispuesto a dejarse llevar por la desesperación o por el pánico y repudia cualquier versión demagógica o maniquea del proceso social, hay que intentar “dar vuelta” la situación, ponerla “patas arriba” y tratar de ver más allá del límite trazado. Como advierte Zizek¹³: “...el horror sobrecogedor de los actos violentos y la empatía con las víctimas funcionan sin excepción como un señuelo que nos impide pensar”.

“Tenemos muy presente que las constantes señales de violencia son actos de crimen y terror, disturbios civiles, conflictos internacionales. Pero debemos aprender a distanciarnos, apartarnos del señuelo fascinante de esta violencia ‘subjetiva’, directamente visible, practicada por un agente al que podemos identificar al instante. Necesitamos percibir los contornos del trasfondo que generan tales arrebatos. Distanciarnos nos permitirá identificar una violencia que sostenga nuestros esfuerzos para luchar contra ella...”¹⁴

“La violencia subjetiva es la parte más visible de un triunvirato que incluye también dos tipos objetivos de violencia...” dice Zizek. A partir de

13 ZIZEK, Slavoj; **Sobre la violencia**, Paidós, Bs. As., 2009, p. 12.

14 Ob. cit; p. 10.

este señalamiento distingue, por una parte, entre la forma más obvia de violencia objetiva que remite a las relaciones de dominación social reproducidas en las formas habituales del discurso y aquella otra “todavía más primaria” que depende del lenguaje y del universo de sentido que éste impone. Luego considera otra manifestación de la violencia objetiva a la que denomina “violencia sistémica” que define como “las consecuencias a menudo catastróficas del funcionamiento homogéneo de nuestros sistemas económico y político.”¹⁵

Ambos tipos de violencia (subjetiva y objetiva), continúa, no pueden percibirse desde el mismo punto de vista: “...la violencia subjetiva se experimenta como tal en contraste con un fondo de nivel cero de violencia. Se ve como una perturbación del estado de cosas ‘normal’ y pacífico. Sin embargo, la violencia objetiva es precisamente la violencia inherente a este estado de cosas ‘normal’. La violencia objetiva es invisible puesto que sostiene la normalidad de nivel cero contra lo que percibimos como subjetivamente violento. La violencia sistémica es por tanto algo como la ‘materia oscura’ de la física, la contraparte de una (en exceso) visible violencia subjetiva.”¹⁶

La advertencia acerca de la imposibilidad del reconocimiento simultáneo de la violencia objetiva y subjetiva explica porque en la denuncia cotidiana y en el imaginario social, los múltiples casos de violencia subjetiva son mencionados como anormalidades, excesos, despropósitos, horrores que vienen a alterar el “orden social establecido”; como patologías extrañas y ajenas a la forma de vida que “todos” compartimos.

“La oposición a toda forma de violencia – desde la directa y física (asesinato en masa, terror) a la violencia ideológica (racismo, odio, discriminación sexual) – parece ser la principal preocupación de la actitud liberal que predomina hoy. Hay una llamada de socorro que apoya tal discurso y eclipsa los demás puntos de vista: todo lo demás puede y debe esperar. ¿No hay algo sospechoso, sin duda sintomático, en este enfoque único centrado en la violencia subjetiva (la violencia de los agentes sociales, de los individuos malvados, de los aparatos disciplinados de represión o de las multitudes fanáticas? ¿No es un intento a la desesperada de distraer nuestra atención del auténtico problema, tapando otras formas de violencia y, por tanto, participando activamente en ellas?”¹⁷

15 Ob. cit; p. 11.

16 Ob. cit; p. 10.

17 Ob. cit; p. 21.

Balibar, citado por Zizek, avanza en un camino similar cuando “... proporciona un caso ejemplar de esta interdependencia y distingue dos modos opuestos y complementarios de violencia excesiva: la violencia ‘ultraobjetiva’ o sistémica, inherente a las condiciones sociales del capitalismo global y que implica la creación ‘automática’ de individuos desechables y excluidos, desde los sin techo a los desempleados, y la violencia ‘ultrasubjetiva’ de los nuevos y emergentes ‘fundamentalismos’ éticos o religiosos, o ambos, en definitiva, racistas.”¹⁸

El análisis de Zizek consiste en desplazar el eje de un “humanitario SOS” que clama por acabar con la violencia subjetiva (la más visible de las tres) hacia la compleja interacción entre los diferentes modos de violencia que ha enumerado. Si el diagnóstico es acertado, las propuestas (algunas con notable éxito a partir de la década del 90) de ampliar sin tregua el campo del derecho penal están destinadas al fracaso. Esa “panpenalización” que no cesa de crear delitos, de hacer más rigurosas las sanciones, de aumentar el número de personas privadas de libertad en condiciones cada vez más terribles (para poner solo unos pocos ejemplos) no detendrá la espiral de violencia “subjetiva”. La destrucción del tejido social y la profundización de modelos autoritarios invisibilizará todavía más las formas de la violencia objetiva y la cesura entre incluidos y excluidos al interior de los estados y a nivel global. ❖

ANEXO

Legislación

A) Ley 26.485 “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”

TITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 1º — Ambito de aplicación. Orden Público. Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, con excepción de las disposiciones de carácter procesal establecidas en el

¹⁸ Ob. cit; p. 25.

Capítulo II del Título III de la presente.

ARTICULO 2º — Objeto. La presente ley tiene por objeto promover y garantizar:

- a) La eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida;
- b) El derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia;
- c) Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos;
- d) El desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres; 1947)
- e) La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres;
- f) El acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia;
- g) La asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia.

ARTICULO 3º — Derechos Protegidos. Esta ley garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y, en especial, los referidos a:

- a) Una vida sin violencia y sin discriminaciones;
- b) La salud, la educación y la seguridad personal;
- c) La integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial;
- d) Que se respete su dignidad;
- e) Decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y

cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;

f) La intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento;

g) Recibir información y asesoramiento adecuado;

h) Gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad;

i) Gozar de acceso gratuito a la justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley;

j) La igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres;

k) Un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización.

ARTICULO 4º — Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

ARTICULO 5º — Tipos. Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer:

1.- Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física.

2.- Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarro-

llo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.

3.- Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.

4.- Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:

a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;

b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;

c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna;

d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

5.- Simbólica: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones

sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.

ARTICULO 6º — Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes:

a) Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia;

b) Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil;

c) Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sis-

temática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral;

d) Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;

e) Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929.

f) Violencia mediática contra las mujeres: aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

TITULO II

POLITICAS PUBLICAS

CAPITULO I

PRECEPTOS RECTORES

ARTICULO 7º — Preceptos rectores. Los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores:

- a) La eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres;
- b) La adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres;
- c) La asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia;
- d) La adopción del principio de transversalidad estará presente en todas las medidas así como en la ejecución de las disposiciones normativas, articulando interinstitucionalmente y coordinando recursos presupuestarios;
- e) El incentivo a la cooperación y participación de la sociedad civil, comprometiendo a entidades privadas y actores públicos no estatales;
- f) El respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, sin autorización de quien la padece;
- g) La garantía de la existencia y disponibilidad de recursos económicos que permitan el cumplimiento de los objetivos de la presente ley;
- h) Todas las acciones conducentes a efectivizar los principios y derechos reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

CAPITULO II

ORGANISMO COMPETENTE

ARTICULO 8º — Organismo competente. El Consejo Nacional de la Mujer será el organismo rector encargado del diseño de las políticas públicas para efectivizar las disposiciones de la presente ley.

ARTICULO 9º — Facultades. El Consejo Nacional de la Mujer, para garantizar el logro de los objetivos de la presente ley, deberá:

a) Elaborar, implementar y monitorear un Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres;

b) Articular y coordinar las acciones para el cumplimiento de la presente ley, con las distintas áreas involucradas a nivel nacional, provincial y municipal, y con los ámbitos universitarios, sindicales, empresariales, religiosos, las organizaciones de defensa de los derechos de las mujeres y otras de la sociedad civil con competencia en la materia;

c) Convocar y constituir un Consejo Consultivo ad honórem, integrado por representantes de las organizaciones de la sociedad civil y del ámbito académico especializadas, que tendrá por función asesorar y recomendar sobre los cursos de acción y estrategias adecuadas para enfrentar el fenómeno de la violencia;

d) Promover en las distintas jurisdicciones la creación de servicios de asistencia integral y gratuita para las mujeres que padecen violencia;

e) Garantizar modelos de abordaje tendientes a empoderar a las mujeres que padecen violencia que respeten la naturaleza social, política y cultural de la problemática, no admitiendo modelos que contemplen formas de mediación o negociación;

f) Generar los estándares mínimos de detección precoz y de abordaje de las situaciones de violencia;

g) Desarrollar programas de asistencia técnica para las distintas jurisdicciones destinados a la prevención, detección precoz, asistencia temprana, reeducación, derivación interinstitucional y a la elaboración de protocolos para los distintos niveles de atención;

h) Brindar capacitación permanente, formación y entrenamiento en la temática a los funcionarios públicos en el ámbito

de la Justicia, las fuerzas policiales y de seguridad, y las Fuerzas Armadas, las que se impartirán de manera integral y específica según cada área de actuación, a partir de un módulo básico respetando los principios consagrados en esta ley;

i) Coordinar con los ámbitos legislativos la formación especializada, en materia de violencia contra las mujeres e implementación de los principios y derechos reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres destinada a legisladores/as y asesores/as;

j) Impulsar a través de los colegios y asociaciones de profesionales la capacitación del personal de los servicios que, en razón de sus actividades, puedan llegar a intervenir en casos de violencia contra las mujeres;

k) Diseñar e implementar Registros de situaciones de violencia contra las mujeres de manera interjurisdiccional e interinstitucional, en los que se establezcan los indicadores básicos aprobados por todos los Ministerios y Secretarías competentes, independientemente de los que determine cada área a los fines específicos, y acordados en el marco de los Consejos Federales con competencia en la materia;

l) Desarrollar, promover y coordinar con las distintas jurisdicciones los criterios para la selección de datos, modalidad de registro e indicadores básicos desagregados —como mínimo— por edad, sexo, estado civil y profesión u ocupación de las partes, vínculo entre la mujer que padece violencia y el hombre que la ejerce, naturaleza de los hechos, medidas adoptadas y sus resultados, y sanciones impuestas a la persona violenta. Se deberá asegurar la reserva en relación con la identidad de las mujeres que padecen violencias;

m) Coordinar con el Poder Judicial los criterios para la selección de datos, modalidad de Registro e indicadores que lo integren que obren en ambos poderes, independientemente de los que defina cada uno a los fines que le son propios;

n) Analizar y difundir periódicamente los datos estadísticos y

resultados de las investigaciones a fin de monitorear y adecuar las políticas públicas a través del Observatorio de la Violencia Contra las Mujeres;

ñ) Diseñar y publicar una Guía de Servicios en coordinación y actualización permanente con las distintas jurisdicciones, que brinde información sobre los programas y los servicios de asistencia directa;

o) Implementar una línea telefónica gratuita y accesible en forma articulada con las provincias a través de organismos gubernamentales pertinentes, destinada a dar contención, información y brindar asesoramiento sobre recursos existentes en materia de prevención de la violencia contra las mujeres y asistencia a quienes la padecen;

p) Establecer y mantener un Registro de las organizaciones no gubernamentales especializadas en la materia en coordinación con las jurisdicciones y celebrar convenios para el desarrollo de actividades preventivas, de control y ejecución de medidas de asistencia a las mujeres que padecen violencia y la rehabilitación de los hombres que la ejercen;

q) Promover campañas de sensibilización y concientización sobre la violencia contra las mujeres informando sobre los derechos, recursos y servicios que el Estado garantiza e instalando la condena social a toda forma de violencia contra las mujeres. Publicar materiales de difusión para apoyar las acciones de las distintas áreas;

r) Celebrar convenios con organismos públicos y/o instituciones privadas para toda acción conducente al cumplimiento de los alcances y objetivos de la presente ley;

s) Convocar y poner en funciones al Consejo, Consultivo de organizaciones de la sociedad civil y redactar su reglamento de funcionamiento interno;

t) Promover en el ámbito comunitario el trabajo en red, con el fin de desarrollar modelos de atención y prevención inte-

rinstitucional e intersectorial, que unifiquen y coordinen los esfuerzos de las instituciones públicas y privadas;

u) Garantizar el acceso a los servicios de atención específica para mujeres privadas de libertad.

CAPITULO III

LINEAMIENTOS BASICOS PARA LAS POLITICAS ESTATALES

ARTICULO 10. — Fortalecimiento técnico a las jurisdicciones. El Estado nacional deberá promover y fortalecer interinstitucionalmente a las distintas jurisdicciones para la creación e implementación de servicios integrales de asistencia a las mujeres que padecen violencia y a las personas que la ejercen, debiendo garantizar:

1.- Campañas de educación y capacitación orientadas a la comunidad para informar, concientizar y prevenir la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

2.- Unidades especializadas en violencia en el primer nivel de atención que trabajen en la prevención y asistencia de hechos de violencia, las que coordinarán sus actividades según los estándares, protocolos y registros establecidos y tendrán un abordaje integral de las siguientes actividades:

a) Asistencia interdisciplinaria para la evaluación, diagnóstico y definición de estrategias de abordaje;

b) Grupos de ayuda mutua;

c) Asistencia y patrocinio jurídico gratuito;

d) Atención coordinada con el área de salud que brinde asistencia médica y psicológica;

e) Atención coordinada con el área social que brinde los programas de asistencia destinados a promover el desarrollo humano.

3.- Programas de asistencia económica para el autovalimiento de la mujer.

4.- Programas de acompañantes comunitarios para el sostenimiento de la estrategia de autovalimiento de la mujer.

5.- Centros de día para el fortalecimiento integral de la mujer.

6.- Instancias de tránsito para la atención y albergue de las mujeres que padecen violencia en los casos en que la permanencia en su domicilio o residencia implique una amenaza inminente a su integridad física, psicológica o sexual, o la de su grupo familiar, debiendo estar orientada a la integración inmediata a su medio familiar, social y laboral.

7.- Programas de reeducación destinados a los hombres que ejercen violencia.

ARTICULO 11. — Políticas públicas. El Estado nacional implementará el desarrollo de las siguientes acciones prioritarias, promoviendo su articulación y coordinación con los distintos Ministerios y Secretarías del Poder Ejecutivo nacional, jurisdicciones provinciales y municipales, universidades y organizaciones de la sociedad civil con competencia en la materia:

1.- Jefatura de Gabinete de Ministros – Secretaría de Gabinete y Gestión Pública:

a) Impulsar políticas específicas que implementen la normativa vigente en materia de acoso sexual en la administración pública nacional y garanticen la efectiva vigencia de los principios de no discriminación e igualdad de derechos, oportunidades y trato en el empleo público;

b) Promover, a través del Consejo Federal de la Función Pública, acciones semejantes en el ámbito de las jurisdicciones provinciales.

2.- Ministerio de Desarrollo Social de la Nación:

a) Promover políticas tendientes a la revinculación social y laboral de las mujeres que padecen violencia;

b) Elaborar criterios de priorización para la inclusión de las mujeres en los planes y programas de fortalecimiento y promoción social y en los planes de asistencia a la emergencia;

- c) Promover líneas de capacitación y financiamiento para la inserción laboral de las mujeres en procesos de asistencia por violencia;
- d) Apoyar proyectos para la creación y puesta en marcha de programas para atención de la emergencia destinadas a mujeres y al cuidado de sus hijas/os;
- e) Celebrar convenios con entidades bancarias a fin de facilitarles líneas de créditos a mujeres que padecen violencia;
- f) Coordinar con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia los criterios de atención que se fijen para las niñas y adolescentes que padecen violencia.

3.- Ministerio de Educación de la Nación:

- a) Articular en el marco del Consejo Federal de Educación la inclusión en los contenidos mínimos curriculares de la perspectiva de género, el ejercicio de la tolerancia, el respeto y la libertad en las relaciones interpersonales, la igualdad entre los sexos, la democratización de las relaciones familiares, la vigencia de los derechos humanos y la deslegitimación de modelos violentos de resolución de conflictos;
- b) Promover medidas para que se incluya en los planes de formación docente la detección precoz de la violencia contra las mujeres;
- c) Recomendar medidas para prevenir la escolarización inmediata de las/os niñas/os y adolescentes que se vean afectadas/os, por un cambio de residencia derivada de una situación de violencia, hasta que se sustancie la exclusión del agresor del hogar;
- d) Promover la incorporación de la temática de la violencia contra las mujeres en las currículas terciarias y universitarias, tanto en los niveles de grado como de post grado;
- e) Promover la revisión y actualización de los libros de texto y materiales didácticos con la finalidad de eliminar los estereotipos de género y los criterios discriminatorios, fomentando

la igualdad de derechos, oportunidades y trato entre mujeres y varones;

f) Las medidas anteriormente propuestas se promoverán en el ámbito del Consejo Federal de Educación.

4.- Ministerio de Salud de la Nación:

a) Incorporar la problemática de la violencia contra las mujeres en los programas de salud integral de la mujer;

b) Promover la discusión y adopción de los instrumentos aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación en materia de violencia contra las mujeres en el ámbito del Consejo Federal de Salud;

c) Diseñar protocolos específicos de detección precoz y atención de todo tipo y modalidad de violencia contra las mujeres, prioritariamente en las áreas de atención primaria de salud, emergencias, clínica médica, obstetricia, ginecología, traumatología, pediatría, y salud mental, que especifiquen el procedimiento a seguir para la atención de las mujeres que padecen violencia, resguardando la intimidad de la persona asistida y promoviendo una práctica médica no sexista. El procedimiento deberá asegurar la obtención y preservación de elementos probatorios;

d) Promover servicios o programas con equipos interdisciplinarios especializados en la prevención y atención de la violencia contra las mujeres y/o de quienes la ejerzan con la utilización de protocolos de atención y derivación;

e) Impulsar la aplicación de un Registro de las personas asistidas por situaciones de violencia contra las mujeres, que coordine los niveles nacionales y provinciales.

f) Asegurar la asistencia especializada de los/as hijos/as testigos de violencia;

g) Promover acuerdos con la Superintendencia de Servicios de Salud u organismo que en un futuro lo reemplace, a fin de incluir programas de prevención y asistencia de la violencia contra las mujeres, en los establecimientos médico-asis-

tenciales, de la seguridad social y las entidades de medicina prepaga, los que deberán incorporarlas en su cobertura en igualdad de condiciones con otras prestaciones;

h) Alentar la formación continua del personal médico sanitario con el fin de mejorar el diagnóstico precoz y la atención médica con perspectiva de género;

i) Promover, en el marco del Consejo Federal de Salud, el seguimiento y monitoreo de la aplicación de los protocolos. Para ello, los organismos nacionales y provinciales podrán celebrar convenios con instituciones y organizaciones de la sociedad civil.

5.- Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación:

5.1. Secretaría de Justicia:

a) Promover políticas para facilitar el acceso de las mujeres a la Justicia mediante la puesta en marcha y el fortalecimiento de centros de información, asesoramiento jurídico y patrocinio jurídico gratuito;

b) Promover la aplicación de convenios con Colegios Profesionales, instituciones académicas y organizaciones de la sociedad civil para brindar asistencia jurídica especializada y gratuita;

c) Promover la unificación de criterios para la elaboración de los informes judiciales sobre la situación de peligro de las mujeres que padecen violencia;

d) Promover la articulación y cooperación entre las distintas instancias judiciales involucradas a fin de mejorar la eficacia de las medidas judiciales;

e) Promover la elaboración de un protocolo de recepción de denuncias de violencia contra las mujeres a efectos de evitar la judicialización innecesaria de aquellos casos que requieran de otro tipo de abordaje;

f) Propiciar instancias de intercambio y articulación con la

Corte Suprema de Justicia de la Nación para incentivar en los distintos niveles del Poder Judicial la capacitación específica referida al tema;

g) Alentar la conformación de espacios de formación específica para profesionales del derecho;

h) Fomentar las investigaciones sobre las causas, la naturaleza, la gravedad y las consecuencias de la violencia contra las mujeres, así como de la eficacia de las medidas aplicadas para impedirla y reparar sus efectos, difundiendo periódicamente los resultados;

i) Garantizar el acceso a los servicios de atención específica para mujeres privadas de libertad.

5.2. Secretaría de Seguridad:

a) Fomentar en las fuerzas policiales y de seguridad, el desarrollo de servicios interdisciplinarios que brinden apoyo a las mujeres que padecen violencia para optimizar su atención, derivación a otros servicios y cumplimiento de disposiciones judiciales;

b) Elaborar en el ámbito del Consejo de Seguridad Interior, los procedimientos básicos para el diseño de protocolos específicos para las fuerzas policial y de seguridad a fin de brindar las respuestas adecuadas para evitar la revictimización, facilitar la debida atención, asistencia y protección policial a las mujeres que acudan a presentar denuncias en sede policial;

c) Promover la articulación de las fuerzas policial y de seguridad que intervengan en la atención de la violencia contra las mujeres con las instituciones gubernamentales y las organizaciones de la sociedad civil;

d) Sensibilizar y capacitar a las fuerzas policial y de seguridad en la temática de la violencia contra las mujeres en el marco del respeto de los derechos humanos;

e) Incluir en los programas de formación de las fuerzas policial y de seguridad asignaturas y/o contenidos curriculares

específicos sobre los derechos humanos de las mujeres y en especial sobre violencia con perspectiva de género.

5.3. Secretaría de Derechos Humanos e Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI):

a) Promover la inclusión de la problemática de la violencia contra las mujeres en todos los programas y acciones de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y del INADI, en articulación con el Consejo Federal de Derechos Humanos.

6.- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación:

a) Desarrollar programas de sensibilización, capacitación e incentivos a empresas y sindicatos para eliminar la violencia laboral contra las mujeres y promover la igualdad de derechos, oportunidades y trato en el ámbito laboral, debiendo respetar el principio de no discriminación en:

1. El acceso al puesto de trabajo, en materia de convocatoria y selección;

2. La carrera profesional, en materia de promoción y formación;

3. La permanencia en el puesto de trabajo;

4. El derecho a una igual remuneración por igual tarea o función.

a)

b) Promover, a través de programas específicos la prevención del acoso sexual contra las mujeres en el ámbito de empresas y sindicatos;

c) Promover políticas tendientes a la formación e inclusión laboral de mujeres que padecen violencia;

d) Promover el respeto de los derechos laborales de las mujeres que padecen violencia, en particular cuando deban ausentarse de su puesto de trabajo a fin de dar cumplimiento a prescripciones profesionales, tanto administrativas como las emanadas de las decisiones judiciales.

7.- Ministerio de Defensa de la Nación:

- a) Adecuar las normativas, códigos y prácticas internas de las Fuerzas Armadas a la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres;
- b) Impulsar programas y/o medidas de acción positiva tendientes a erradicar patrones de discriminación en perjuicio de las mujeres en las Fuerzas Armadas para el ingreso, promoción y permanencia en las mismas;
- c) Sensibilizar a los distintos niveles jerárquicos en la temática de la violencia contra las mujeres en el marco del respeto de los derechos humanos;
- d) Incluir en los programas de formación asignaturas y/o contenidos específicos sobre los derechos humanos de las mujeres y la violencia con perspectiva de género.

8.- Secretaría de Medios de Comunicación de la Nación:

- a) Impulsar desde el Sistema Nacional de Medios la difusión de mensajes y campañas permanentes de sensibilización y concientización dirigida a la población en general y en particular a las mujeres sobre el derecho de las mismas a vivir una vida libre de violencias;
- b) Promover en los medios masivos de comunicación el respeto por los derechos humanos de las mujeres y el tratamiento de la violencia desde la perspectiva de género;
- c) Brindar capacitación a profesionales de los medios masivos de comunicación en violencia contra las mujeres;
- d) Alentar la eliminación del sexismo en la información;
- e) Promover, como un tema de responsabilidad social empresarial, la difusión de campañas publicitarias para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres.

CAPITULO IV

OBSERVATORIO DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

ARTICULO 12. — Creación. Créase el Observatorio de la Violencia contra las Mujeres en el ámbito del Consejo Nacional de la Mujer, destinado al monitoreo, recolección, producción, registro y sistematización de datos e información sobre la violencia contra las mujeres.

ARTICULO 13. — Misión. El Observatorio tendrá por misión el desarrollo de un sistema de información permanente que brinde insumos para el diseño, implementación y gestión de políticas públicas tendientes a la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres.

ARTICULO 14. — Funciones. Serán funciones del Observatorio de la Violencia contra las Mujeres:

- a) Recolectar, procesar, registrar, analizar, publicar y difundir información periódica y sistemática y comparable diacrónica y sincrónicamente sobre violencia contra las mujeres;
- b) Impulsar el desarrollo de estudios e investigaciones sobre la evolución, prevalencia, tipos y modalidades de violencia contra las mujeres, sus consecuencias y efectos, identificando aquellos factores sociales, culturales, económicos y políticos que de alguna manera estén asociados o puedan constituir causal de violencia;
- c) Incorporar los resultados de sus investigaciones y estudios en los informes que el Estado nacional eleve a los organismos regionales e internacionales en materia de violencia contra las mujeres;
- d) Celebrar convenios de cooperación con organismos públicos o privados, nacionales o internacionales, con la finalidad de articular interdisciplinariamente el desarrollo de estudios e investigaciones;
- e) Crear una red de información y difundir a la ciudadanía los datos relevados, estudios y actividades del Observatorio, mediante una página web propia o vinculada al portal del

Consejo Nacional de la Mujer. Crear y mantener una base documental actualizada permanentemente y abierta a la ciudadanía;

f) Examinar las buenas prácticas en materia de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres y las experiencias innovadoras en la materia y difundirlas a los fines de ser adoptadas por aquellos organismos e instituciones nacionales, provinciales o municipales que lo consideren;

g) Articular acciones con organismos gubernamentales con competencia en materia de derechos humanos de las mujeres a los fines de monitorear la implementación de políticas de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres, para evaluar su impacto y elaborar propuestas de actuaciones o reformas;

h) Fomentar y promover la organización y celebración periódica de debates públicos, con participación de centros de investigación, instituciones académicas, organizaciones de la sociedad civil y representantes de organismos públicos y privados, nacionales e internacionales con competencia en la materia, fomentando el intercambio de experiencias e identificando temas y problemas relevantes para la agenda pública;

i) Brindar capacitación, asesoramiento y apoyo técnico a organismos públicos y privados para la puesta en marcha de los Registros y los protocolos;

j) Articular las acciones del Observatorio de la Violencia contra las Mujeres con otros Observatorios que existan a nivel provincial, nacional e internacional;

k) Publicar el informe anual sobre las actividades desarrolladas, el que deberá contener información sobre los estudios e investigaciones realizadas y propuestas de reformas institucionales o normativas. El mismo será difundido a la ciudadanía y elevado a las autoridades con competencia en la materia para que adopten las medidas que corresponda.

ARTICULO 15. — Integración. El Observatorio de la Violencia contra las Mujeres estará integrado por:

- a) Una persona designada por la Presidencia del Consejo Nacional de la Mujer, quien ejercerá la Dirección del Observatorio, debiendo tener acreditada formación en investigación social y derechos humanos;
- b) Un equipo interdisciplinario idóneo en la materia.

TITULO III

PROCEDIMIENTOS

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 16. — Derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A la gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado;
- b) A obtener una respuesta oportuna y efectiva;
- c) A ser oída personalmente por el juez y por la autoridad administrativa competente;
- d) A que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte;
- e) A recibir protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en el artículo 3º de la presente ley;
- f) A la protección de su intimidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones;

- g) A participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa;
- h) A recibir un trato humanizado, evitando la revictimización;
- i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos;
- j) A oponerse a la realización de inspecciones sobre su cuerpo por fuera del estricto marco de la orden judicial. En caso de consentirlas y en los peritajes judiciales tiene derecho a ser acompañada por alguien de su confianza y a que sean realizados por personal profesional especializado y formado con perspectiva de género;
- k) A contar con mecanismos eficientes para denunciar a los funcionarios por el incumplimiento de los plazos establecidos y demás irregularidades.

ARTICULO 17. — Procedimientos Administrativos. Las jurisdicciones locales podrán fijar los procedimientos previos o posteriores a la instancia judicial para el cumplimiento de esta ley, la que será aplicada por los municipios, comunas, comisiones de fomento, juntas, delegaciones de los Consejos Provinciales de la Mujer o áreas descentralizadas, juzgados de paz u organismos que estimen convenientes.

ARTICULO 18. — Denuncia. Las personas que se desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la presente ley, estarán obligados a formular las denuncias, según corresponda, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito.

CAPITULO II

PROCEDIMIENTO

ARTICULO 19. — Ambito de aplicación. Las jurisdicciones locales, en el ámbito de sus competencias, dictarán sus normas

de procedimiento o adherirán al régimen procesal previsto en la presente ley.

ARTICULO 20. — Características del procedimiento. El procedimiento será gratuito y sumarísimo.

ARTICULO 21. — Presentación de la denuncia. La presentación de la denuncia por violencia contra las mujeres podrá efectuarse ante cualquier juez/jueza de cualquier fuero e instancia o ante el Ministerio Público, en forma oral o escrita.

Se guardará reserva de identidad de la persona denunciante.

ARTICULO 22. — Competencia. Entenderá en la causa el/la juez/a que resulte competente en razón de la materia según los tipos y modalidades de violencia de que se trate.

Aún en caso de incompetencia, el/la juez/a interviniente podrá disponer las medidas preventivas que estime pertinente.

ARTICULO 23. — Exposición policial. En el supuesto que al concurrir a un servicio policial sólo se labrase exposición y de ella surgiere la posible existencia de violencia contra la mujer, corresponderá remitirla a la autoridad judicial competente dentro de las VEINTICUATRO (24) horas.

ARTICULO 24. — Personas que pueden efectuar la denuncia. Las denuncias podrán ser efectuadas:

- a) Por la mujer que se considere afectada o su representante legal sin restricción alguna;
- b) La niña o la adolescente directamente o través de sus representantes legales de acuerdo lo establecido en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes;
- c) Cualquier persona cuando la afectada tenga discapacidad, o que por su condición física o psíquica no pudiese formularla;
- d) En los casos de violencia sexual, la mujer que la haya padecido es la única legitimada para hacer la denuncia. Cuando la misma fuere efectuada por un tercero, se citará a la mujer para que la ratifique o rectifique en VEINTICUATRO (24)

horas. La autoridad judicial competente tomará los recaudos necesarios para evitar que la causa tome estado público.

e) La denuncia penal será obligatoria para toda persona que se desempeñe laboralmente en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de que una mujer padece violencia siempre que los hechos pudieran constituir un delito.

ARTICULO 25. — Asistencia protectora. En toda instancia del proceso se admitirá la presencia de un/a acompañante como ayuda protectora ad honórem, siempre que la mujer que padece violencia lo solicite y con el único objeto de preservar la salud física y psicológica de la misma.

ARTICULO 26. — Medidas preventivas urgentes.

a) Durante cualquier etapa del proceso el/la juez/a interviniente podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar una o más de las siguientes medidas preventivas de acuerdo a los tipos y modalidades de violencia contra las mujeres definidas en los artículos 5º y 6º de la presente ley:

a. 1. Ordenar la prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia;

a.2. Ordenar al presunto agresor que cese en los actos de perturbación o intimidación que, directa o indirectamente, realice hacia la mujer;

a.3. Ordenar la restitución inmediata de los efectos personales a la parte peticionante, si ésta se ha visto privada de los mismos;

a.4. Prohibir al presunto agresor la compra y tenencia de armas, y ordenar el secuestro de las que estuvieren en su posesión;

a.5. Proveer las medidas conducentes a brindar a quien padece o ejerce violencia, cuando así lo requieran, asistencia

médica o psicológica, a través de los organismos públicos y organizaciones de la sociedad civil con formación especializada en la prevención y atención de la violencia contra las mujeres;

a.6. Ordenar medidas de seguridad en el domicilio de la mujer;

a.7. Ordenar toda otra medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la mujer.

b) Sin perjuicio de las medidas establecidas en el inciso a) del presente artículo, en los casos de la modalidad de violencia doméstica contra las mujeres, el/la juez/a podrá ordenar las siguientes medidas preventivas urgentes:

b.1. Prohibir al presunto agresor enajenar, disponer, destruir, ocultar o trasladar bienes gananciales de la sociedad conyugal o los comunes de la pareja conviviente;

b.2. Ordenar la exclusión de la parte agresora de la residencia común, independientemente de la titularidad de la misma;

b.3. Decidir el reintegro al domicilio de la mujer si ésta se había retirado, previa exclusión de la vivienda del presunto agresor;

b.4. Ordenar a la fuerza pública, el acompañamiento de la mujer que padece violencia, a su domicilio para retirar sus efectos personales;

b.5. En caso de que se trate de una pareja con hijos/as, se fijará una cuota alimentaria provisoria, si correspondiese, de acuerdo con los antecedentes obrantes en la causa y según las normas que rigen en la materia;

b.6. En caso que la víctima fuere menor de edad, el/la juez/a, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta la opinión y el derecho a ser oída de la niña o de la adolescente, puede otorgar la guarda a un miembro de su grupo familiar, por consanguinidad o afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad.

- b.7. Ordenar la suspensión provisoria del régimen de visitas;
- b.8. Ordenar al presunto agresor abstenerse de interferir, de cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de los/as hijos/ as;
- b.9. Disponer el inventario de los bienes gananciales de la sociedad conyugal y de los bienes propios de quien ejerce y padece violencia. En los casos de las parejas convivientes se dispondrá el inventario de los bienes de cada uno;
- b.10. Otorgar el uso exclusivo a la mujer que padece violencia, por el período que estime conveniente, del mobiliario de la casa.

ARTICULO 27. — Facultades del/la juez/a. El/ la juez/a podrá dictar más de una medida a la vez, determinando la duración de las mismas de acuerdo a las circunstancias del caso, y debiendo establecer un plazo máximo de duración de las mismas, por auto fundado.

ARTICULO 28. — Audiencia. El/la juez/a interviniente fijará una audiencia, la que deberá tomar personalmente bajo pena de nulidad, dentro de CUARENTA Y OCHO (48) horas de ordenadas las medidas del artículo 26, o si no se adoptara ninguna de ellas, desde el momento que tomó conocimiento de la denuncia.

El presunto agresor estará obligado a comparecer bajo apercibimiento de ser llevado ante el juzgado con auxilio de la fuerza pública.

En dicha audiencia, escuchará a las partes por separado bajo pena de nulidad, y ordenará las medidas que estime pertinentes.

Si la víctima de violencia fuere niña o adolescente deberá contemplarse lo estipulado por la Ley 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación.

ARTICULO 29. — Informes. Siempre que fuere posible el/la

juez/a interviniente podrá requerir un informe efectuado por un equipo interdisciplinario para determinar los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer y la situación de peligro en la que se encuentre.

Dicho informe será remitido en un plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas, a efectos de que pueda aplicar otras medidas, interrumpir o hacer cesar alguna de las mencionadas en el artículo 26.

El/la juez/a interviniente también podrá considerar los informes que se elaboren por los equipos interdisciplinarios de la administración pública sobre los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer y la situación de peligro, evitando producir nuevos informes que la revictimicen.

También podrá considerar informes de profesionales de organizaciones de la sociedad civil idóneas en el tratamiento de la violencia contra las mujeres.

ARTICULO 30. — Prueba, principios y medidas. El/la juez/a tendrá amplias facultades para ordenar e impulsar el proceso, pudiendo disponer las medidas que fueren necesarias para indagar los sucesos, ubicar el paradero del presunto agresor, y proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia, rigiendo el principio de obtención de la verdad material.

ARTICULO 31. — Resoluciones. Regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.

ARTICULO 32. — Sanciones. Ante el incumplimiento de las medidas ordenadas, el/la juez/a podrá evaluar la conveniencia de modificar las mismas, pudiendo ampliarlas u ordenar otras.

Frente a un nuevo incumplimiento y sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan, el/la Juez/a deberá aplicar alguna/s de las siguientes sanciones:

- a) Advertencia o llamado de atención por el acto cometido;
- b) Comunicación de los hechos de violencia al organismo, institución, sindicato, asociación profesional o lugar de trabajo del agresor;
- c) Asistencia obligatoria del agresor a programas reflexivos, educativos o terapéuticos tendientes a la modificación de conductas violentas.

Asimismo, cuando el incumplimiento configure desobediencia u otro delito, el juez deberá poner el hecho en conocimiento del/la juez/a con competencia en materia penal.

ARTICULO 33. — Apelación. Las resoluciones que concedan, rechacen, interrumpan, modifiquen o dispongan el cese de alguna de las medidas preventivas urgentes o impongan sanciones, serán apelables dentro del plazo de TRES (3) días hábiles.

La apelación contra resoluciones que concedan medidas preventivas urgentes se concederá en relación y con efecto devolutivo.

La apelación contra resoluciones que dispongan la interrupción o el cese de tales medidas se concederá en relación y con efecto suspensivo.

ARTICULO 34. — Seguimiento. Durante el trámite de la causa, por el tiempo que se juzgue adecuado, el/la juez/a deberá controlar la eficacia de las medidas y decisiones adoptadas, ya sea a través de la comparecencia de las partes al tribunal, con la frecuencia que se ordene, y/o mediante la intervención del equipo interdisciplinario, quienes elaborarán informes periódicos acerca de la situación.

ARTICULO 35. — Reparación. La parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia.

ARTICULO 36. — Obligaciones de los/as funcionarios/ as. Los/as funcionarios/as policiales, judiciales, agentes sanitarios, y cualquier otro/a funcionario/a público/a a quien acudan las mujeres afectadas, tienen la obligación de informar sobre:

- a) Los derechos que la legislación le confiere a la mujer que padece violencia, y sobre los servicios gubernamentales disponibles para su atención;
- b) Cómo y dónde conducirse para ser asistida en el proceso;
- c) Cómo preservar las evidencias.

ARTICULO 37. — Registros. La Corte Suprema de Justicia de la Nación llevará registros sociodemográficos de las denuncias efectuadas sobre hechos de violencia previstos en esta ley, especificando, como mínimo, edad, estado civil, profesión u ocupación de la mujer que padece violencia, así como del agresor; vínculo con el agresor, naturaleza de los hechos, medidas adoptadas y sus resultados, así como las sanciones impuestas al agresor.

Los juzgados que intervienen en los casos de violencia previstos en esta ley deberán remitir anualmente la información pertinente para dicho registro.

El acceso a los registros requiere motivos fundados y previa autorización judicial, garantizando la confidencialidad de la identidad de las partes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación elaborará estadísticas de acceso público que permitan conocer, como mínimo, las características de quienes ejercen o padecen violencia y sus modalidades, vínculo entre las partes, tipo de medidas adoptadas y sus resultados, y tipo y cantidad de sanciones aplicadas.

ARTICULO 38. — Colaboración de organizaciones públicas o privadas. El/la juez/a podrán solicitar o aceptar en carácter de *amicus curiae* la colaboración de organizaciones o entidades públicas o privadas dedicadas a la protección de los derechos de las mujeres.

ARTICULO 39. — Exención de cargas. Las actuaciones fundadas en la presente ley estarán exentas del pago de sellado, tasas, depósitos y cualquier otro impuesto, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 68 del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación en materia de costas.

ARTICULO 40. — Normas supletorias. Serán de aplicación supletoria los regímenes procesales que correspondan, según los tipos y modalidades de violencia denunciados.

TITULO IV

DISPOSICIONES FINALES

ARTICULO 41. — En ningún caso las conductas, actos u omisiones previstas en la presente ley importarán la creación de nuevos tipos penales, ni la modificación o derogación de los vigentes.

ARTICULO 42. — La Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar, será de aplicación en aquellos casos de violencia doméstica no previstos en la presente ley.

ARTICULO 43. — Las partidas que resulten necesarias para el cumplimiento de la presente ley serán previstas anualmente en la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional.

ARTICULO 44. — La ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial de la Nación.

ARTICULO 45. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS ONCE DIAS DEL MES DE MARZO DEL AÑO DOS MIL NUEVE.

— REGISTRADO BAJO EL Nº 26.485 —

JULIO C. C. COBOS. — EDUARDO A. FELLNER. — Enrique Hidalgo. — Juan H. Estrada. Marzo 2009.

B) Ley 26.791 Modificaciones al Código Penal

Art. 80 (modificado por la ley 26.791)

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

1º A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. (inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012) Redaccion original 1º A su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son.

2º Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

3º Por precio o promesa remuneratoria.

4º Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. (inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012) Redaccion original 4º Por placer, codicia, odio racial o religioso.

5º Por un medio idóneo para crear un peligro común.

6º Con el concurso premeditado de dos o más personas.

7º Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

8º A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición. (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.601 B.O.11/6/2002)

9º Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

10 A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas. (Inciso incorporado por art. 2º del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a

los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. (inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°. (inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima. (Párrafo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012).

C) Registro Único de Femicidios

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ha finalizado el trámite administrativo iniciado el 12 de septiembre de 2014, por medio del cual se creó la Unidad de Registro, Sistematización y Seguimiento de Femicidios y de Homicidios Agravados por el Género, el cual culminó con la Resolución SDH N° 1449 del 5 de junio de 2015. Por tanto, se da por creado formalmente el Registro Único de Femicidios que esperamos se vuelva una herramienta precisa para el diseño adecuado de políticas públicas, las que serán de utilidad a la hora de prevenir estos casos.

Jurisprudencia

Los caso seleccionados interesan en varios aspectos: los relativos a los múltiples sentidos que se atribuyen al homicidio donde la víctima es mujer; la propensión a deslizarse hacia concepciones esencialistas; el énfasis puesto en la presencia de los hijos en el momento de la muerte; la recurrencia de la invocación a la infidelidad femenina como justificación o

como defensa por parte del victimario; el lugar simbólico de la VICTIMA con mayúscula y las consecuencias desfavorables para las mujeres que no responden al estereotipo, la invocación de los tratados internacionales y de las prescripciones establecidas en ellos y la contradicción entre esa mención y las decisiones que se adoptan.

En modo especial los casos fallados en el tribunal que integro habilitan algunas reflexiones acerca de las dificultades de resumir las políticas estatales de prevención respecto de la violencia contra mujeres al ámbito judicial.

a) “Weber, Javier Claudio s/ homicidio calificado por alevosía” expte. n° 3674, sentencia de fecha 23 de agosto de 2012 dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 del Poder Judicial de la Nación Argentina.

b) “Roldán Osvaldo Andrés - Homicidio agravado por alevosía s/ recurso de casación” expte n° 181/14, sentencia de fecha 15 de abril de 2015 dictada por la Cámara de Casación Penal de Paraná, Entre Ríos, Argentina.

c) “Pilotti s/ tentativa de femicidio (arts. 42 y 80 inc. 11 CP)” expte n° 876-15 sentencia de fecha 17 de Febrero de 2015 dictada por el Juzgado de Garantías de Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina.

d) “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de requerimiento de elevación a juicio en autos Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/ inf. art. 149 bis CP’” Expte. n° 8796/12, sentencia de fecha 11 de septiembre de 2013 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

e) “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Taranco, Juan José s/ inf. art(s) 149 bis, amenazas, CP (p/ L 2303)’” Expte. n° 9510/13, sentencia de fecha 22 de abril de 2014 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Feminicídio: Uma Análise Socio-jurídica do Fenômeno no Brasil

Adriana Ramos de Mello

Juíza de Direito do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes e Doutoranda em Direito Público pela Universidade Autônoma de Barcelona.

1. INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios do século XXI é a erradicação da violência de gênero. A forma mais extrema dessa violência contra as mulheres, denominada feminicídio, assassinato de mulheres em vários contextos, é um fenômeno que foi invisibilizado durante milênios. O termo femicídio/feminicídio foi usado pela primeira vez por Diana Russell e Jill Radford, em seu livro **Femicide: The Politics of Woman Killing**, publicado em 1992 em Nova York.¹ A expressão já tinha sido usada pelo Tribunal Internacional de crimes contra as mulheres em 1976 e foi retomada nos anos de 1990, para ressaltar a não acidentalidade da morte violenta de mulheres (ALMEIDA, 1998, p.1). A opção desse termo serve para demonstrar o caráter sexista presente nestes crimes, desmistificando a aparente neutralidade subjacente ao termo assassinato, evidenciando tratar-se de fenômeno inerente ao histórico processo de subordinação das mulheres (GOMES, 2010).

O assassinato de mulheres não é algo novo nem diferente, sempre existiu e, talvez, seja essa a questão.² Em termos estatísticos, o assassinato de mulheres talvez seja o crime menos revelado nas ocorrências policiais e um dos crimes mais subnotificados. Não se registram adequadamente as circunstâncias do crime quando este ocorre no âmbito das relações afetivas entre companheiros/cônjuges.

Enquanto o homem sofre com a violência ocorrida no espaço público que, via de regra, é praticada por outro homem, a mulher sofre mais com a violência ocorrida no espaço privado e os agressores são (ou foram)

¹ Disponível em www.dianarussell.com/femicide. Acesso em 20 de outubro de 2011.

² Nas Ordenações Filipinas havia um artigo que permitia o assassinato da mulher pelo marido, se esta fosse considerada adúltera.

namorados ou maridos/companheiros. O fato de um terço das mortes ter ocorrido no domicílio da vítima reforça a ideia de que se trata de feminicídio ou mortes provocadas por parceiros íntimos, familiar ou conhecido das vítimas.³ Sabe-se também que um grande número dessas agressões ocorre justamente quando elas decidem pôr fim à relação ou quando manifestam seus pontos de vista contrários aos de seus maridos ou companheiros.⁴

Nas últimas décadas o índice de homicídios de mulheres aumentou bastante no país, sendo um dos maiores das Américas. O número de mulheres que foram mortas por seus companheiros/maridos gira em torno de 10% do total de mortalidade por agressão, fato que pode conferir importância secundária a esse evento, havendo poucos estudos nesta área. No entanto, mesmo com frequência menor, este crime geralmente está relacionado à condição de gênero.

Analisar esse fenômeno possui relevância observando o caráter social das diferenças de gênero existentes na sociedade brasileira. Conceitualizar como feminicídio os assassinatos de mulheres pelo fato de serem mulheres constitui um avanço na compreensão política do fenômeno que era há pouco tempo invisibilizado. Não é um fenômeno isolado das nossas realidades, ao contrário, é uma das consequências mais cruéis da subordinação da mulher e da negação da sua autonomia. Partindo dessa premissa, a análise desses delitos não pode ser dissociada do fator discriminação que sofrem as mulheres, da violência estrutural, sistemática e da ausência de políticas públicas visando a prevenção, a punição e a erradicação desse tipo de violência contra as mulheres. Estamos frente a uma sociedade que tem o dever de respeitar, proteger e promover o direito a uma vida livre de violência.

2. A CONTRIBUIÇÃO DO MOVIMENTO FEMINISTA

Na década de oitenta, os movimentos de mulheres e feministas da América Latina e do Caribe começaram a desenvolver ações para visibili-

3 "Femicídios: homicídios femininos no Brasil". Disponível em: www.scielo.br/rsp. Acesso em 19 de outubro de 2011.

4 O "Mapa da Violência 2015", trabalho desenvolvido pelo pesquisador Julio Jacobo Waiselfisz e elaborado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso), revela ainda que 50,3% das mortes violentas de mulheres são cometidas por familiares e 33,2% por parceiros ou ex-parceiros. Entre 1980 e 2013 foram vítimas de assassinato 106.093 mulheres, 4.762 só em 2013. A situação das mulheres negras, neste último estudo, merece atenção especial: "as taxas das mulheres e meninas negras vítimas de homicídios cresce de 22,9% em 2003 para 66,7% em 2013. Houve, nessa década, um aumento de 190,9% na vitimização de negras, índice que resulta da relação entre as taxas de mortalidade brancas e negras, expresso em percentual."

zar a violência contra as mulheres e a importância do seu combate, assim como os efeitos dessa violência sobre as mulheres. Várias organizações sociais e não governamentais implementaram programas de atenção a mulheres em situação de violência e foram criados os primeiros centros de referência de atendimento às mulheres.

... feminismo, como movimento social e político, defende a igualdade de direitos entre homens e mulheres e trouxe a questão da violência contra a mulher para o debate público, exigindo por parte do Estado políticas públicas de enfrentamento à violência. Dentre as várias políticas públicas já obtidas por esse movimento no Brasil, encontram-se as Delegacias de Atendimento à Mulher, principal porta de entrada das mulheres na rede de serviço de combate à violência, e a Lei nº 11.340/06, denominada Lei Maria da Penha, que coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Com a contribuição dos movimentos feministas e das organizações de mulheres foram constatados e denunciados vários assassinatos de mulheres como a expressão mais extrema de violência contra elas. O movimento aumentou com a denúncia de alguns casos emblemáticos e rumores de mulheres que foram mortas por seus maridos e companheiros, revelando a impunidade desses crimes e a ausência de resposta por parte dos Estados.

Como todo processo histórico, o feminismo teve fases e evoluções. VAICÁRCEL (2009) denominou-as “las tres olas del feminismo”. Para a autora, trata-se de um evidente feminismo filosófico, cuja primeira fase aparece no século XVIII, com a reivindicação da cidadania. A segunda fase surge em meados do século XIX, tendo como objetivo central a reivindicação do direito ao voto e à educação, para em seguida aparecer a terceira fase, que se inicia no século XX, que seria a consolidação social e a busca pela paridade total.

Impõe-se destacar as três fases do feminismo: a primera surge no século XVIII com a reivindicação da cidadania. A criadora deste termo foi Mary Wollstonecraft que, em 1792, publicou a **Vindication of the rights of women**, traduzida para o espanhol como **Vindicación de los derechos de la mujer**. Ela defendia o papel da mulher na sociedade, pois são elas responsáveis pela educação da infância, e, portanto, devem receber todos os

benefícios de uma educação mais completa. Com isso pretendia combater a ideia de que não era necessário que as mulheres tivessem acesso à educação, crença mantida igualmente por políticos e cientistas da época. A autora também sustentava que as mulheres mais bem educadas poderiam ser mais que esposas: poderiam ser companheiras dos seus maridos.

Além de Mary Wollstonecraft juntaram-se a esse movimento Olimpia de Gouges e Rose Lacombe que, junto a outras mulheres igualmente ousadas, encabeçaram, durante a Revolução Francesa, um grupo de protesto aduzindo que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão se referia somente aos direitos do homem e, em consequência, elas reivindicaram uma declaração dos direitos da mulher e da cidadania. Apoiando essas teorias apareceram numerosos clubes femininos, como a *Société des Femmes Républicaines et Revolutionnaires*, fundado por Rose (Claire) Lacombe (Falcón, 1996). Em 20 de novembro de 1793 conseguiram proclamar uma carta com alguns “Direitos da Mulher”, redigidos por Olimpia de Gouges com o lema: “*Si las mujeres pueden subir al cadalso, también pueden subir a la tribuna*”.

A segunda fase do feminismo foi com a reivindicação do direito ao voto e à educação, o que apareceu em meados do século XIX até chegar nas primeiras décadas do século XX, quando surgem, então, as viajantes e exploradoras. Nada melhor do que sair de casa e descobrir lugares inóspitos. Essas viajantes quase sempre viajavam sozinhas e não eram tão defensoras das lutas feministas, mas eram um tipo de mulher bastante avançado para o século XIX.

No entanto, as mulheres desse período começaram a lutar pelo direito ao voto e à educação. Para elas, o argumento utilizado era que o sufrágio somente seria universal quando votassem 100% dos cidadãos, o que incluiria todas as mulheres, e que, até aquele momento, o adjetivo *universal* se referia apenas aos homens. Essas mulheres ficaram conhecidas por sufragistas e pediam sobretudo reformas de cunho educativo, político, social e até econômico, mas sem deixar de lado todos os requerimentos, sendo o mais importante, o direito ao voto. Exigiam a igualdade entre homens e mulheres, o direito ao voto e a todos os direitos do cidadão, e por isso propunham a denominação de sufrágio igual, em vez de sufrágio universal.

Esse movimento adquiriu dimensões internacionais e encontrou eco nos Estados Unidos e na Inglaterra. A Convenção de Seneca Falls

(Nova Iorque), celebrada entre os dias 19 e 20 de julho de 1948, projetou o problema para o primeiro plano das preocupações das mulheres. Foi a primeira vez que foi realizada uma reunião formal sobre os direitos das mulheres nos Estados Unidos e se tornou o precedente mais importante para a obtenção do voto feminino.

A luta feminina pelo direito ao voto foi dura em todos os sentidos e as sufragistas sofreram uma enorme incompreensão por suas reivindicações e algumas foram presas e torturadas quando se manifestavam publicamente. Os primeiros países que reconheceram o direito ao voto foram a Nova Zelândia, em 1893, a Austrália, em 1902 e a Finlândia, em 1906.⁵

Por fim, após alcançar as suas aspirações, o movimento das sufragistas, já com direito ao voto e à educação superior, passou para outra etapa. Assim, chegamos à terceira fase (*Tercera Onda*), que busca a igualdade total: começa na segunda metade do século XX e pode-se dizer que ainda está em vigor, pois a partir de todas as conquistas anteriores, o feminismo objetiva numerosas reformas legais em prol da mulher e do seu desenvolvimento profissional e social. Em que pese já existam legislações de proteção às mulheres, ainda falta um desenvolvimento jurídico que possibilite que esses direitos sejam realmente válidos e eficazes.

Atualmente se encontra em processo o grande debate ideológico sobre o feminismo da igualdade (todos os seres humanos são iguais e não deve haver injustiça ou discriminação) e o feminismo da diferença (mulheres e homens são evidentemente diferentes, mas iguais nas diferenças, com os mesmos direitos).

A dinâmica histórica do feminismo, cada vez mais evidente e definida, tem gerado um amplo movimento de mudança social cuja caracterização mais completa deveria ser por meio da educação. Ainda que as lutas sejam importantes e decisivas para o feminismo e para as atitudes das mulheres mais avançadas e preocupadas com este tema, somente por meio da educação poderão se afirmar, difundir e consolidar as suas reflexões e propostas (LOCERTALES, 2010).

É uma dimensão que deve ter como objetivo ensinar ao mundo o que e quem são realmente as mulheres, e formar as novas gerações e

5 No Brasil, faz apenas 80 anos que a mulher ganhou o direito de votar nas eleições nacionais. Esse direito foi obtido por meio do Código Eleitoral Provisório, de 24 de fevereiro de 1932. Mesmo assim, a conquista não foi completa. O código permitia apenas que mulheres casadas (com autorização do marido), viúvas e solteiras com renda própria pudessem votar. As restrições ao pleno exercício do voto feminino só foram eliminadas no Código Eleitoral de 1934. No entanto, o código não tornava obrigatório o voto feminino. Apenas o masculino. O voto feminino, sem restrições, só passou a ser obrigatório em 1946.

as novas sociedades, instruindo-as na linha adequada para que a paridade ocorra. E o mais importante é que que essa formação e instrução se dirija sem distinção a homens e mulheres. Após anos de opressão, a mulher passa de forma bastante lenta a ocupar o seu espaço na sociedade machista e patriarcal, impulsionada pelo movimento feminista. Assim, o feminismo, enquanto movimento social, está vinculado às ideias de iluminismo das Revoluções Francesa e Americana.

No Brasil, a luta pelo direito ao voto iniciou-se em 1910, com a fundação do Partido Republicando Feminino, no Rio de Janeiro, por Deolinda Daltro, assim como em 1919, com a criação da Liga pela Emancipação Intelectual da Mulher, por Bertha Lutz, a qual foi transformada, em 1922, na Federação Brasileira pelo Progresso Feminino. O direito ao voto apenas foi contemplado pela Constituição Brasileira de 1934.

Com o passar do tempo, o movimento feminista foi mudando suas características e deixou de se preocupar apenas com o direito ao voto, e passou a se preocupar com outras questões do universo feminino. Essa nova posição se intensificou a partir dos anos 70 com a denúncia de casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Um dos casos de maior repercussão nacional foi o assassinato de Ângela Diniz, em 30 de dezembro de 1976, por seu namorado, Doca Street, após o rompimento da relação por parte da vítima, o que causou grande comoção social. No primeiro julgamento, o acusado foi absolvido pela tese da legítima defesa da honra. Com essa decisão da justiça, o movimento feminista começou a mobilizar a sociedade, reinvidicando o fim da violência contra a mulher, com o *slogan* “quem ama não mata”, referindo-se a declaração de Doca Street de que teria “matado por amor”. A acusação recorreu da decisão e o caso teve novo julgamento em 1981 e Doca Street foi condenado a 15 anos de prisão.

... movimento feminista tem um importante papel em impulsionar uma agenda política favorável às questões da mulher. Nesse aspecto, Saffioti (2001) destaca que:

"A literatura sobre violência contra as mulheres tem suas origens no início dos anos 80, constituindo uma das principais áreas temáticas dos estudos feministas no Brasil. Esses estudos são fruto das mudanças sociais e políticas no país, acompanhando o desenvolvimento do movimento de mulhe-

res e o processo de redemocratização. Nessa época, um dos principais objetivos do movimento é dar visibilidade à violência contra as mulheres e combatê-la mediante intervenções sociais, psicológicas e jurídicas. Uma de suas conquistas mais importantes são as delegacias da mulher, as quais ainda hoje se constituem na principal política pública de combate à violência contra as mulheres e à impunidade."

Uma das grandes contribuições do movimento feminista no Brasil foi a implantação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, em 1985, que na época já denunciava o descaso do sistema de justiça em relação aos crimes de violência contra as mulheres, principalmente em relação aos crimes de homicídios e à violência contra as mulheres. Outra grande contribuição do movimento feminista no Brasil foi a edição da Lei 11.340/06, chamada de Lei Maria da Penha, que entrou em vigor em 2006, fruto de um longo e complexo debate iniciado na Assembleia Nacional Constituinte, em 1988.

Na atual perspectiva feminista, as velhas práticas de violências domésticas saíram do silêncio e a abordagem deste tema pode ser considerada como a maior contribuição que o movimento tenha dado à sociedade brasileira e à difícil construção de seu caminho para a democracia.

Nos vários estudos sobre os direitos da mulher sob o enfoque dos novos temas feministas, o atendimento nos grupos "SOS-Mulher" credenciou as mulheres responsáveis pelo atendimento a atuarem junto ao Congresso Constituinte.⁶ Essas mulheres foram convidadas a expor nas comissões temáticas, foram ouvidas e a Carta aprovada em 5 outubro de 1988 contemplou de modo textual significativas sugestões, inclusive a de inclusão do § 8º no artigo 226: "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

Esse princípio constitucional reconhece a violência no âmbito das relações de família – o que o feminismo anteriormente conceituou como "violência doméstica". Este é o princípio constitucional em vigor que autorizou a aprovação da Lei Maria da Penha, criando mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

⁶ <http://conscienciafeminista.blogspot.com.br/2011/05/lei-maria-da-penha-no-stf.html>. Acesso em 21/03/2012.

O debate estimulado pela Lei Maria da Penha permitiu a emergência de um tema pouco tratado pelo Poder Judiciário, e abriu possibilidade para que a sociedade brasileira, juntamente com o poder público, discutisse os mecanismos mais eficazes de combate à “violência contra a mulher”, e encontrasse no termo “violência doméstica e familiar contra a mulher” uma forma de delimitar o espaço onde ocorre a dinâmica da violência, explicitando assim, o “sujeito ativo” e o “sujeito passivo” da relação violenta.

A aprovação da Lei nº 11.340/06 representou uma mudança de paradigma entre os operadores do direito. Esta importante inovação legislativa trouxe no seu âmago a intenção de dar integral proteção à mulher vítima de violência doméstica e, sem negar-lhe o mérito, o aumento da pena do crime de lesão corporal praticado no âmbito da violência doméstica é um indicador de que existe um recurso excessivo ao direito penal no Brasil, mas não é o único.⁷

Partindo de uma perspectiva feminista, situamos a violência de gênero como um problema político no mundo. Através da investigação científica, diferenciamos as várias formas de violência, erradicamos conceitos misóginos não científicos como o de crime passionai e definimos legalmente a violência sexual, estupro, incesto, assédio, violência conjugal e familiar, e outras formas de violência baseada no gênero: trabalhista, patrimonial, psicológica, intelectual, simbólica, linguística, econômica, jurídica e política.

Conforme os ensinamentos de BARSTED (2011), o progresso do enfrentamento da violência de gênero, no período 2003-2010, deve ser compreendido a partir da atuação contínua do movimento feminista no Brasil. Esse movimento, ampliado, compreendeu a articulação entre violência e discriminação contra as mulheres. Na década de 1992-2000 houve grandes avanços legislativos voltados especificamente para o combate à violência contra as mulheres, impulsionados pelas ONGs feministas e demais movimentos de mulheres.

Apesar dos avanços legislativos, o grande desafio para as mulheres brasileiras ainda é o acesso à justiça, por meio dos serviços necessários para esse fim; diminuir a distância entre o importante avanço legislativo e o efetivo acesso à justiça. Nesse sentido, as entidades que apoiam e de-

7 A Lei nº 11.340/06 prevê ainda a prisão preventiva que pode ser aplicada ainda quando a pena seja inferior a dois anos de prisão se o crime for praticado no âmbito doméstico.

fendem os direitos das mulheres devem continuar a exercer uma atuação forte e constante de *advocacy* dirigida ao Estado, que tenha como foco principal a educação e a transformação da sociedade despida de qualquer cultura patriarcal ou misógina.

Atualmente, no Brasil, o Código Penal está sendo reformulado e o projeto de lei apresentado ao Senado coloca a Lei Maria da Penha em risco, necessitando que mais uma vez a *advocacy* feminista exija do Congresso Nacional alterações ao projeto que reafirmem o referido diploma legal.

3. A SITUAÇÃO NA AMÉRICA LATINA

Alguns países, como Chile, México e Guatemala, criaram leis que coíbem a violência contra as mulheres e alguns tipificaram o crime de feminicídio/femicídio, mas muitas destas leis foram elaboradas com o paradigma *familista* da violência de gênero. A construção de um direito a uma vida livre de violência patriarcal foi uma das mais importantes contribuições do feminismo tomando como eixo central a mulher, e não a família. BODELÓN (2008) afirma que *“la piedra angular del cambio para la construcción de un derecho no androcéntrico debe ser el reconocimiento de que vivimos en sociedades patriarcales y, que, por ello, se deben repensar los derechos para visibilizar aquello que nuestras sociedades sexistas han excluido del ámbito de los derechos”*.

A forma mais extrema de violência de gênero contra as mulheres, chamada de violência feticida/femicida, é considerada uma grave violação aos direitos humanos tanto no âmbito público como no privado. Está em consonância com o conjunto de condutas misóginas, violência física, moral, sexual, patrimonial, familiar e institucional, que levam à impunidade social e do próprio Estado, o que coloca as mulheres em risco constante. Pode culminar com o homicídio ou a sua tentativa e a outras formas de morte violenta de meninas e mulheres, que podem ser acidentais, suicídios ou mesmo mortes que poderiam ser evitadas e são resultado da insegurança, da falta de atenção das autoridades, da exclusão dessas mulheres do desenvolvimento econômico e social de uma determinada região ou país.

A morte violenta de mulheres tem aumentado bastante na América Latina, adquirindo característica de pandemia social, agravada pela falta

de ações dos países, capazes de diminuir ou erradicar esse tipo de violência contra as mulheres. Sua alta incidência e consequências tem produzido grave lesão à democracia institucional, afetando a credibilidade dos Estados, que são incapazes sequer de fornecer segurança às mulheres, oferecer justiça às vítimas e as suas famílias, e de construir processos eficazes que lhes permitam enfrentar esta grave violação aos direitos humanos.

Dezesseis países da América Latina tomaram a decisão política de tipificar o assassinato de mulheres em determinadas circunstâncias, denominando-o, alguns, “femicídio”, e outros “feminicídio”: Argentina, Chile, Costa Rica, Guatemala, Honduras e Nicarágua e Panamá o denominam “femicídio”, ao passo que Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Honduras, El Salvador, México, Peru, República Dominicana e Venezuela o chamam “feminicídio”. A modificação do Código Penal argentino não traz nenhuma das nomenclaturas.

A seguir será abordado como o assunto é tratado em três países da América Latina: Chile, Guatemala e México, que estão com a discussão adiantada e também possuem legislação de combate à violência contra a mulher, sendo que Chile e Guatemala tipificaram o crime de femicídio na legislação penal interna.

3.1. A situação no Chile

Em documento da ONU baseado em estudos da realidade chilena, datado de 2004, destaca-se que o feminicídio “é um tipo particular de violência, profundamente arraigada na cultura e opera como mecanismo social chave para perpetuar a subordinação e submissão das mulheres aos homens, porquanto o exercício do poder se considera patrimônio do gênero masculino”. Na ocasião, estimava-se que uma entre três mulheres eram vítimas de violência masculina doméstica. Após 3 anos de tramitação, foi aprovada, em 14 de dezembro de 2010, lei que alterou o Código Penal e a Lei sobre Violência Familiar, punindo mais severamente o assassinato de mulheres e meninas, equiparando o femicídio ao parricídio, com pena máxima de prisão perpétua.⁸

Antes da entrada em vigor desta lei, o sistema de registro e estatística era muito limitado, o que dificultava identificar e quantificar os casos

⁸ Disponível em: <http://blogaloyosiosantos.blogspot.com/2011/12/femicidio-o-assassinato-de-mulher.html>. Acesso em 22/02/2012.

de femicídio no país. A fim de ilustrar esse tipo de limitação foi criada a “Rota do Femicídio”, uma trajetória institucional que seguia a informação sobre as mortes, atendendo desde a ocorrência do crime até o seu desfecho com a sentença judicial.⁹

De acordo com a legislação chilena, a denúncia pode ser feita perante a polícia local, denominada Carabineiros de Chile, ou diretamente perante o tribunal competente, não havendo um formato unificado para a colheita da denúncia. Ao formular a denúncia, a informação fornecida pelo/a denunciante é tomada por escrito, sendo remetida ao tribunal competente para dar início ao correspondente processo judicial. No entanto, para efeitos estatísticos, somente se anotava e quantifica o crime denunciado e não se incluía informação sobre a vítima, o que impedia conhecer a quantidade exata de homicídios de mulheres denunciadas. No entanto, com a nova lei do femicídio, acredita-se que esses obstáculos já tenham sido superados.¹⁰

Segundo a nova lei chilena, os ex-maridos e ex-companheiros foram incluídos como parricidas. Esta medida estende as penas do parricídio, que são mais severas que as do crime de homicídio comum, ao assassinato de uma mulher praticado pelo ex-marido ou ex-companheiro, de forma tal que quando ocorram estes crimes as penas sejam equivalentes as do parricídio, cuja pena varia de 15 anos e um dia à prisão perpétua qualificada.

Segundo informações da Polícia de Investigações, uma mulher morre por semana vítima de femicídio, no Chile, e, segundo dados do Servicio Nacional de la Mujer - SERNAM, no ano de 2009 ocorreram 55 crimes de femicídio, e, até o dia 1 de dezembro de 2010, ocorreram 48 casos.¹¹

Dados do Servicio Nacional de la Mujer - SERNAM afirmam que quase metade das mulheres sofreram violência em suas vidas e em 90% dos casos o agressor é seu marido ou ex-marido (Cf. *Red Chilena contra la violencia doméstica y sexual*). O mesmo ocorre quando o crime é o de femicídio, visto que a grande maioria dos casos é considerada femicídio íntimo, ou seja, são crimes praticados por homens com os quais as mulheres conviveram em uma relação afetiva ou familiar, em quem elas supostamente confiavam.

9 Disponível em: <http://www.onu.cl/pdfs/femicidio.pdf>. Acesso em 21/02/2012.

10 A Lei do Femicídio Chilena modificou o artigo 390 do Código Penal Chileno, que passou a ter a seguinte redação: “Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio.”

11 Disponível em: <http://www.bcn.cl/de-que-se-habla/promulgacion-femicidio>. Acesso em 21/02/2012.

3.2. A situação na Guatemala

O programa Nacional das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) elaborou um informe com base nos registros da Polícia Nacional Civil. A Guatemala se situa em quinto lugar na taxa de homicídio, considerando-se somente países de América Latina, registrando 44 mortes por cada cem mil habitantes. Honduras tem a média de 75.77%, Colômbia (país com conflito armado interno) 55.86%, El Salvador tem média de 50,36%, Guatemala 44%, México 28,65% e Brasil 23,84%.

O país atravessa um dos momentos mais violentos de sua história. Nos últimos anos a violência homicida aumentou mais de 120%, passando de 2,655 homicídios em 1999 a 5,885 em 2006. Esse incremento equivale a um aumento maior de 12 % ao ano desde 1999, superando o crescimento populacional, que foi inferior a 2,6% ao ano. Em 2006 o país apresentou uma taxa de homicídios por cada cem mil habitantes de 47 e na Cidade de Guatemala chegou a 108. Essas estatísticas posicionam a Guatemala como um dos países oficialmente em paz mais violentos do mundo, onde os direitos humanos da população continuam sem ser plenamente respeitados.¹²

Guatemala continua a ser um território hostil para uma mulher: 685 assassinadas em 2010. As estatísticas de violência sexual e torturas superam qualquer outro lugar da América do Sul. Mais do que os números da Cidade de Juarez, no México. Essa estatística é uma sequela do período de conflito vivido neste país durante 36 anos (1960-1996), quando mais de 100.000 mulheres foram violentadas e torturadas seguindo o programa de extermínio da etnia maia. Todo o programa foi configurado numa cultura de violência sem castigo contra a mulher, para quem somente existe 1% de possibilidades de que seu caso chegue à justiça.¹³

12 Dados disponíveis em: http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/national_activities/informe_estadistico_violencia_guatemala.pdf. Acesso em 22/02/2012.

13 *"Me acuerdo que eran tres los que me violaron pero no sé cuántos más lo hicieron porque perdí el conocimiento". La guerra interna entre el Gobierno y la guerrilla se saldó con más de 200.000 muertos en su mayoría indígenas de origen maya. La violación, la mutilación, la esclavitud sexual y el feticidio (asesinato de fetos) fueron utilizados como medio para exterminar a los mayas: destruir a la mujer era la herramienta para destruir al pueblo. Un perfecto plan organizado para el cual el ejército fue cuidadosamente entrenado, según detallan los informes de la Comisión del Esclarecimiento Histórico de Guatemala. Una de esas víctimas fue Teresa Sic: "Al encontrarme, los soldados me agarraron a la fuerza, me llevaron cerca del río y me violaron. Eran más de ciento cincuenta. Ese día estaban también violando a más mujeres de la aldea. Quemaron todo. Me amarraron y me logré soltar con la ayuda de mi hija de cinco años. Busqué ayuda. Tenía hambre y miedo, pero nadie nos alojaba".*

Es en 1999 cuando la Audiencia Nacional española admite a trámite la querrela presentada por la Fundación Rigoberta Menchú Tum, en la que se acusa por primera vez al antiguo jefe de Estado, Ríos Montt, y a otros siete oficiales, de terrorismo, genocidio y tortura sistemática. Cinco años después, la Audiencia dicta un auto de procesamiento contra los ocho generales, pero las autoridades guatemaltecas se niegan a extraditarlos. Para ellas, las violaciones en masa ocurridas durante el conflicto fueron consideradas "simples daños colaterales".

Apesar de uma lei contra o femicídio ter sido aprovada em 2008, a taxa de impunidade é bastante alta. Em um informe apresentado em abril, a comissão presidencial contra o femicídio, Alba Trejo, alertou que 98% dos casos não são solucionados na justiça.¹⁴

Na Guatemala, como em outros países de América Latina, a violência contra as mulheres possui especial importância e deveria ser a principal preocupação das iniciativas de prevenção e redução do crime e da violência. De especial relevância nesse sentido é a violência homicida contra as mulheres. As mulheres eram violentadas e torturadas durante o período de confronto armado por agentes das forças de segurança do Estado - sendo uma das principais formas de violência contra as mulheres e se desenvolveu nas mais diversas e cruéis expressões, tais como violência sexual e tortura em praça pública e de forma coletiva, na presença de toda a comunidade ou de seus familiares.¹⁵

Segundo o informe *Guatemala: Memoria del Silencio*, da CEH, “una mujer detenida fue torturada y violada a lo largo de tres meses de forma reiterada, hasta que le ofrecieron trabajar para el Ejército, 'acepté por mi vida'. La mandaron a recibir cursillos y luego comenzó a trabajar en concienciación. Iba a las comunidades y hablaba a través de un alto parlante leyendo un discurso que le daban escrito en el Ejército. Muchas personas llegaron al destacamento y se entregaron”.

As mulheres foram vítimas de sequestro e retiradas à força de suas residências, e muitas sofreram torturas, tratamento cruel e desumano. A tortura foi um recurso, não apenas para a obtenção de informação, mas um recurso utilizado para a intimidação da população. A violência sexual contra a mulher foi incluída no treinamento militar que se utilizou sistematicamente como parte da estratégia de dominação do inimigo. O exér-

“Días después me llevaron forzosamente al destacamento militar de El Chol”, continúa la narración de Teresa Sic, “donde fui violada por muchos soldados durante 15 días seguidos, donde solo me dejaban descansar brevemente para dormir. (...) Nos dieron sangre de toro, para que la bebiéramos, y carne cruda para comer”.

En el departamento del Quiché, al norte de la capital de Guatemala, los verdes campos de siembra y sus coloridos mercados esconden uno de los macabros secretos de la historia del país. Esta es la zona donde la violencia durante el conflicto fue extrema sobre todo en los años ochenta. Las mujeres sobrevivientes del genocidio han decidido romper su silencio y plantar cara al Gobierno acusando a los culpables. “Tenemos que esclarecer los hechos y que el Estado reconozca de verdad, ese es mi mayor deseo”, dice Feliciano, “estamos sin voz, la violación durante el conflicto armado parece que no existió”. Disponible en: <http://izidorozavevedo.blogspot.com/2011/10/femicidio-na-guatemala.html>. Acceso em 22/02/2012.

14 51% de la población viven en condiciones de pobreza con un 15.2% en pobreza extrema de acuerdo con la última Encuesta Nacional de Condiciones de Vida (ENCOVI) 2006, Instituto Nacional de Estadísticas.

15 Disponible em: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR34/017/2005/es/e6bd24fd-d4fe-11dd-8a23-d58a49c0d652/amr340172005es.pdf>. Acceso em 27/02/2012.

cito foi responsável pela autoria material de 89% dos casos de violência sexual contra as mulheres, 15,5% são responsabilidade das Patrulhas da Autodefesa Civil, e 11,9% de comissionados militares e 5,7% a outras forças de segurança do Estado, segundo relatório da CEH.

As mulheres e as meninas convivem com a violência na Guatemala: a violência intrafamiliar, o assédio sexual no trabalho, a violência sexual, o tráfico de mulheres e a exploração sexual. Na Guatemala, vários agentes de segurança estão envolvidos nos crimes sexuais contra as mulheres e grande parte das vítimas de assassinato também sofreu violência sexual e tinha menos de 18 anos de idade na época do crime.¹⁶ As vítimas de homicídio na Guatemala eram estudantes, donas de casa, profissionais do sexo, operárias das fábricas, trabalhadoras domésticas, trabalhadoras não qualificadas e foram escolhidas em função do gênero.

Em que pese os homicídios tenham sido cometidos por agentes do Estado, o estudo de alguns casos, realizado pela Anistia Internacional revela que a violência costuma estar baseada no gênero da vítima, o qual aparenta ser um dado importante, determinante tanto em relação ao motivo como do contexto do assassinato, assim como do tipo de violência exercida e da resposta das autoridades.

Em vários casos de homicídios há indícios de tortura, muitas dessas mulheres foram violentadas sexualmente ou submetidas a alguma forma de violência sexual antes de morrer. Os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos deliberaram que a dor e o sofrimento infligidos às mulheres na Guatemala coincidem com a definição de tortura.

No entanto, a situação jurídica das mulheres na Guatemala vem sofrendo transformações positivas. A Constituição da República da Guatemala contempla no artigo 4º que todos os seres humanos são livres e iguais em dignidade e direitos. Que homem e mulher, qualquer que seja seu estado civil, têm iguais oportunidades e responsabilidades. E que nenhuma pessoa pode ser submetida a tratamento cruel e desumano que atente contra a sua dignidade.

Com relação aos Tratados Internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres, a Guatemala ratificou em 1982 a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), em 1995 ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir,

16 Guatemala ratificó en 1990 la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a proteger a los niños contra toda forma de abusos físico y mental, maltrato o explotación, incluidos los abusos sexuales, quienquiera que pueda ser el responsable e independientemente del género y del origen social. (Véanse los artículos 2 y 19 de la Convención.)

Sancionar e Erradicar a Violência contra as Mulheres (Belém do Pará) e em 2000 ratificou o Protocolo Facultativo da CEDAW.

Na Guatemala existe uma legislação contra o *femicídio* e outras formas de violência contra a mulher em vigor desde 2008.¹⁷ Nesta lei está previsto o crime de *femicídio*, nos seguintes termos:

Artículo 5. Femicidio: Comete el delito de femicidio quien diere muerte a una mujer. El responsable será sancionado con prisión de 15 a 40 años.

Artículo 6. Femicidio agravado: Comete el delito de femicidio agravado quien, el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer valiéndose de cualquiera de las circunstancias:

a) Alevosía,

b) Por precio, recompensa, promesa o ánimo de lucro,

c) Premeditación conocida,

d) Ensañamiento,

e) Com impulso de perversidad brutal,

f) Para preparar, facilitar, consumir y ocultar otro delito; o para asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para sus copartícipes, o por no haber obtenido el resultado que se hubiere propuesto al intentar el otro hecho posible.

3.3 México: O caso da Cidade de Juárez

O caso da Cidade de Juarez é emblemático por ser uma das cidades com alto índice de homicídio de mulheres de maneira sistemática ao longo da última década, em função de determinadas particularidades sociais, econômicas e culturais, o que gerou uma dinâmica de conflito nas relações tradicionais entre os sexos, a qual não tem sido acompanhada de uma mudança na mentalidade da sociedade.

Desde 1999, a comunidade internacional tem sido alertada em função da magnitude e gravidade dos casos acontecidos na Cidade de Juarez,

¹⁷ Lei nacional contra o Femicídio e outras formas de violência contra as Mulheres (decreto 22/2008).

cuja recomendação está centrada em impulsionar os processos judiciais em tramitação. Em novembro de 2003, peritos da agência das Nações Unidas contra a droga e crimes apresentaram um informe sobre a Cidade de Juarez e Chihuahua, México.¹⁸ Neste informe consta que existe grande responsabilidade do Estado na omissão das investigações desses crimes e nos processos judiciais.

Durante 10 anos mais de 320 mulheres foram assassinadas na Cidade de Juarez segundo fontes oficiais.¹⁹ No entanto, as organizações da sociedade civil afirmam que o número passa de 359. Antes de serem mortas, as vítimas foram sequestradas, sofreram violência sexual e foram torturadas. Os corpos dessas mulheres foram encontrados com sinais de extrema violência e alguns mutilados.

Na Cidade de Juarez, os feminicídios têm características diferenciadas: as mulheres foram vítimas de extrema violência, sofreram mutilações e foram estupradas antes de morrerem. Estas características denotam a misoginia da sociedade e seus algozes, na sua maioria, eram pessoas desconhecidas das vítimas (femicídio não íntimo). Conhecida como a cidade que odeia mulheres, Juarez vive essa situação porque lá os papéis tradicionais se inverteram: as mulheres têm mais facilidade de arranjar emprego nas “maquiladoras”.

“As forças de mudança que desafiam os próprios fundamentos do machismo, embora permitam que em longo prazo as mulheres possam superar a discriminação estrutural, podem também exacerbar a violência de gênero e o sofrimento das mulheres em curto prazo. A incapacidade machista dos homens de desempenhar papel distinto da função tradicional de provedor da família conduz ao abandono familiar, à instabilidade das relações, ao alcoolismo e à violência contra as mulheres.” (Relatório sobre Violência da Mulher, 2002, ONU).

Estas características também denotam o alto grau de ódio e a necessidade de externar o domínio sobre a vítima. No âmbito doméstico,

18 Alarmantes son las expresiones de violencia de género contra las mujeres en las 32 entidades del país. Para situar el grave problema de la violencia contra las mujeres en la escala nacional, las estadísticas mencionan que “en México más de seis mil niñas y mujeres fueron asesinadas de 1999 al 2005, en promedio murieron 4 mujeres diario”. Otro dato alarmante es el siguiente: “1088 mujeres fueron asesinadas de junio de 2006 a julio de 2007. Alarmante aumento de la violencia contra mujeres” Disponible en <http://www.lacrisis.com.mx/mujeres03,06,05.htm>. Acceso em 21/02/2012.

19 Dados obtidos do Informe do México produzido pela CEDAW.

considerado o espaço social onde as hierarquias de poder mais se desenvolvem e onde o domínio masculino mais se reproduz, não ocorre o mesmo quando o algoz é um desconhecido da vítima. Em regra, o poder da dominação é utilizado mediante violência extrema no corpo de mulher (o corpo e a sexualidade feminina são historicamente os espaços onde mais se tenta demonstrar a autoridade masculina).

A anistia internacional, no informe “Mortes intoleráveis - Dez anos de desaparecimentos e assassinatos na Cidade de Juarez e Chihuahua”, de 2003, põe em destaque a tolerância do Estado em relação a esses crimes, devido à falta de uma atuação efetiva com a finalidade de combater esse tipo de crime que, na verdade, é a demonstração mais evidente de discriminação contra a mulher. Por conseguinte, combater esse tipo de violência requer a adoção de políticas públicas baseadas em uma perspectiva de gênero; quer dizer, uma perspectiva sensível a todas as formas em que se manifesta a discriminação na perpetuação destes crimes.

Diana Washington (2005) publicou um importante livro descrevendo os assassinatos de mulheres na Cidade de Juarez e como o descaso e a indiferença governamental contribuíram para a impunidade dos crimes. Agredidas sexualmente, mutiladas e assassinadas, seus cadáveres apareceram dias, semanas ou meses depois do crime em terrenos baldios ou lugares poucos frequentados, e as vítimas, na sua maioria de classe social baixa, eram trabalhadoras, imigrantes e, com frequência, recém-chegadas à região.²⁰

O México recebeu ao longo de mais de uma década mais de cinquenta recomendações internacionais de organismos de direitos humanos e de relatores de diversas instâncias da ONU que contém a exigência do governo de esclarecer todos os casos, facilitar o acesso à justiça por parte dos familiares de vítimas e, cada vez mais, tem sido implementadas políticas públicas com perspectiva de gênero para enfrentar tais crimes e suas causas, assim como erradicar a violência contra as mulheres e a impunidade (LAGARDE: 2008).

20 Diana Washington Valdez es periodista del periódico *El Paso Times de Texas* y, por más de seis años, se ha dedicado a investigar los casos de las muertas de Ciudad Juárez. Producto de su extensa cobertura sobre estos asesinatos escribió, *Cosecha de mujeres*, donde la autora explica por qué las autoridades mexicanas no han podido arrestar a culpables reales y por qué las explicaciones sobre asesinatos seriales, tráfico de órganos, videos snuff, ritos satánicos o bandas callejeras no se sostienen. Washington Valdez plantea la hipótesis de que algunos de los asesinatos son perpetrados por jóvenes pertenecientes a prominentes familias de Juárez que tienen nexos con cartel de la droga de ese lugar y compran protección de la policía. Estos victimarios conocidos como los juniors se han dedicado a matar mujeres como si fuera un deporte. La autora tiene informes fidedignos de una cierta clase de fiestas orgiásticas de sexo y droga donde muchas jovencitas han sido violadas, asesinadas y posteriormente abandonadas en terrenos baldíos. También sabe que parte de la indiferencia de las autoridades sobre el tema se debe a que hay investigadores federales y oficiales que han facilitado y encubierto estas orgías.

Para LAGARDE (2008), o feminicídio situa-se na desigualdade estrutural entre homens e mulheres, assim como na dominação dos homens sobre as mulheres, que tem na violência de gênero um mecanismo de reprodução da opressão das mulheres. Dessas condições estruturais surgem outras condições culturais, como o ambiente ideológico e social de machismo e misoginia e de normalização da violência contra as mulheres. Somam-se também ausências legais e de políticas democráticas com conteúdo de gênero e de órgãos de justiça, o que produz impunidade e gera mais injustiça, assim como condições de convivência insegura, põem em risco a sua vida e favorece o conjunto de atos violentos contra as meninas e as mulheres.

Mais de 1.000 mulheres e crianças são assassinadas a cada ano no México e a situação não tem sido alterada. As mulheres assassinadas no México tinham diferentes idades e profissões, pertenciam a distintas classes sociais e extratos socioeconômicos, ainda que a maioria fosse pobre, algumas eram ricas, de classe média alta e da elite, analfabetas, com estudos básicos, pós-graduadas e com excelência acadêmica, outras eram estudantes; em relação aos seus agressores eram: desconhecidas, conhecidas, cônjuges, familiares e amigas; havia entre elas solteiras, casadas, ex-cônjuges, namoradas, ex-namoradas, filhas, enteadas, mães, irmãs, noras, primas, vizinhas, subordinadas, professoras, vendedoras, turistas, modelos, atrizes; a maioria das mulheres eram meninas e mulheres esforçadas, trabalhadoras informais e formais; também foram assassinadas mulheres que tinham envolvimento com delinquentes, ativistas, políticas e governantes, quase todas eram mexicanas, mas algumas eram estrangeiras: canadenses, brasileiras, holandesas, estadunidense, salvadorenha, guatemalteca; a maioria foi assassinada na sua casa e outras não se sabe onde, mas os seus corpos foram encontrados na rua, num terreno baldio, num carro, numa construção, num rio, numa casa de sequestro; algumas foram violentadas, outras queimadas, outras golpeadas até a morte, outras estranguladas, mutiladas, decapitadas, todas estiveram em cativeiro, todas estavam desprotegidas, todas foram agredidas e violentadas até a morte. A maioria dos crimes está impune.

A omissão do Estado, em diversas esferas, na construção prática da igualdade entre mulheres e homens e na equidade de gênero, contribui ativamente para o feminicídio. As mulheres não são sujeitas de direito e não são consideradas nem tratadas como cidadãs; para tanto, as autoridades

des que deveriam buscar a justiça atuam em muitos casos como cúmplices dos agressores, ao atentar contra a segurança, a dignidade e os interesses das mulheres. É evidente também que as mulheres não são consideradas sujeitas plenas na educação, na saúde, na economia, na política.

Em resumo, no México existem dois níveis na ruptura do Estado de direito em relação às mulheres: em primeiro lugar, a legalidade não se aplica às mulheres, e em segundo lugar, ao romper o Estado de direito com a violência de gênero cotidiana dos homens na convivência social, delinquência, as organizações criminais impõem mecanismos violentos e a violação aos direitos humanos das pessoas e à legalidade. E as mulheres, em prévia desvantagem de gênero, ficam em situação de maior risco (LAGARDE, 2008).

O feminicídio leva a uma ruptura parcial do Estado de direito, já que o Estado é incapaz de garantir a vida das mulheres, de respeitar os seus direitos humanos, de atuar com legalidade e fazer-se respeitar, de buscar e administrar a justiça, de prevenir e erradicar a violência que ocasiona. O feminicídio é um crime de Estado (LAGARDE, 2008).

O México ratificou a Convenção para eliminar Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) em 1981 e o seu protocolo facultativo em 2002. Também ratificou a Convenção de Belém do Pará e a Convenção contra a tortura, entre outras. A Convenção de Belém do Pará é clara a partir do seu próprio nome “Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher” e seu objetivo central é o exercício do direito de todas as mulheres daquela região a uma vida livre de violência²¹.

Esses tratados internacionais comprometem o Estado na realização de atuações preventivas, investigativas e punitivas tendentes a erradicar a violência contra a mulher. Também, vários instrumentos, dos quais o México faz parte, protegem o direito à vida: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 3º), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 6º e observação geral do Comitê dos Direitos Humanos sobre este mesmo artigo, 30 de abril de 1982) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 4º).

21 Esta Convenção foi ratificada pelo México em 11 de dezembro de 1998.

Vale esclarecer que, no México, a competência para legislar no tratamento da violência pertence aos estados; no entanto, em se tratando de proteção a estes direitos, cabe ao governo federal a sua responsabilidade pelo descumprimento aos compromissos internacionais adotados na matéria. Para Martínez, a Lei representa um avanço significativo na legislação sobre violência contra as mulheres, mas segue delegando o tratamento da violência sexual ao sistema penal.²²

A lei, no artigo 5º, define a violência contra as mulheres como: “*Cualquier acción u omisión, basada no género, que les cause daño o sufrimiento psicológico, físico, patrimonial, económico, sexual o la muerte tanto em el ámbito privado como em el público.*”

O artigo 6º da Lei estabelece os tipos de violência contra as mulheres, a violência psicológica, a física, a patrimonial, a econômica e a sexual. E, ainda, prevê cinco modalidades de violência: a) a violência familiar; b) violência laboral e docente; c) a violência na comunidade; d) a violência institucional e e) a violência *feminicida*. A criação desta modalidade se deu motivada pelos homicídios da Cidade de Juárez e os altos índices de violência contra as mulheres no México.

O artigo 21 da referida lei dispõe:

Violencia feminicida: Es la extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas que pueden conllevar impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres.

Esse artigo menciona violência de gênero sem que tenha sido definido o seu conceito na Lei. Mas pode-se dizer que a lei quis tratar do sinônimo de violência contra as mulheres baseada no gênero feminino, já que ao mesmo tempo menciona o elemento *misoginia*. A Lei Geral de Acesso às mulheres a uma vida livre de violência ainda dispõe no artigo 26 a obrigação do Estado mexicano de indenizar a vítima nos casos de descumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo país.²³

22 Ivonne Patricia Ortuño Martínez, in “Maquiladores de la Ley”. *Los operadores de justicia penal y la violencia contra las mujeres en Ciudad de Juárez*, México. Tesis para obtener el grado de Ph.D. in Law and Society.

23 Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LevesBiblio/ref/lgamv.htm>. Acesso em 07/04/2012.

4. O FEMINICÍDIO NO BRASIL: É CONVENIENTE CONTAR COM UMA FIGURA PENAL SOBRE FEMINICÍDIO?

Sob a ótica de uma necessária e diferenciada proteção à mulher, o Brasil editou o Decreto n. 1.973, em 1º de agosto de 1996, promulgando a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994. Cumprindo as determinações contidas na referida Convenção, em 7 de agosto de 2006 foi publicada a Lei n. 11.340, criando mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, que ficou popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha” que, além de dispor sobre as várias formas de violência contra as mulheres, criou os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e estabeleceu medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, nos termos dispostos no art. 1º da mencionada Lei.

E agora, recentemente, com a edição da Lei n. 13.104/15, o Estado Brasileiro completa o sistema de proteção às mulheres, criando, como modalidade de homicídio qualificado, o chamado *feminicídio*, que ocorre quando uma mulher vem a ser vítima de homicídio simplesmente por razões de sua condição de sexo feminino.

A nomenclatura utilizada por Lagarde foi a adotada e o crime de feminicídio foi incluído no Código Penal por meio da Lei 13.104 de 2015, sancionada em 10 de março. A Lei é de autoria da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra Mulher²⁴. Com a sanção presidencial, o assassinato de mulher por razões de gênero (quando envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo e discriminação à condição de mulher) passa a ser incluído entre os tipos de homicídio qualificado.

De maneira específica, a Lei n. 13.104/15 considera feminicídio quando o crime é praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: quando envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo e discriminação contra a condição de mulher. A lei altera o art. 121 do Código Penal brasileiro, para prever, no inciso VI, o “feminicídio” como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072/1990 (Lei de crimes hediondos), para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

24 Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Investigação da situação da violência contra a mulher no Brasil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130748&tp=1>>. Acesso em 31 mai. 2015.

As penas podem variar de 12 anos a 30 anos de prisão, a depender dos fatores considerados. Se forem cometidos crimes conexos, as penas poderão ser somadas, aumentando o total de anos que o criminoso ficará preso, interferindo, assim, no prazo para que ele tenha direito a benefícios como a progressão de regime. Considerado crime hediondo, o cumprimento da pena se dará segundo a Lei nº 8.072, que prevê cumprimento inicialmente em regime fechado. Nesse caso, a progressão de regime se dará após o cumprimento de 2/5 da pena, em caso de ser a primeira incidência do infrator, e de 3/5, se houve reincidência. Além disso, também prevê três causas de aumento de pena, se o crime for praticado: “I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.”

A lei é uma resposta do Legislativo ao alto índice de homicídio de mulheres no Brasil. Segundo o “Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil”,²⁵ o país tem taxa de 4,8 homicídios para cada cem mil mulheres, a quinta maior do mundo, conforme dados da Organização Mundial da Saúde que avaliaram um grupo de 83 países (em 2010 o Brasil ocupava a sétima colocação, com taxa de 3,9). Apesar da entrada em vigor da Lei Maria da Penha, entre 2006 (ano de promulgação da lei) e 2013, apenas em cinco Estados foram registradas quedas nas taxas: Rondônia, Espírito Santo, Pernambuco, São Paulo e Rio de Janeiro. Nas 22 unidades federativas restantes, no mesmo período, as taxas cresceram com ritmos extremamente variados: de 3,1% em Santa Catarina, até 131,3% em Roraima. A conclusão da pesquisa para o aspecto regionalizado da violência é que não há como apontar uma tendência nacional para a causa de morte de mulheres. As oscilações prendem-se a circunstâncias locais, que devem ser estudadas, mais que a fatores globais.

Ainda segundo o mesmo estudo, de 1980 a 2013, foram vítimas de assassinato 106.093 mulheres. Entre 2003 e 2013, o número de vítimas do sexo feminino passou de 3.937 para 4.762, incremento de 21,0%. Na última década, foi evidenciado um “pesado crescimento” em algumas regiões, como Roraima, onde as taxas de homicídios femininos quadruplicaram (343,9%), e na Paraíba, onde mais que triplicaram (229,2%).

No que diz respeito à proximidade da vítima de seu agressor, a pesquisa indica que, enquanto o homem sofre com a violência ocorrida no

25 Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>.

espaço público que, em grande parte, é praticada por outro homem, a mulher sofre mais com a violência ocorrida no espaço privado e os agressores são (ou foram) namorados ou maridos/companheiros. Em 2013, dos 4.762 homicídios de mulheres registrados pelo SIM, 2.394, isso é, 50,3% do total foram perpetrados por um familiar da vítima. Isso representa perto de sete feminicídios diários nesse ano, cujo autor foi um familiar. A porcentagem relativa às mortes por parceiros e ex-parceiros é de 33,2%, ou seja, 1.583 mortes. Neste caso, são quatro mulheres mortas por dia.

Sabemos que o Direito Penal não previne nenhum tipo de conduta ilícita; exemplos há muitos, começando com a pena de morte ou a que diminui a idade de responsabilidade dos menores que delinquem, posto que as estatísticas nos demonstram que não produzem o efeito de impedir a comissão de delitos. Veja-se a situação do México, mais precisamente em Cidade de Juarez. Apesar da condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso de Campo Algodonero, que ordenou ao Estado mexicano uma série de medidas para contrarrestar a impactante perda de vidas das mulheres dessa região, até o momento seguem ocorrendo assassinatos de mulheres, sendo Cidade de Juarez a mais significativa (309 mulheres)²⁶.

Nesse último caso, devemos considerar as tendências do Direito Penal Mínimo e os princípios constitucionais de não discriminação entre homens e mulheres. Este princípio ver-se-á talvez afetado pela criação de tipos penais especiais destinados a proteger a mulher vítima de violência; contudo, uma correta interpretação não exige necessariamente mantê-los despenalizados. A função do Direito Penal Mínimo é de proteção, na melhor forma possível, dos direitos de todos os setores sociais, procurando fazer desaparecer as diferenças “jurídicas” entre eles. Por outra parte, em benefício da postura de tipificação penal, a morte de mulheres nas mãos de seus companheiros é uma das condutas que têm um maior *plus* de injusto frente aos delitos comuns, dada à especial vulnerabilidade de suas vítimas.

Por outro lado, não podemos deixar os homicídios de mulheres como um crime a mais no marco da violência social, pois corremos o perigo de banalizá-lo e dar passo a percepções tais como “foi crime passionai”, como normalmente divulgam os meios de comunicação. Faz-se necessário erradicar o termo “delito passionai”, por ser um conceito mi-

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos 10 de abril del 2009. Sentença do caso Campo Algodonero do México.

sógeno, posto ignorar todo o sistema de dominação patriarcal e, portanto, busca seguir mantendo as mulheres subordinadas.

Promover a visibilidade do feminicídio – além do valor simbólico ou de sua função promocional – para poder conhecer a real magnitude desta conduta ilícita, contribuiria a abrir os espaços aos homicídios de mulheres, não só por parte de seus companheiros ou ex-companheiros, mas também aos homicídios de mulheres que exercem a prostituição, ou são assassinadas depois de terem sido estupradas, ou vítimas de outras condutas de violência sexual.

Antes de editar uma lei criando esta figura como autônoma, cada país deve tirar suas próprias conclusões respaldadas em dados empíricos. Há que examinar cuidadosamente a experiência nos tribunais nacionais, porque os sistemas judiciais não são os mesmos nem têm idêntica efetividade. Alguns operadores de justiça tendem a ser mais benignos com as mulheres que com os homens homicidas quando se trata de homicídio de companheiro, ou mesmo quando são filhos que matam seus pais movidos por uma vida indigna e no extremo do limite. Em outros países os homens que assassinam as mulheres costumam sair favorecidos com a utilização da atenuante de responsabilidade: “violenta emoção”.

Não é fácil responder à pergunta nem tomar alguma postura definitiva frente ao feminicídio. Temos clareza de que só a criação da lei não vai solucionar ou melhorar essencialmente os atos violentos contra a mulher se não se acompanham com políticas preventivas que privilegiem a proteção. Também necessitamos de um sistema judicial sensibilizado e preparado desde a perspectiva de gênero e que, ademais, funcione.

Nas últimas décadas o índice de homicídios de mulheres aumentou bastante no Brasil, sendo um dos maiores das Américas. O número de mulheres que foram mortas por seus companheiros/maridos gira em torno de 10% do total de mortalidade por agressão, fato que pode conferir importância secundária a esse evento, havendo poucos estudos nessa área. No entanto, mesmo com frequência menor, esse crime geralmente está relacionado à condição de gênero. O fato de um terço das mortes ter ocorrido no domicílio reforça a ideia de que se trata de feminicídio ou de mortes provocadas por parceiros íntimos, familiar ou conhecido das vítimas, ao contrário das masculinas, que, em sua maioria, ocorrem em espaços públicos.²⁷

27 Femicídios: homicídios femininos no Brasil. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v45n3/1931.pdf> em 19 de outubro de 2011.

A fragilidade do sistema judicial não é um problema recente e as varas especializadas em crimes dolosos contra a vida contam com um déficit de recursos humanos em seus quadros. Os crimes de tentativa de homicídio ou mesmo o homicídio contra as mulheres não têm uma resposta rápida da justiça. A cultura machista e patriarcal enraizada na estrutura do Poder Judiciário, as falhas nos serviços oferecidos, remetem à fragilidade na proteção às vítimas, acrescido ao fato de que os processos são julgados como mais um crime de homicídio comum e sem nenhuma perspectiva de gênero.

A questão remete às respostas dadas pelo sistema penal aos crimes de violência contra as mulheres. Se por um lado é comum ouvir as mulheres que sofrem violência dizer que não desejam denunciar o seu agressor ou mesmo desistir dos processos em andamento, o que também deve ser investigado, por outro lado, observam-se casos em que houve negligência ou omissão frente às mulheres que denunciaram e demandaram auxílio diante da violência sofrida.

Há que se atentar para a morosidade da justiça no julgamento desses crimes como um dos fatores que reforça a impunidade, à medida que deixa tempo suficiente de se escapar da punição; para no caso de homicídio, dentre as quais, a fuga do acusado; a reelaboração contínua da versão dos fatos; reconstrução da vida familiar, convencendo o júri da falta de periculosidade e da acidentalidade do crime; e nos casos de tentativa de homicídio, além das estratégias anteriores, verifica-se o convencimento da vítima para depor a favor do acusado (ALMEIDA, 1998:114). Além disso, a estratégia utilizada pela defesa é quase sempre a de desqualificar o comportamento da vítima e minimizar o quanto possível a conduta violenta do acusado.

Os crimes de homicídio contra homens e mulheres têm o mesmo procedimento e, na maioria dos casos, não é levada em consideração a desigualdade de gênero nas relações entre a vítima e o seu algoz; não raras vezes as mulheres mortas são julgadas por suas condutas e atitudes, e não podem mais se defender. As famílias da vítima, incluindo os filhos, ficam sem qualquer assistência do Estado para se reestruturar e reconstruir suas vidas.

Diante desse contexto, não resta a menor dúvida de que a Lei Maria da Penha²⁸ representou um grande avanço no combate à violência contra

28 Lei nº 11.340, de sete de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

a mulher, mas é apenas um mecanismo no grande processo de enfrentamento às desigualdades de gênero. É certo que a lei representa uma resposta jurídica concreta às violências sofridas pelas mulheres, mas precisamos de outros mecanismos de prevenção, como, por exemplo, mais investimentos na educação em igualdade de gênero, nas escolas e universidades, além da formação continuada dos operadores do direito, incluindo os juízes que atuam na área.

Apesar de os assassinatos contra as mulheres causarem uma grande comoção social, gerando aceitação à punição maior, tal violência tem raízes profundas na desigualdade de gênero. A importância da categoria gênero deve ser considerada ao analisar o assassinato de mulheres, representando uma mudança de paradigma, o que significa assumir uma posição política de desnaturalizar as mortes violentas, não as atribuindo a fatores de natureza pessoal, restando evidente que a subordinação das mulheres em relação aos homens ainda está muito presente na sociedade, como um dos fatores que expõe as mulheres a toda sorte de violência, que tem no feminicídio a sua forma mais extrema.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante todo o século XX milhões de mulheres abriram espaços, criaram oportunidades e participaram em vários níveis da sociedade, cultura e política. Mulheres de diferentes países deram vida à cultura feminista ao denunciar a opressão de gênero e criaram uma consciência crítica sobre a situação das mulheres, bem como normas e práticas sociais modernas e democráticas. Nomeamos e definimos a discriminação, a alienação, a marginalização, a exploração e a discriminação genérica, enfrentamos a falsa crença sobre a inevitabilidade da violência, rompemos o silêncio, o tabu e a cumplicidade.

A violência baseada no gênero é um mecanismo político, cujo objetivo é manter as mulheres em desvantagem e desigualdade no mundo e nas relações com os homens, permite excluir as mulheres do acesso aos bens, recursos e oportunidades; contribui para a desvalorização, prejudica e intimida as mulheres e reproduz o domínio patriarcal.

A violência contra mulheres recria a supremacia de gênero dos homens sobre as mulheres e lhes dá poderes extraordinários na sociedade. O direito à vida das mulheres é expropriado não só quando os crimes con-

tra as mulheres assassinadas ou o desaparecimento de centenas ficam impunes, como também quando o Estado não dá uma resposta eficaz aos crimes de assassinato de mulheres, como é o caso do México.

O feminicídio transcendeu fronteiras porque com o legítimo desespero se apelou para organizações internacionais, bem como a Anistia Internacional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), aos membros do Congresso e organizações dos Estados Unidos e outros países da América Latina e Caribe.

No entanto, somos da opinião que não basta apenas a tipificação penal do feminicídio, considerando que na lei penal subsiste o controle patriarcal contra a mulher, mas impõe-se a ocorrência de mudanças estruturais na nossa sociedade que permitam uma reforma geral de toda a legislação e das políticas públicas que expressem ou tacitamente contenham preceitos discriminatórios contra as mulheres e violem a dignidade humana.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, S.S. **Femicídio: algemas (in) visíveis do público-privado**. Rio de Janeiro: Revinter Ltda. 1998.

BARSTED, Leila Linhares, Jacqueline Pitanguy (orgs). **O progresso das mulheres no Brasil 2003-2010**. Rio de Janeiro: CEPIA, Brasília: ONU Mulheres, 2011.

BODELÓN, Encarna. *“La Violencia contra las mujeres y el derecho no-androcêntrico: perdidas en la traducción jurídica del feminismo”*. In **Género, violencia y Derecho**. Tirant lo Blanch. 2008.

_____ ; HEIN, Daniela. **Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas**. Volumen I. Grupo Antígona y Dones i Drets. 2009.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução de Maria Helena Kuhner. 5. Ed. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2007.

CEPIA. **O progresso das mulheres no Brasil 2003-2010**/Organização Leila Linhares Barsted, Jacqueline Pitanguy - Rio de Janeiro: CEPIA, Brasília: ONU Mulheres, 2011.

GOMES, Izabel Solyszko. **Femicídio: a (mal) anunciada morte de mulheres**. R. Pol. Públi. São Luis, v. 14, n. 1, p. 17-27, jan/jun. 2010.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. *“Los cautiverios de las mujeres*.

Madreposas, monjas, putas, presas y locas". **Horas y horas**, la editorial. Madrid, 2011.

MONÁRREZ FRAGOSO, Julia Estela. **Trama de uma injusticia: feminicídio sistémico em Ciudad de Juarez** -1ª Edição - Tijuana, Baja Califórnia: El Colegio de La Frontera Norte, México, D.F: Miguel Ángel Porruá, 2009.

NICOLÁS LAZO, Gemma y BODELÓN, Encarna(comps.). Bergalli, Roberto, Rivera Iñaki *et alii*. **Género y Dominación. Críticas feministas del derecho y el poder**. Anthropos. 2009.

SAFFIOTI, H. I. B. ALMEIDA, Suely Souza de. **Violência de Gênero: Poder e impotência**. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

_____. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

RADFORD, Jill y Diana E. H. Russel(eds.) **Femicide: The Politics of Woman Killing**, Nueva York, Twayne Publishers, 1992.

VALCÁRCEL, Amélia. **La política de las mujeres. Feminismos**. Cuarta Edición. Ediciones Cátedra. Universitat de Valencia. Instituto de la Mujer. Madrid. 2008.

WASHINGTON, Diana. **Cosecha de Mujeres. Safari en el desierto mexicano**, Editorial Océano de México, S. A, Barcelona, 2005.

Violência Contra a Mulher e o Processo de Juridificação do Femicídio. Reações e Relações Patriarcais no Direito Brasileiro

Ana Lucia Sabadell

Profa. Titular de Teoria do Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. É membro do conselho avaliativo do Instituto Max Planck de Direito Penal Estrangeiro e Comparado (Freiburg-Alemanha), onde atua na avaliação de pesquisas e programas de doutorado e de master nas áreas de Direito Penal, Sociologia Penal, Processo Penal e Criminologia.

INTRODUÇÃO

Objetivo desta conferência é abordar a questão do assassinato de mulheres por razões de gênero que, em março de 2015, foi incorporado ao Código Penal, como circunstância qualificadora do crime de homicídio e também integrado ao rol de condutas puníveis como crime hediondo. A análise que se apresenta fundamenta-se em argumentos de teoria feminista do direito, de política criminal e de sociologia jurídica feminista.

Parto de uma análise do processo de mudança social em relação ao papel da mulher nas últimas décadas e o relaciono com a juridificação de determinadas formas de violência de gênero e atuação do Estado como órgão garantidor de direitos fundamentais das pessoas. Indico o que considero como pontos emblemáticos deste processo e a seguir analiso o femicídio como forma de manifestação social dessa violência e as reações que suscitaram sua juridificação no Brasil.

Neste contexto trago à luz reflexões teóricas que nos brindam a Teoria do Direito e o Direito Constitucional sobre o papel do princípio da

igualdade na tutela liberal dos direitos da mulher. Apresento uma perspectiva liberal na análise da questão porque as mudanças em curso estão fundamentadas em um discurso liberal, mas também aponto as contradições inerentes à adoção desta perspectiva.

1. HÁ UMA REVOLUÇÃO EM CURSO? VIOLÊNCIA, CULTURA E PROCESSO DE MUDANÇA SOCIAL

Os estudos sobre a violência de gênero têm se expandido nas últimas décadas. Isso decorre de um processo de mudança social, marcado por uma paulatina inserção da mulher na esfera pública¹, que se desenvolve no âmbito de uma dinâmica de “avanços e retrocessos”. De fato, não se trata de uma história linear. Porém, em decorrência dessa inserção, – ainda que associada a outra gama de fatores-, as mulheres começaram a gozar de maior visibilidade social. Enquanto o privado limita a pessoa ao anonimato, o público promove sua exposição, “situa-a” no mundo. Concede-lhe visibilidade e favorece a sua politização.

Essa progressiva, mas ainda muito limitada, visibilidade social da mulher, é um fator que contribuiu na intensificação dos estudos sobre os efeitos da cultura patriarcal no que tange à produção e reprodução da violência de gênero. E me refiro aqui a um conceito amplo de violência, que abrange todas as formas de comportamento que impliquem discriminação da mulher. Quando esta, por exemplo, recebe salário inferior ao do homem pelo exercício de uma mesma função laboral, ela é vítima de uma agressão, de uma forma de violência que se caracteriza pela discriminação salarial². E essa situação perdura, apesar de as pesquisas indicarem que a mulher está cada vez mais inserida no mercado de trabalho³. Posso

1 Essa inserção ocorre de forma mais intensa a partir da segunda metade do século passado quando o trabalho feminino não é mais exercido unicamente pelas classes mais pobres da sociedade. Em outras palavras, quando a mulher, branca, ocidental e de classe média, possui acesso à educação, o trabalho feminino vai, paulatinamente, se ampliando. Ademais de professoras e enfermeiras, as mulheres começam a exercer outras funções na esfera pública que estão desvinculadas da relação de dever-cuidado inerente ao ofício do magistério e da assistência aos doentes.

2 Apenas para ilustrar cito aqui o resultado de uma pesquisa do IBGE sobre a mulher no mercado de trabalho, em que são comparados dados do ano de 2003 com dados do ano de 2011. A pesquisa confirma a existência da citada diferença salarial entre homens e mulheres. Cf. http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoe-rendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf. Outras pesquisas sobre o mesmo tema estão publicadas no site do IBGE.

3 A título de exemplo, indico apenas um dado sobre o referido avanço: a proporção de mulheres no mercado de trabalho no Brasil pulou de 57% em 1992 para 62,9% em 2004 e chegou a 64,8% em 2009. Ver: José Ribeiro Soares Guimarães (org.). “Perfil do Trabalho decente no Brasil. Um olhar sobre as unidades da federação durante a segunda metade da década de 2000”. Brasília, OIT, 2012. Existe versão online disponível em: http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/indicadorestdnovo_880.pdf.

assim, afirmar, como o tenho feito em pesquisas desde o ano de 1998, que a discriminação da mulher é sempre um ato de violência⁴.

Até algumas décadas atrás, não eram produzidos dados estatísticos sobre a vitimização feminina, nem no ambiente de trabalho e muito menos relativos à prática de crimes contra a vida, a liberdade sexual e a integridade física da mulher em situação de violência de gênero. Os números eram invisíveis. Não se sabia quantas mulheres eram anualmente vítimas de violência doméstica ou quantas morriam assassinadas por homens com os quais mantiveram vínculos afetivos⁵. Hoje vários países, Ongs, organismos regionais e internacionais se ocupam da produção de tais dados.

Assim sendo, foi possível revelar que tais práticas são sistemáticas. Ocorre, porém, que a mudança - no sentido da inclusão da mulher e tutela de seus direitos-, se dá de forma dialética e paulatina, mas também depende de fatores internos e externos que incidem sobre cada estado.

Assim mesmo, podemos afirmar que existem avanços⁶ que convivem com situações de possíveis “retrocessos”. Dois exemplos. Como explicar que o IBGE tenha identificado que entre 2004 e 2014 a dupla jornada de trabalho feminina sofreu sensível avanço? Enquanto diminuiu a jornada de trabalho masculina no lar, a jornada das mulheres aumentou. Os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) indica que entre 2004 e 2014 as horas que elas dedicavam ao cuidado do lar aumentaram em 54 minutos, passando de 4 horas e 6 minutos em 2004 para 5 horas diárias em 2014! E curiosamente, as horas da jornada de trabalho dos homens fora do lar diminuiu, mas isso não se converteu em uma maior “colaboração” nas tarefas domésticas! Além disso, o ganho salarial feminino caiu, se comparado com o ganho masculino⁷. Outra si-

4 Refiro-me à minha tese de máster, defendida em 1998, na faculdade de direito da Universidade do Saarland-Alemanha, na cidade de Saarbruecken e intitulada “A administração do direito das mulheres no marco do direito internacional”, (monografia inédita).

5 O “modelo de protocolo latino-americano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio-feminicidio)”, publicado pela ONU no ano de 2014, no texto introdutório reconhece que a produção de dados estatísticos sobre a violência perpetrada contra a mulher é muito recente (pág. IX). Acessível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDelInvestigacion.pdf>.

6 A título de exemplo, indico apenas um dado sobre o referido avanço: a proporção de mulheres no mercado de trabalho no Brasil pulou de 57% em 1992 para 62.9% em 2004 e chegou a 64,8% em 2009. Ver: José Ribeiro Soares Guimarães (org.). “Perfil do Trabalho decente no Brasil. Um olhar sobre as unidades da federação durante a segunda metade da década de 2000”. Brasília, OIT, 2012. Existe versão online disponível em: http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/indicadorestdnovo_880.pdf.

7 Os dados podem ser consultados no site do IBGE, em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=149.

tuação exemplar refere-se à taxa de desocupação laboral feminina. O informe *Panorama Laboral 2015. América Latina y El Caribe* da Organização Internacional do Trabalho (OIT) indicou que essa taxa aumentou em toda a região no ano de 2015, especialmente se comparada com a taxa de desemprego masculina. Interessante observar que o mesmo informe já indicava uma oscilação desta taxa, independentemente da melhoria da condição econômica na região em anos anteriores⁸.

No âmbito penal, os retrocessos também podem ser identificados. Como explicar, por exemplo, que após o desenvolvimento de políticas públicas e da juridificação da violência doméstica, há países que se depararam com dados estatísticos que indicaram um aumento dessa prática, inclusive identificando-se aumento no número de assassinatos de mulheres⁹? Obviamente, existe uma série de fatores sociais que podem explicar essas “contradições”, ao menos, hipoteticamente. Porém, existe um elemento que condiciona todos os fatores. Trata-se, na verdade, de uma constante na análise do problema: a cultura patriarcal. Dentre estes fatores, destaco os que me parecem mais relevantes para a análise do impacto da lei que torna o feminicídio uma qualificadora no Código Penal brasileiro.

Situo, inicialmente, o conhecimento “parcial” da violência contra a mulher (em sentido amplo) por parte das autoridades públicas e da própria comunidade, que implica um tratamento fragmentário dessa mesma violência.

Ocorre que a invisibilidade “secular” da mulher e, por conseguinte, de seus problemas, se relaciona diretamente com o que denomino

8 Cf. *Panorama Laboral 2015. América Latina y El Caribe*. OIT, Lima (Perú), 2015. Existe versão online disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_435169.pdf.

9 No documento “Mapa da Violência 2012”. Caderno Complementar 1: Homicídio de mulheres no Brasil (de autoria de Julio Jacob Waiselfisz e editado pelo Instituto Sangari em São Paulo no ano de 2012), se apresenta, na página 4, um gráfico que ilustra esta situação. Em 2006 o número de assassinatos foi de 4.022 e em 2007 houve um decréscimo, caindo para 3.772. Porém, nos anos seguintes, esses números aumentaram sensivelmente. A taxa de homicídios em 100 mil mulheres, que era de 3,9 em 2007, pula para 4,2 em 2008 e chega a 4,4 em 2010. Cf. http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf. Essas informações foram objeto de análise de órgãos do estado que chegaram a sustentar que sem o advento da Lei Maria da Penha, o número de homicídios de mulheres teria crescido muito mais no país. Trata-se de afirmação de cunho populista, sem nenhuma base científica, feita por órgãos vinculados com as políticas do governo federal. Não se pode, hipoteticamente, “isolar” a influência de uma variável e tirar conclusões fáticas, sem realizar uma real confrontação de dados. Em outras palavras, só após anos de ab-rogação da lei é que seria possível sustentar tal argumento, obviamente, sempre que precedido de uma pesquisa empírica minuciosa que permitisse corroborar uma tal hipótese. Sobre a referida afirmação, Cf; Cerqueira, Daniel; MATOS, Mariana Vieira Martins; MARTINS, Ana Paula Antunes e JÚNIOR, Jony Pinto. “2048. Texto para discussão. Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha”. IPEA: “Lei Maria da Penha reduziu violência doméstica contra as mulheres”, Instituto de pesquisa econômica aplicada (IPEA), Brasília-Rio de Janeiro, 2015. É possível consultar versão online do referido documento em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3538/1/td_2048.pdf.

de “*não problematização da cultura patriarcal*”. A invisibilidade feminina funciona como uma espécie de “*escudo de proteção*” da cultura patriarcal. Quando não se desvela o véu da ignorância e não se torna pública a violência sofrida pela mulher, o machismo não é percebido negativamente e, portanto, não há razões plausíveis para pleitear uma mudança social. Aqui cabe um esclarecimento mais detalhado. Se em determinado contexto social atitudes machistas são percebidas como “normais” pela comunidade (e autoridades), como esperar que mude a percepção social com relação aos efeitos nefastos da cultura patriarcal¹⁰?

Emprego aqui dois exemplos para ilustrar esta tese. A repreensão verbal do marido em face da roupa “muito decotada” usada pela esposa para ir a uma festa e a publicidade de cerveja que se utiliza de uma bela modelo, trajando uma camiseta e um short curtinho, para estimular e aumentar a venda do produto. Essas duas situações podem passar despercebidas pela maioria das pessoas ou apenas serem identificadas como situações “inócuas”. No primeiro caso, porque isso é o que se espera de quem assume o papel social de “marido”, que cuide de sua esposa, que evite que ela possa ser “exposta” ao assédio de terceiros. Então, frente a uma roupa considerada ousada, ele deve se manifestar para alertar a esposa acerca da conveniência do uso daquela vestimenta. No caso do publicitário, é o que se espera de quem pretende aumentar a venda de cervejas entre o público consumidor. Como as pesquisas indicam que a maioria dos consumidores de cerveja pertencem ao gênero masculino, associar o consumo de bebida alcóolica com uma bela mulher, com trajes provocantes, consiste em uma estratégia para atrair o público masculino heterossexual.

Ora, a autoridade pública, tal como grande parte da população, não percebe o potencial lesivo que está por de trás da “simples” repreensão verbal (não use essa roupa!) e do citado anúncio de bebida. Não percebe que ambas as condutas constituem manifestações do processo de “*coisificação*” da mulher. É a suposta “inferioridade” social da mulher que possibilita que ela seja tratada como um ser “incapaz” de tomar decisões sensatas e que, por tal motivo, deve permanecer sob a tutela do esposo.

10 Um exemplo em concreto. Em 27 de setembro de 2013 um conhecido jornalista do jornal **Folha de São Paulo** (Hélio Schwartzman), publicou um texto comentando uma pesquisa do IPEA que indicava aumento de assassinatos de mulheres depois do advento da Lei Maria da Penha. O jornalista atacou duramente a lei e, empregando argumentos sexistas, responsabilizou as mulheres pelas agressões sofridas e sustentou que os homens matam as mulheres simplesmente porque são fisicamente mais fortes. A reportagem pode ser consultada em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2013/09/1348060-um-caso-de-fracasso.shtml>.

Isto equivale a tratar a mulher como objeto. Ao marido incumbe a tarefa de manter a sua “propriedade” intacta. E os meios de comunicação, ao divulgarem a propaganda de cerveja, também difundem a ideia de que a mulher é um objeto que pode ser comprado. Por isso, carros, barcos, bebidas alcóolicas (e inclusive cigarros no passado) são vinculados à imagem de uma bela mulher. Contraditoriamente, são esses mesmos meios de comunicação que divulgam hoje, no Brasil, dados sobre a prática da violência doméstica!

Agora, o Estado não toma nenhuma iniciativa de cunho educacional para evitar que maridos se comportem como “proprietários” de mulheres, ele apenas se propõe a repreender aqueles que chegam às vias de fato! Atua-se, apenas, contra determinadas formas de violência patriarcal, e ainda assim, somente sob o viés penal.

Dessa forma, os “avanços” de ruptura com o legado patriarcalista dividem espaço com os mecanismos que promovem a própria manutenção da cultura patriarcal¹¹! Nesse contexto, torna-se ainda mais difícil para a vítima de violência doméstica (e para a comunidade em geral) identificar determinadas condutas como potenciais atos de agressão. Isso também permite explicar a pouquíssima incidência da lei Maria da Penha em casos em que não há emprego de violência física contra a vítima. É a alegação da violência física que permite desvendar a prática de uma possível violência psíquica, mas o contrário não é válido.

Ademais, também contribui para essa situação dialética a opção de vários governos por tratar o problema da violência contra a mulher prioritariamente pelo viés punitivista, por meio da criminalização de condutas e da criação de um sub-sistema de justiça penal. Essa opção se relaciona também com o fator anteriormente mencionado. É plausível que muitas autoridades estatais (e internacionais) acreditem que criminalizando a manifestação mais extrema da cultura patriarcal, o problema da violência contra a mulher se resolva. Por isso, os Estados mudaram, nas últimas dé-

11 Um exemplo concreto da difusão dessa cultura no meio jurídico constitui a afirmação de Cabette, um jurista que comentou a lei de feminicídio (posteriormente retomarei seu texto ao tratar do princípio da igualdade na qualificadora do feminicídio): “O amor sexual é egoísta, profundamente egoísta. Trata-se o objeto do desejo como uma propriedade que se pode *utendi et abutendi*, de que se tem o direito de dispor livremente, que se pode sequestrar unicamente para nós, roubando-a ao mundo inteiro, para a gozarmos à nossa vontade. Será que uma mera mudança de nome e de posição topográfica de uma qualificadora do homicídio seria capaz de dar cabo de uma paixão destrutiva humana (*comum a homens e mulheres*) que configura uma categoria criminológica? É claro que não! Isso somente pode passar pela cabeça de pessoas que não têm a mais mínima noção sequer das diferenças entre Criminologia e Direito Penal”. CABETTE, Eduardo. **Feminicídio**. Mais um capítulo do direito penal simbólico agora mesclado com o politicamente correto. In: <http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/159300199/feminicidio-mais-um-capitulo-do-direito-penal-simbolico-agora-mesclado-com-o-politicamente-correto>. (grifo nosso).

cadadas, radicalmente seu discurso. Passaram da complacência com determinadas formas de manifestação de violência de gênero ao punitivismo eficiente. O que as autoridades certamente não percebem é que, para enfrentar de modo eficaz a violência contra a mulher, devem-se promover, *de fato*, políticas educacionais, que repercutam no “modo” como as pessoas pensam, percebem, sentem e reagem frente ao pressupostos da própria cultura patriarcal¹².

Concentrar-se exclusivamente na punição da *ultima ratio* do patriarado, implica em negar a própria “letalidade” desse sistema cultural, implica a negar que se trata de um sistema que produz e reproduz violência e desigualdade social entre os gêneros. Frente a essa explanação, é sempre possível fazer ao menos duas objeções lógicas. As leis que tratam da violência doméstica comumente fazem referência, como no caso brasileiro, à necessidade do desenvolvimento de políticas públicas, incluindo pesquisa, educação e outros tipos de intervenção social. Porém, trata-se, em sua maioria, de normas programáticas que não permitem “cobrar” das autoridades as medidas de implementação necessárias para atingir esses objetivos. Ou seja, não estamos diante de uma obrigação de fazer. E a outra objeção se refere ao próprio processo de mudança social. Até que ponto o estado pode ter o protagonismo e a capacidade de promover tamanha mudança social? E até que ponto o direito pode ser um instrumento de mudança¹³?

Em relação a essa última objeção eu diria que esse processo de mudança já se iniciou. O crescente aumento de participação feminina na esfera pública é hoje um fato, apesar de sua pouca representação em cargos de poder. Esclareço com um exemplo muito concreto. Até poucos anos nas universidades brasileiras (e aqui situo as próprias faculdades de direito) não se ouvia falar em organizações estudantis feministas. Hoje a situação é praticamente inversa, especialmente nas universidades públicas. Portanto, não se trata de um processo de mudança “imposto de cima para baixo”, mas de um processo de mudança que já está ocorrendo, mas que pode ser mais efetivo se o Estado cumprir seu papel de tutela dos direitos fundamentais de todas e todos.

12 Outros elementos podem ser aqui aduzidos para explicar a relação entre avanço e retrocesso, tais como a complexa questão da cifra obscura e sua relação com a produção de dados estatísticos; a recusa de muitas vítimas em socorrer-se do sistema penal punitivista por entender que este exclui seu direito de “escolha”; mas também o aumento de denúncias nos últimos anos, decorrente da própria “politização” dessa forma de violência.

13 Sobre a mudança social e sua relação com o direito, Cf. SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 6ª. edição, 2013, p. 87 e ss.

Assim mesmo, fato é que, apesar da “politização” da *última ratio* da violência contra a mulher em diversos países que adotam o regime democrático, milhares delas continuam sendo diariamente vitimadas em diversas partes do mundo¹⁴.

Por outro lado, apenas uma avaliação global dessa problemática permitirá refletir sobre o(s) modelo(s) de política pública que deve(m) ser desenvolvido(s) para erradicar tal violência.

2. ESTADO PATRIARCAL

Cabe ainda uma última avaliação de cunho teórico, muito mais complexa. Tudo o que foi dito até aqui sobre as supostas “contradições” das autoridades do estado, que parecem se equivocar quanto ao tipo de medidas públicas necessárias para combater o problema da violência contra a mulher na atualidade, pode ser questionado se fizermos uma análise da política de estado à luz da(s) teoria(s) feminista(s) do direito, especialmente se criticamos, no âmbito dessas teorias, aquelas de cunho liberal.

Ocorre que o Estado é patriarcal. Ele se fundamenta e se estrutura-se em torno a valores patriarcais. Foram os “homens” (brancos, burgueses e detentores de poder) que promoveram, no Ocidente, a derrocada da sociedade estamental, no final da segunda parte do XVIII na Europa. Foram os homens que desenvolveram a ideologia liberal, que estabeleceram a divisão entre esferas pública e privada e que excluíram as mulheres do acesso à esfera pública. O Estado moderno é prioritariamente um estado patriarcal.

Por tal motivo, aquilo que pode nos parecer, inicialmente, uma contradição, uma falta de conhecimento da complexidade da problemática da violência contra a mulher pelo próprio Estado, pode ser, na verdade, uma postura condizente com a sua própria ideologia. Um governo de homens para homens. Mas não qualquer homem. Situando aqui apenas o continente europeu, posso afirmar que o novo modelo de sociedade que começa a ser desenhado a partir da Revolução Francesa e da Revolução Industrial também excetua os homens pobres, negros e indígenas, para estes não há cidadania nem participação na esfera pública.

De todas as formas, é sempre possível objetar e dizer que tomar consciência de que o Estado tem gênero (e, por conseguinte, também o

14 CF. “*Modelo de Protocolo Latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género*”, *op. cit.*

direito) não impede a sua transformação. Quem abraça essa tese entende que o Estado vive uma situação de transição. Tudo o que já foi feito em termos de inclusão da mulher na esfera pública e de tutela de seus direitos fundamentais - sobretudo a partir da segunda metade do século XX-, constitui um grande avanço. A dialética que se identifica por meio de movimentos de “avanços e retrocessos” é a prova cabal de que ocorrem mudanças sociais significativas. O que deveria ser feito é continuar pressionando o estado para tomar medidas de políticas públicas compatíveis com a gravidade e complexidade da violência à qual as mulheres são submetidas. Essa é, em grande parte, a posição da ONU. Mas devemos reconhecer que esse é um discurso liberal, que aposta na capacidade de o Estado patriarcal se “subverter”, e assumir um discurso liberal feminista.

Realmente, as reformas que estão se concretizando são de cunho meramente liberal. Mesmo assim, são reformas importantes. A educação *de e para* o gênero é um discurso de vanguarda e tem uma capacidade revolucionária. Quando falo de educação, emprego aqui o termo em sentido amplo, não basta a pretensão do MEC de, ao criar uma base curricular única para o ensino fundamental e o médio, incluir ali uma disciplina que aborde a questão da discriminação de gênero. É preciso ir além e utilizar também outros canais de comunicação social com a finalidade de educar e sensibilizar para o gênero.

Além das organizações de moradores, bairros, Ongs, representações religiosas, também a cultura expressa por meio da arte em geral (música, pintura, cinema, teatro etc.), deve ser instigada a contribuir para a produção de uma cultura inclusiva de direitos e de respeito verso ao diverso. Sustento que a educação não deve ser um instrumento empregado apenas para combater a violência contra a mulher, deve também abranger os direitos da comunidade LGBT.

A grande vantagem da educação em relação ao uso do direito, é que a educação cria diálogo, propicia a comunicação e implica um processo de reflexão, enquanto o direito se limita a identificar as situações de violação da norma e aplicar a respectiva sanção. Nesse sentido, o direito não é - ao contrário da educação-, um instrumento de transformação social.

Em outras palavras, o que se pleiteia é que o Estado seja garantidor dos direitos fundamentais de todas e todos e que efetivamente combata a discriminação em todas as suas formas e, para tanto, ele precisa abandonar a mentalidade estritamente punitivista e patriarcalista. Nesse sentido,

o direito deve ser usado apenas como um instrumento acessório e não como instrumento principal no combate à violência de gênero.

3. MARCO LEGAL DO FEMINICÍDIO NO BRASIL E EFEITOS DA LEI

Em seu relatório final, a *Comissão Parlamentar Mista de Inquérito* (criada especificamente para tratar da violência de gênero) apresenta dados muito atuais acerca da violência contra a mulher e, pela primeira vez, se reconhece, em documento oficial do Estado, que se trata de um problema cultural¹⁵.

Essa comissão fez referência ao projeto de lei do senado 292 /2013, que propunha uma redação diversa do atual inciso VI do § 2º. Não vou entrar aqui nas discussões sobre as diferenças entre o projeto e a lei aprovada, mas considero importante mencionar que o projeto, ao empregar o termo mulher (e não sexo feminino), permitia uma interpretação favorável à inclusão das pessoas que se identificam como mulheres e aquelas que realizaram mudança de sexo.

Apesar disso, uma interpretação gramatical nunca poderá excluir aquelas pessoas que mudaram seu registro civil, porque a lógica e a coerência indicam que o ordenamento jurídico não é contraditório. Quem é reconhecida como mulher para efeitos da legislação civil, assim também o será para efeitos da lei penal.

É também importante salientar que a referida Comissão Parlamentar Mista de Inquérito justificou a opção pela criminalização do feminicídio, não como crime autônomo, mas como forma qualificada (“autônoma”) do crime de homicídio, considerando justamente dados que foram anteriormente aqui expostos. Especialmente, aqueles que indicam que as taxas de assassinatos de mulheres por 100 mil habitantes não sofreram decréscimo nos últimos anos, ao contrário, sofreram aumento. Entre os anos de 2000 e 2010 verificou-se que 41% das mulheres vítimas de homicídio foram mortas em suas próprias casas, em geral, por companheiros ou ex-companheiros.¹⁶

15 O relatório da referida comissão pode ser consultado em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=130748&tp=1>.

16 Dados podem ser consultados em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/11/PLS292_2013_justificacao.pdf.

Isso se evidencia da leitura da justificativa do PLS 292 de 2013 (anexada ao relatório final da referida CPML), quando sustenta: “(...)A importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido ‘crime passional’. Envia, outrossim, mensagem positiva à sociedade de que o direito à vida é universal e de que não haverá impunidade. Protege ainda a dignidade. Protege, ainda, a dignidade da vítima, ao obstar de antemão as estratégias de se desqualificarem, midiaticamente, a condição de mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas(...)”¹⁷.

Como já foi assinalado por outras palestrantes, acrescentaram-se ao parágrafo 2º. do art. 121, o inciso VI; o § 2º-A e § 7º. e os incisos I, II e III, com a finalidade de regular uma nova forma qualificada de homicídio, que tem como vítima específica a mulher.

Sabemos que a pena cominada não difere daquela estipulada para as demais formas de homicídio qualificado, permanecendo nos limites da reclusão de 12 a 30 anos. Ademais, essa forma qualificada foi também integrada à lei de crimes hediondos, de forma que o cumprimento da pena se dará de forma muito mais rigorosa.

3.1. Efeitos do processo de juridificação do feminicídio. Leitura jussociológica

Resumidamente, destaco que, logo após a introdução do feminicídio entre as qualificadoras do art. 121 do Código Penal, foram publicados artigos em revistas especializadas, matérias de jornais, comentários em sites da internet e programas televisivos, sobre essa iniciativa do legislador pátrio. Para efeitos de análise imediata do impacto da referida lei, optei por consultar apenas textos jurídicos publicados na internet. São, em sua maioria, artigos jurídicos, mas também há artigos de jornal (também transcritos na internet). A justificativa é que tais textos me permitiram identificar as reações iniciais que o tratamento penal do feminicídio sus-

¹⁷ A título de exemplo, cf. CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários ao tipo penal do feminicídio (art. 121, § 2º, VI, do CP)**, in: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/03/comentarios-ao-tipo-penal-do.html>.

citou no país. Fiz uma classificação dessas reações considerando o conteúdo dos argumentos empregados e pude identificar 4 (quatro) tipos de discursos, a saber:

I. *Discurso prático “apolítico”*, que apenas se propõe a descrever as inovações feitas pelo legislador no crime de homicídio, sem tecer opiniões sobre adequação ou conveniência da edição da norma. Aqui se situam as típicas publicações de cunho prático, voltadas, muitas vezes, só a informar ao leitor sobre alterações legais.

II. *Discurso supostamente político-garantista e patriarcalista*, que critica a criminalização empregando argumentos oriundos da teoria garantista do Direito Penal, inclusive aludindo ao Direito Penal mínimo¹⁸.

III. *Discurso político-feminista*, que se posiciona favoravelmente à criminalização e que endossa os argumentos expostos pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito¹⁹.

IV. *Discurso político-patriarcalista*, que critica a criminalização com emprego de argumentos puramente sexistas.

Neste estudo me dediquei a destacar o segundo e o quarto tipo de discurso, ou seja, os discursos políticos que retratam uma concepção patriarcalista. Mesmo quando se autoidentificam como “garantistas”, estes discursos se manifestaram contrários à criminalização e, em alguns casos, empregam argumentos sexistas. Os autores mencionados (aqui situo cinco) são: Vinicius Rodrigues Arouck; Euro Bento Maciel Filho; Eduardo Luiz Santos Cabette, Luís Francisco Carvalho Filho e Leonardo Isaac Yarochewsky²⁰. A maioria leciona em cursos jurídicos. Isso significa que “educam” estudantes e muito provavelmente “difundem” suas ideias sexistas em sala de aula.

3.1.1. Crítica à suposta violação do princípio da igualdade

Autores sustentam, com argumentos diversos, que a lei viola o princípio da igualdade. Os menos “exaltados” fundamentam seus argumentos em uma superficial análise do princípio da igualdade. Os sexistas utilizam

18 Como veremos, aqui se classifica o texto de Eduardo Luiz Cabette, ainda que este também empregue argumentos sexistas, seu discurso se “disfraça” de suposto garantista.

19 CAMPOS, Carmem Hein de. “Feminicídio no Brasil: Uma análise crítico-feminista”, em: **Revista Sistema Penal e Violência**, v. 7, núm. 1 (2015), acessível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/20275>.

20 Saliendo que a referida lei também recebeu duras críticas de mulheres vinculadas aos meios de comunicação, mas a seleção dos referidos autores se deve ao fato de apresentarem argumentos supostamente jurídicos em suas críticas.

uma linguagem mais agressiva e tentam inverter o argumento da discriminação da mulher em favor de uma suposta discriminação masculina. Destaco algumas falas e, a seguir, apresento minha análise.

a) Argumento de Arouck: *“Ora, acredita-se que tal alteração trará uma desnecessária diferenciação de gênero, capaz de prejudicar, principalmente, a ampla defesa dos acusados (...).”*

b) Argumento de Yarochevsky: *“Ao tratar o homicídio perpetrado contra mulher (feminicídio) mais severamente do que o cometido contra o homem, o projeto está dizendo que a vida da mulher vale mais que a do homem. Está tratando bens jurídicos idênticos (vida humana) de maneira desigual. Isto, além de violar a Constituição, pode se transformar em perigosa e odiosa forma de discriminação. No futuro próximo, por razões diferentes, mas semelhantes, os negros, apenas para citar uma hipótese, podem lutar a fim de que os homicídios cometidos contra eles passem a ter, também, uma punição mais rigorosa, afinal os negros estão entre as principais vítimas de homicídio, inclusive praticados por policiais.”*

c) Argumento de Filho: *“Mas é um desastre técnico. Conspira contra o equilíbrio, a equidade e a lógica do Código Penal. Conservadores ou liberais, códigos deveriam ser estrategicamente reformados, não mutilados por alterações irracionais, desconexas. A ineficácia foi percebida pelo editorial exato da Folha.(...)Assim, sendo certo que o princípio da isonomia visa evitar que o legislador, ao elaborar as leis, nela inclua “fatores de discriminação”, como, então, justificar a previsão legal do “feminicídio”?Para que fique bem claro, não se está aqui afirmando que a inclusão do “feminicídio” no Código Penal seria um exagero, porém, em termos bem objetivos, é evidente que o novo tipo penal é, sem dúvida, “discriminatório”. (...) Em termos mais claros, nota-se que o legislador criou um discrimen entre homens e mulheres. De fato, o homem, ainda que venha a ser vítima de “violência doméstica”, não terá a mesma proteção legal que ora se pretende ver conferida à mulher. (...)Com efeito, justamente por ser uma lei elaborada para beneficiar e proteger apenas a mulher, muitos a criticam por considerá-la inconstitucional. (...). Excluir o homem desse cenário é, sem dúvida, um fator de discriminação, que desafia a igualdade pregada pela Constituição Federal(...). Por tudo, razão assiste a Maria Lúcia Karam*

quando salienta que “a criação de novos tipos penais ou a maior severidade da repressão penal em relação a violências praticadas contra a mulher em nada podem contribuir para o reconhecimento e garantia de seus direitos, tampouco trazendo qualquer contribuição para que se avance na concretização da igualdade entre homens e mulheres e na construção de uma nova forma de convivência entre os sexos”.

3.1.2. Análise dos argumentos relativos à violação do princípio da igualdade

Uma característica que apresentam os argumentos citados é afirmar que houve violação do princípio da igualdade, já que não se concede o mesmo tratamento jurídico em caso de assassinato de homens. Voltaremos a analisar esse argumento mais adiante. Início a análise desse apartado especificando alguns dados importantes sobre o princípio da igualdade, pois considero que os argumentos expostos, além de serem machistas, indicam um profundo desconhecimento acerca desse princípio.

Na filosofia e na teoria do direito, alguns especialistas se debruçaram sobre os modelos jurídicos de tratamento da diferença que repercutem na configuração da igualdade e da desigualdade. Destacaremos aqui uma análise de Ferrajoli, de final dos anos de 1980, que permite responder com precisão aos argumentos aludidos. Porém, antes é necessário fazer uma observação de cunho histórico, que nos permite identificar os problemas com o desenvolvimento do princípio da igualdade e que pode nos indicar por que os autores anteriormente citados fazem uma análise que considero equivocada do princípio da igualdade ²¹.

As constituições que surgem no final do século XVIII e durante o século XIX rompem com o modelo de organização estamental da sociedade. Elas introduzem (e ao mesmo tempo se fundamentam), a tutela da igualdade e da liberdade. Como sabemos, a sociedade estamental excluía a mobilidade social e restringia o acesso ao direito de propriedade. O direito casuístico, obviamente, tutelava esses valores.

21 Sobre os modelos de tratamento do princípio da igualdade, se deve consultar inicialmente: FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale**. Laterza, Roma-Bari, 1989; e sua posterior obra **Principia iuris. Teoria del diritto e dela democrazia**, Laterza, Roma-Bari, 2007, 3 volumes. Um trabalho publicado entre estas duas obras onde o autor retoma a reflexão sobre a questão da igualdade em face das diferenças entre os gêneros é o artigo denominado “La differenza sessuale e le garanzie dell’uguaglianza”, publicado na revista italiana **Democrazia e Diritto**, v. 2, 1993, p. 64 e ss. Aqui ele reconhece a existência de um direito próprio da mulher, aludindo ao feminismo da diferença sexual. Os argumentos que a seguir exponho se fundamentam nestes três textos.

Com o advento do movimento filosófico e político do Iluminismo, há uma ruptura com esse modelo de organização social. Porém, como mencionei em outros artigos de História do Direito²², se trava uma batalha, pouco conhecida, entre mulheres e homens envolvidos com o movimento iluminista. Apenas situo o exemplo de Olympe de Gouges, que chegou a elaborar uma “Declaração dos direitos da Mulher e da Cidadã”²³ e, ao fazer oposição a Robespierre, foi guilhotinada em 1793, considerada um “mau exemplo” de mulher.

E por qual motivo cito isso em uma análise sobre feminicídio? Ocorre que o modelo “vitorioso” de organização social, que prevaleceu como resultado da revolução iluminista, foi essencialmente o masculino. Então, nenhuma declaração de direitos ou texto constitucional empregava expressões que indicassem a inclusão de todas as mulheres. Substantivos, artigos e adjetivos sempre eram empregados no “masculino”. Por isso, a adoção os textos revolucionários, como a declaração francesa de 1789, se intitula “Declaração dos direitos do homem e do cidadão”.

E estabelece-se, logo no primeiro artigo: “*Os homens nascem iguais e são livres e iguais em direitos*”. Essa expressão se perpetua na maioria das Constituições dos estados ocidentais democráticos, mesmo quando em outras passagens se afirma a suposta igualdade entre homens e mulheres. Isso marca profundamente o desenvolvimento do princípio da igualdade nos períodos subsequentes. Abole-se uma sociedade estatal, mas, reinventa-se outra forma de exclusão. A expressão “*Todos somos iguais perante a lei*”, se dirige exclusivamente à figura do homem ocidental, branco e proprietário. Mulheres, negros, crianças e índios são excluídos do exercício de direitos. Em uma perspectiva apenas simbólica, mas que não permite problematizar o exercício do poder público apenas pelo homem, a linguagem jurídica passará a ser empregada de forma supostamente “neutra”. Porém, não há nenhuma neutralidade no emprego de uma linguagem excludente.

E se acaso consideram muito radical meu discurso, pergunto-lhes então por qual motivo as mulheres lutaram durante o século XIX e XX

22 Dentre estes, cf. SABADELL, Ana Lucia. "Iluminismo Jurídico e Liberalismo: O processo de inclusão limitada da mulher e seus reflexos no pensamento de Corrêa Telles e Schopenhauer", in: Jacson Zilio e Fábio Bozza (orgs.) **Estudos críticos sobre o sistema penal**. LedZe, Curitiba. 2012, p. 383 e ss.

23 Para as interessadas e interessados, há uma versão online dessa declaração, ver: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html>.

para obter direito ao voto, para ter acesso a educação? Obviamente, devido ao projeto de criação de um Estado moderno masculino.

Por consequência, a igualdade enquanto princípio jurídico é um princípio excludente e não inclusivo²⁴.

Retomo a Ferrajoli. Quero aqui destacar os comentários que este tece sobre dois modelos de tratamento do princípio da igualdade na atualidade²⁵, posto que ocorreu mudanças no emprego e na teorização desse princípio desde a Revolução Francesa. Usa o autor a expressão *homologação jurídica da diferença* para indicar um modelo de política constitucional em que as diferenças são desvalorizadas e negadas, não porque algumas são concebidas como superiores, mas simplesmente porque as diferenças são negadas em nome de uma abstrata afirmação de igualdade.

Eu diria que isso é o que nos propõe os juristas citados, quando alegam que o tratamento legal dado ao feminicídio pelo legislador fere o princípio da igualdade. Eles simplesmente optam por “suprimir” a diferença de gênero, por anulá-la e (re) situá-la no âmbito da “invisibilidade” social. As mulheres possuem os mesmos direitos que os homens enquanto *finjem* que são consideradas pela lei e pelas instituições jurídicas da mesma forma que os homens. Este tipo de discurso serve para tutelar a cultura patriarcal, porque parte do princípio que não existem diferenças.

Porém, existe um ulterior modelo que é de muito interesse nessa análise. Trata-se do que ele denomina de *Igual valorização jurídica da diferença*. Este se fundamenta no princípio normativo da igualdade em todos os direitos fundamentais (políticos, civis e sociais) e, ao mesmo tempo, está fundamentado sobre um sistema de garantias capazes de assegurar-lhe efetividade. Neste caso, a consideração da diferença é fundamental para assegurar a igualdade.

Trata-se de um modelo muito interessante, porque não é indiferente verso a diferença, não abandona o indivíduo ao livre jogo da lei do mais forte. Ao contrário, faz valer *a lei dos mais fracos* que são os direitos fundamentais, conforme expressa Ferrajoli nos já mencionados textos²⁶.

24 Apenas me permito citar mais um trecho do autor FILHO, já anteriormente citado, para demonstrar o que aqui afirmo: “(...) Como se pode perceber, sob a ótica da nossa *Carta Magna*, o princípio da igualdade vale para todos, ou seja, não se é permitido fazer distinções em razão de sexo, raça, cor, profissão etc. O princípio constitucional da igualdade (ou isonomia) deve ser entendido sob dois aspectos, quais sejam: igualdade no processo de criação de uma lei, de forma a evitar que se criem privilégios a um determinado grupo ou classe de pessoas, e, ainda, tratamento isonômico perante a lei, ou seja, a lei deve ser aplicada, igualmente, a todos(...)”

25 FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione*, op. cit. p. 947 e ss.

26 Cf. nota 16. E *Diritto e Ragione*, op. cit. p. 947 e ss.

Aqui não há privilégio nem discriminação de nenhuma diferença. As diferenças são assumidas considerando-as como dotadas de diversos valores e, por consequência, prescrevendo tratamento e respeito iguais.

Trata-se de um modelo que não ignora as diferenças, mas as reconhece e as valoriza como sinal da identidade das pessoas, sobre a qual se concretiza o senso autônomo de si mesmo nas relações com os outros. O objetivo é a afirmação e a tutela da própria identidade, por força do mesmo valor associado a todas as diferenças que fazem de cada ser humano um indivíduo diverso de todos os outros e de cada indivíduo uma pessoa como todas as outras.

Porém, como recorda o autor, este igual direito é naturalmente uma norma sujeita a violação. O que se destaca desse modelo é a sua capacidade de valorizar as diferenças de identidade, enquanto parte não da proclamação abstrata de igualdade, mas sim do fato que essas diferenças *pesam nas relações sociais como fatores de desigualdade* e que devem ser pensadas e elaboradas não só na formulação dos direitos, mas também nas suas *garantias de efetividade*.

Por tal motivo, não existe contradição entre diferença e igualdade. Como afirma o autor, igualdade é um termo normativo que quer dizer que os diferentes devem ser respeitados e tratados como iguais. Diferença, por sua vez, é um termo descritivo, que indica que existem efetivamente diferenças entre as pessoas, e que essas diferenças devem ser tuteladas e respeitadas justamente para se cumprir o princípio da igualdade.

Por isso, posso concluir que não há sentido em contrapor a “igualdade” à “diferença” no caso do tratamento penal concedido ao feminicídio ou à violência doméstica. Ao afirmarem os autores que os homens estão sendo tratados de forma diferente das mulheres e que, portanto, são “vítimas” de discriminação, estão justamente contrapondo a igualdade à diferença e produzindo discriminação de gênero.

Além disso, reitero argumentos que já empreguei desde 2006, quando vários autores alegaram a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, por violação do princípio da igualdade. Os dados estatísticos nacionais e de órgãos internacionais e regionais, indicam que as mulheres são assassinadas no Brasil de forma sistemática, no âmbito das relações privadas, em geral em seus lares e por companheiros ou ex-companheiros. A constatação desse dado sociológico foi o fundamento empregado pelo legislador quando optou por dar um tratamento jurídico específico para essa situação.

No caso concreto, legislou-se sobre o que se denomina o "núcleo duro" do Direito Penal, legislou-se sobre crimes contra a vida. Como alegar que o legislador não tinha fundamento ou que optou pelo emprego de um Direito Penal simbólico em face de um dado tão contundente: a cada uma hora e trinta minutos uma mulher é assassinada no Brasil, perfazendo um total de 15 ao dia.

3.1.3. Crítica à qualificadora:

Afirma Arouck: (...) A primeira questão que vem à tona diz respeito à motivação do homicídio nesse caso – matar mulher por razão de gênero quando envolve menosprezo e discriminação contra mulher – Ora, parece-me latente a possibilidade de enquadrar tais motivações como sendo torpes ou fúteis, motivações estas que já qualificam o homicídio tornando-o hediondo, conforme dispõe o artigo 121, § 2º, I e II do Código Penal. Afinal, há algo mais torpe (repugnante, vil) do que matar mulher por menosprezo a sua condição de mulher? Há algo mais fútil (desproporcional) do que matar mulher pelo simples fato de ela ser mulher? Assim sendo, por que incluir um novo artigo que prevê o apenamento da mesma conduta, porém utilizando-se de termos distintos?(...)

Afirma Cabette: (...) Quem pensa que um nome ou mesmo uma alteração legal pode alterar todo um contexto da realidade do mundo da vida ou é por demais limitado sob o ponto de vista jurídico, social e filosófico ou é mesmo mal intencionado e demagogo. A única dúvida que resta é qual é a pior hipótese: a incapacidade ou a má-fé? Afinal que empecilho havia, que mal havia no “nomen juris” homicídio, sem a distinção do “Feminicídio” e com a qualificadora e mesma reação penal proporcionada pelo “motivo torpe”? “Homicídio” etimologicamente advém do latim tardio “hominis excidium” que tem o significado de “destruição do homem por outro homem”. [17] É mais que sabido que neste contexto a palavra “homem” é usada em sentido abrangente como sinônimo de “ser humano” (homem ou mulher). Entretanto, o Politicamente Correto, com sua mania de atomizações e separações, vem emporcalhar algo adiafórico e que, por outro lado, ensejava uma visão do ser humano unificado, sem distinções, para criar uma divisão, uma atomização e um conflito artificial. Por isso, faz parecer que é premente a criação de um “nomen juris’ especial para

o assassinato de mulheres, devendo surgir o “Feminicídio”. Agora já não lidamos com o ser humano que é humano e faz jus a esta consideração, a esta dignidade que lhe é inerente pelo simples fato de sua condição humana (masculina ou feminina). Não, agora há uma polarização entre homens e mulheres, vem a ideologia de gênero para dividir, para criar embate. E isso é uma verdadeira praga que tende a se alastrar com a criação aleatória de grupos conflitivos onde nada disso havia ou, se havia, dever-se-ia pugnar pela eliminação do conflito e da polarização que somente geram violência e falta de solidariedade e não por seu reforço(...).

Afirma Yarochevsky: (...) Assim, caso um homem mate uma mulher por motivo fútil ou torpe, por exemplo, estará sujeito a pena mais severa se assim for reconhecida a qualificadora. O que não pode e não deve ser feito é qualificar o crime por razões de gênero, sexo, cor, religião, etc. Prevê, ainda, o Código Penal a agravante da pena quando o crime é perpetrado contra cônjuge.(...).²⁷

Interessa destacar que os textos já não negam que a mulher seja vítima de uma violência e que essa violência é grave. Isso é um avanço em face dos textos que analisei quando estudei as reações dos juristas em face da criação da Lei Maria da Penha em 2006. Naquela época, poucos faziam referência aos dados indicativos da violência. E a reação foi muito grave, recordem que o STF teve que decidir acerca da constitucionalidade da matéria, que representações de magistrados se manifestaram contrárias ao texto legal²⁸.

Porém, aqui se evidencia o emprego do mecanismo da “invisibilidade social da problemática de gênero”. O objetivo é (re)situar a violência contra a mulher no anonimato, evitar sua publicização, e, portanto, sua politização.

Por isso, afirma Arouck: *A inclusão do feminicídio com a redação que lhe foi dada dará início a uma perigosa ferramenta para o Estado - Punidor, principalmente contra os homens que, por algum motivo, matem alguma mulher*²⁹.

27 YAROCHEWSKY, Leonardo. **Feminicídio**, *op. cit.*

28 SABADELL, Ana Lucia. "La violencia domestica nel sistema giuridico brasiliano". In: **Studi sulla questione criminale**. Núm. 2, ano III, 2008, p. 99-126.

29 AROUCK, Vinicius, **Comentário**, *op. cit.*

Atentem para o emprego do adjetivo “perigosa”. Realmente é um perigo para uma sociedade que produz a mulher-melancia, melão, morango; para uma sociedade que estampa nas bancas de jornais e *outdoors* imagens femininas que mais se assemelham, e perdoem-me a comparação, uma propaganda de venda da carne Friboi, que se lhe conceda visibilidade.

Não entendem os autores que a mulher assassinada pelo marido em razão das relações de gênero constituiu uma situação diferente do assassinato pelo não pagamento de uma dívida de 100 reais por compra de droga. No segundo caso, o patriarcado não joga nenhum papel e no primeiro é seu elemento essencial. É o motivo por que se perpetua o crime. E esse motivo deve ter visibilidade.

3.1.4. Violação do princípio da ampla defesa

De forma similar, vários autores sustentam que o princípio da ampla defesa foi violado com a admissão da qualificadora, cito apenas Arouck como exemplo de uma argumentação que se repete entre outros autores. Minha análise se concentra em dois argumentos:

a) Violação do princípio da ampla defesa e inversão do ônus da prova

Afirma Arouck: *“(...)Ora, acredita-se que tal alteração trará uma desnecessária diferenciação de gênero, capaz de prejudicar, principalmente, a ampla defesa dos acusados. (...)Este projeto de lei, eminentemente de caráter simbólico, caso sancionado, não seria mais uma lei que entraria no rol de leis desnecessárias existentes na legislação pátria? A inclusão do feminicídio dará margem a denúncias arbitrárias e prejudicará, e muito, a defesa do eventual acusado. Isso porque a presunção sempre será da existência de feminicídio, o que inverterá, na prática (ainda que a teoria diga outra coisa), o ônus probatório, pois é o homem quem terá que provar a inexistência de tais motivações. E como provar isso? A meu ver, é quase uma prova diabólica, de difícil comprovação de inexistência por parte do acusado. Acredita-se que sob o a falsa impressão de dar maior proteção a*

*mulher, o que se terá, na verdade, é uma considerável desproteção ao homem que ficará a mercê de um tipo penal quase que inafastável quando existir homicídio de homem contra mulher em casos de violência doméstica e familiar ou em caso de “menosprezo e discriminação de gênero”.*³⁰ (grifo nosso)

Afirma-se que qualquer assassinato de mulher poderá ser identificado como feminicídio. Aqui novamente detectamos uma tentativa de “denergrir” o texto da lei. Se há algo que não pode se dizer deste texto normativo é que deixa em aberto situações que se caracterizam como feminicídio. A lei é muito clara ao descrever os casos, especifica-se o que entende por “razões da condição de sexo feminino” nos incisos I e II do § 2A.

b) Problemática da competência do Tribunal do Júri e *in dubio pro societate*

Afirma Arouck: “(...)Outro ponto importante que cabe acrescentar é que o feminicídio entrará no rol de crimes dolosos contra a vida, cuja competência para julgar é do Tribunal do Júri e não se pode deixar de levar em consideração o fato de que na decisão de pronúncia o Juiz Presidente utiliza-se do princípio do “*in dubio pro societate*”, o que tornará ainda mais difícil a comprovação da não existência da motivação discriminatória por parte do acusado nesses casos. Ao fim, ficará à mercê dos sete jurados a existência, ou não, desta qualificadora. Será uma árdua batalha para os defensores de júri como eu(...)”³¹.

A ideia é muito simples. Ao conceder-se tratamento diferenciado às situações que se caracterizam por feminicídio, viola-se o princípio da ampla defesa. Apela-se à ampla defesa com o objetivo de, mais uma vez, indicar que, ademais do direito penal, também o processo penal resta prejudicado pela inclusão da qualificadora. Ou seja, o argumento serve para indicar o “*extremo mal*” que causa tal qualificadora ao direito vigente. Identificamos aqui um argumento sexista, sem nenhum fundamento legal, porque aquele que mata a mulher devido a sua profunda identificação com a cultura patriarcal, será submetido ao devido processo legal, como qualquer outro réu no âmbito das regras do processo penal.

³⁰ AROUCK, Vinicius, *op. cit.*

³¹ *Ibidem.*

CONCLUSÕES

Muitas outras objeções foram feitas ao texto de lei, várias de cunho sexistas, tais como a crítica ao aumento de pena “quando o delito se dá nos três meses posteriores ao parto”. Nesse caso, por exemplo, ignora-se uma diferença crucial entre homens e mulheres que se reflete na aplicação do princípio da igualdade. Dados estatísticos indicam que mulheres são também muito vitimizadas nos meses subsequentes ao parto. E foi isso que o legislador quis considerar. Em todo caso, optamos aqui por explicar as que consideramos mais relevantes.

Via de regra, considero que essas críticas carecem de fundamento. O único argumento plausível seria a crítica abolicionista ao sistema de justiça penal. Se o sistema não cumpre suas expectativas, não recupera, não ressocializa, reproduz violência, cumpre funções meramente simbólicas, então pode ser plausível abolir todo o sistema. Mas nesse caso, todo o sistema e não apenas as normas que tutelam as mulheres em situações de extrema violência. Do contrário, se reafirma a discriminação!

Agora, se adotamos uma teoria minimalista, não é plausível abster-se de tratar do núcleo duro do Direito Penal, especificamente falo aqui da vida humana. E feminicídio designa o ato de matar uma mulher em determinadas circunstâncias. Se estivéssemos a falar da criminalização do assédio sexual, concordaria com a crítica relativa à simbolicidade da lei. Mas não é o caso.

Como já disse em outros estudos, os adeptos de um Direito Penal mínimo tendem a ser contrários a esse tipo de proposta e, em geral, à lógica das recentes reformas. O temor é de que, por um lado, se amplie o campo de ação do Direito Penal e, por outro, não se obtenham resultados positivos com este tipo de ação. Mesmo fora do Brasil diversos autores criticam o tratamento penal das questões vinculadas aos direitos humanos das mulheres, afirmando, em uma análise generalista, que se tratam de reformas legislativas de corte emergencial, em geral caóticas e de “sterile simbolicità”. Uma das características deste tipo de legislação é o rigor repressivo³².

No caso em questão não há maior rigor punitivo. As penas cominadas não sofreram modificações em face da inclusão do feminicídio como qualificadora. Mesmo assim, os minimalistas entendem que a criminalização não significa que, na prática, se obtenha uma proteção efetiva do bem jurídico.

32 MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2a. ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, p. 115 e ss. PITCH, Tammar. *Un diritto per due*. Il Saggiatore, Milano, 1998, p. 163.

O tratamento penal do feminicídio, ao igual que a violência doméstica, seria apenas a expressão da exigência ideológica de “resposta” às pressões da opinião pública. Isto faria parte de uma campanha de “*law and order*”, que produz um Direito Penal simbólico e induz a população a acreditar que a pena privativa de liberdade pode resolver conflitos e problemas de violações de direitos humanos³³. Partindo desta perspectiva, não se deveria alterar as qualificadoras do crime de homicídio, acrescentado o feminicídio, já previsto em situações anteriormente descritas como motivo torpe, por exemplo.

Apesar de ser verdade que por detrás de algumas reformas subsista o interesse em dar respostas às pressões da opinião pública, como foi no caso da criminalização do assédio sexual, isto não inclui o feminicídio. E também não significa que não haja uma necessidade de realizar revisões de algumas leis que se caracterizam por serem sexistas. O importante é que se tome distância de um discurso de “*moral panic*” e, no caso da qualificadora do feminicídio, essa distancia foi efetivamente tomada.

Por último, isso não significa que não existam críticas a serem tecidas ao tratamento oferecido pelo legislador ao tema (como o uso da expressão condição feminina, empregada para excluir membros da comunidade LGBT). Também ressalto que não concordo com a lei de crimes hediondos e, por consequência, como minimalista e garantista que sou, considero sua aplicação inadequada para qualquer crime.

Porém, entendo que o tratamento do feminicídio na legislação penal brasileira indica que se caminha em direção a um melhor aperfeiçoamento das normas que tutelam o núcleo duro das violações de direitos humanos das mulheres. Mas insisto que nenhuma lei terá o poder de eliminar a violência de gênero, para combatê-la teremos que efetivamente concentrar-nos nas políticas educacionais. O nosso foco principal deve ser a cultura patriarcal e os instrumentos que podemos utilizar e desenvolver para combatê-la. ❖

33 MOCCIA, Sergio, *op. cit.* "Sobre o direito penal simbólico em geral", ver: HASSEMER, Winfred. Hassemer, W. 1989. "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 12, p. 553-562. BARATTA, Alessandro. "Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale", in: *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, v. II, Giuffrè, Milano, 1990, p. 19-47.

Feminicídio: O Que Não Tem Nome Nem Identidade Não Existe

Luiz Flávio Gomes

Jurista e presidente do Instituto Avante Brasil.

SUMÁRIO: 1. O estado do problema - 2. Quem mata por ciúme (machista) comete homicídio qualificado? - 3. Femicídios, feminicídios e Lei Maria da Penha. A lei não basta. - 4. O machismo como arma de destruição em massa das mulheres - 5. “O corpo é meu e faço dele o que quero”.

1. O ESTADO DO PROBLEMA

Para se alcançar a média de 4,7 mortes de mulheres para cada 100 mil pessoas (Datusus e Mapa da Violência, 2013), o país precisa ser vergonhosamente desigual (Gini 0,52), bastante ignorante (7,2 anos é nossa média de escolaridade), flagrantemente racista, historicamente patriarcal e incomensuravelmente machista.

Afinal, essa não é uma marca que se alcança da noite para o dia. Assim como não somos preponderantemente subdesenvolvidos por obra do acaso (Darcy Ribeiro), o Brasil não chegou aos seus horripilantes indicadores de violência de um mês para o outro. Já somos o 5º país mais violento nesse item (de um total de 83 países – Mapa Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil).

Os números mostram que os “machos violentos” se converteram numa arma de destruição em massa (das mulheres). Na última década (2004-2013), o crescimento no número de mortes de mulheres (no Brasil) foi de 24,3% no número absoluto: em 2004 constataram-se 3.830 mortes, contra 4.762, em 2013. Portanto, para esta última década, a média

de crescimento anual de homicídios foi de 1,99%. A partir desta média de crescimento anual (1,99%) é possível projetar estatisticamente o número de homicídios que ocorrerão no ano de 2015. Utiliza-se a média da última década (2004 – 2013) para o cálculo, em vez de toda a série histórica (1980 – 2013), por se tratar do período que mais se aproxima da atual realidade socioeconômica. Assim, com a média de crescimento de 1,99% ao ano, foi obtida a seguinte estimativa para o ano de 2015: 4.954 homicídios. Ou seja, a matança de 413 mulheres por mês, 14 mortes por dia e quase uma morte por hora. Boa parcela desses femicídios (morte de mulheres) configura feminicídio (morte em razão da violência de gênero).

O quadro de massacre coletivo não é peculiar à realidade brasileira. Em toda América Latina (continente mais violento do planeta), a violência contra as mulheres chama a atenção.

Mary Stokes, comentando a campanha solidária (lançada em 3/6/15) “Nem uma a menos” (feita pelas mulheres argentinas, chilenas e uruguaias), fez o seguinte balanço da região¹:

(a) depois de 20 anos da declaração da ONU contra a eliminação das mulheres, apesar de 20 países latino-americanos já terem suas leis específicas, a autonomia da mulher ainda é uma ameaça concreta; (b) uma de cada 5 mulheres jamaicanas já sofreram violência de um companheiro; (c) na Guatemala, 2 mulheres são assassinadas a cada dia [no Brasil, como vimos, algo perto de 14]; (d) no Uruguai, em 2015, já foram assassinadas 25 mulheres; (e) o custo da violência íntima (de companheiro) pode chegar até a 3,7% do PIB (latino-americano), que é maior que o gasto com educação em vários países.

A autora citada prossegue: (a) a violência contra as mulheres reduz o poder de decisão delas e promove a desigualdade econômica, social, política e cultural; (b) acredita-se que a vida da mulher vale menos que a do homem; (c) as leis de equilíbrio são necessárias, mas insuficientes (a questão é cultural); (d) para ser considerado “macho” o homem precisa ser dominante, forte e nunca se render; (e) a mulher precisa se preocupar com a aparência, submissão e estar a serviço do “seu homem”; (f) o homem não perde nenhuma oportunidade para mostrar sua “força” contra o “objeto” que lhe pertence; (g) a cultura machista está impreg-

¹ http://internacional.elpais.com/internacional/2015/11/25/america/1448478831_964796.html.

nada nos jovens latino-americanos (e também as jovens são as vítimas preferenciais); (h) claro que o problema não é exclusivo da América Latina, mas é aí que ele se manifesta mais agudamente; (i) uma de cada três mulheres do mundo já experimentaram violência física ou sexual; (j) de todas as mulheres mortas no mundo quase metade o é pelas mãos de seus companheiros.

2. QUEM MATA POR CIÚME (MACHISTA) COMETE HOMICÍDIO QUALIFICADO?

Um dos motivos centrais pelos quais o feminicídio (morte de uma mulher em razão da violência de gênero) se tornou uma qualificadora do crime de homicídio reside na divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza jurídica do ciúme (se é ou não qualificadora do homicídio).

Na jurisprudência se sabe que o ciúme predominantemente não é considerado motivo torpe (assim, Rogério Greco e César Bitencourt). Num julgado de 30/7/15 o TJRS decidiu, no entanto, em sentido contrário (é motivo torpe).

No STF (HC 107.090) o ciúme foi tido como motivo fútil (decisão de 18/6/13). Nesse mesmo sentido: TJSP, decisão de 29/7/15 (caso de homicídio em virtude do fim de um relacionamento amoroso). Confira ainda: TJRS decisões de 18/6/15, 19/8/15 e 30/7/15.

O ciúme implica o sentimento de posse, submissão e opressão. Logo, é motivo torpe: TJSP, decisão de 19/4/15. Nesse mesmo sentido: TJRS, decisão de 29/4/15. O que acaba de ser retratado constitui violência de gênero, porém, isso não é reconhecido nem nas sentenças nem nos acórdãos dos tribunais. O que não tem nome fica invisível e não existe.

Para se ter uma ideia da flexibilidade jurisprudencial, o STJ, em 21/5/14, decidiu o seguinte: o ciúme pode ser torpe ou fútil, tudo depende de cada caso concreto. O ciúme pode ser motivo fútil ou torpe e o juiz não pode excluir essa possibilidade na pronúncia (STJ 2/6/15 e 21/5/13). No mesmo STJ já se tinha decidido, no entanto, que o ciúme não constitui nem motivo torpe nem motivo fútil: STJ, 28/8/10.

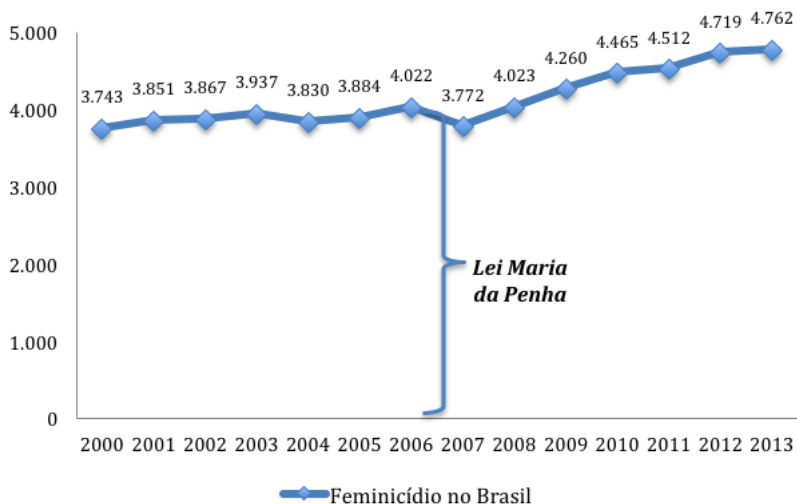
Muitos ainda não descobriram que é a Terra que gira em torno do Sol (não o contrário). Galileu Galilei, mirando seus telescópios, afirmou isso em 1610 (e quase morreu por causa dessa sua “ciência”). Vamos ao óbvio: (a) o direito é instrumento de poder, é instrumento de dominação (Foucault); (b) também é instrumento da construção de direitos e garantias assim como tentativa de limitação dos poderes (jurídicos e fáticos). O feminicídio é expressão disso (dessa luta por contenção do abuso, da arbitrariedade).

3. FEMICÍDIOS, FEMINICÍDIOS E LEI MARIA DA PENHA. A LEI NÃO BASTA

Até 2006, quando foi implantada no Brasil a Lei Maria da Penha, o número de mortes violentas contra as mulheres, apesar de apresentar taxas aparentemente estáveis, vinha crescendo. Entre 2000 e 2006, ano em que a Lei entrou em vigor, houve um crescimento de 7,4%. No ano seguinte à lei, a taxa caiu 6%. Contudo, já no ano subsequente, o número de mortes violentas voltou a apresentar crescimento, sendo que, no ano de 2008, o número de óbitos foi ainda maior que em 2006. De 2007 a 2011, essa taxa de crescimento chegou a 19,6%. Entre 2011 e 2012 o aumento no número de mortes violentas de mulheres foi de 4,6% (nessas mortes estão feminicídios – morte de mulheres – como feminicídios – morte de mulheres em razão da violência de gênero, da discriminação).

Em 2013, de acordo com o Datasus, 4.762 mulheres perderam a vida por lesões fatais intencionais no Brasil, 4,8 mortes para cada 100 mil mulheres, de acordo com os dados populacionais do IBGE. Consoante uma projeção feita pelo Instituto Avante Brasil, em 2015, cerca de 4.954 mulheres poderão perder a vida violentamente. Nessa projeção, serão 413 mortes por mês, 14 por dia e mais de uma morte a cada duas horas.

Homídidos de Mulheres X Lei Maria da Penha



Entre 1980 e 2013, cerca de 105 mil mulheres perderam suas vidas por meios violentos, segundo dados do Datasus. No período, o crime contra as mulheres teve um crescimento de 4,1% ao ano em média e uma evolução de 340% a mais no número de mortes no mesmo período.

Em março de 2015, o Código Penal foi alterado para incluir mais uma modalidade de homicídio qualificado, o feminicídio, ou seja, quando crime for praticado contra a mulher por razões “da condição de sexo feminino” (leia-se: violência de gênero), tornando-o assim um crime hediondo.

Como costuma acontecer, a lei pode até produzir algum efeito preventivo logo após a sua edição, precisamente o período em que a máquina de propaganda do Estado policlesco e autoritário aproveita para incutir na mente da população a falácia de que a lei penal funciona no Brasil. Comemora-se o “efeito dissuasório da lei” e, a partir daí, a criminalidade volta com toda intensidade. Isso já se havia constatado com os homicídios em geral e, agora, se repete com os homicídios contra as mulheres (feminicídio e feminicídio). A lei, por si só, é insuficiente para mudar a realidade.

4. O MACHISMO COMO ARMA DE DESTRUIÇÃO EM MASSA DAS MULHERES

Em 2013, 12 mulheres foram assassinadas diariamente no Brasil (Datusus). Calcula-se que em 2015 esse número possa chegar a 14 ou 15. Quase metade desses óbitos decorre de violência de gênero (o macho se sente proprietário da mulher – do seu corpo -, podendo fazer com ele o que bem entender). Diante de um problema tão grave, é um absurdo eliminar a discussão de gênero dos planos nacional, estaduais e municipais de educação. Isso é fruto de ignorância crassa (não podemos esquecer que nossa média de escolaridade é de apenas 7,2 anos, igual à de Zimbábue, que é uma nação muito mais pobre e menos estruturada).

As tradições religiosas bem como a história do pensamento (laico) nos legaram uma confusão tremenda entre constituição biológica do humano, gênero, identidade sexual, identidade de gênero e orientação sexual.

Biologicamente (salvo desvios excepcionais da natureza) nascemos homem (com órgãos reprodutores masculinos, cromossomos e certos níveis hormonais) ou mulher (órgãos reprodutores femininos e demais características orgânicas correspondentes).

Mas uma coisa é a biologia (a natureza) e outra distinta é o gênero (ambiente social em que vivemos), que diz respeito à atribuição e à relevância dos papéis e das tarefas que são (ou que devem ser) cumpridos pelos homens e pelas mulheres.

Quais tarefas ficam com quem? Cuidar da casa, por exemplo, de quem é essa tarefa? Cuidar do filho, fazer compras, trabalhar fora de casa etc. Outro dado importante: quais tarefas são mais relevantes (as desempenhadas pelos homens ou as desenvolvidas pelas mulheres)?

Alice Bianchini, *expert* no tema, menciona alguns dados para se ter uma ideia do problema: “as mulheres brasileiras recebem salário cerca de 30% menor do que o dos homens, muitas vezes nos mesmos cargos (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) 2012), enquanto, a OIT afirma que no Brasil as mulheres deveriam receber 11% a mais que os homens”; enquanto os homens gastam 9 horas com tarefas domésticas por semana, o tempo da mulher nos mesmos afazeres é de 26 horas, o que prejudica o desempenho na escola, no trabalho e, inclusive, acarreta diminuição de tempo para o lazer. Dados da OIT dão conta de que teremos

igualdade salarial, porém, somente em 2086. Quanto tempo será necessário para conquistar a equidade de gênero? A ONU estima 81 anos (ou seja, em 2096).²

A identidade sexual diz respeito à identificação de cada um com uma determinada categoria sexual. O senso comum imagina apenas uma dualidade de sexos (masculino e feminino). Há, no entanto, uma imensidão de categorias sexuais (não é à toa que o facebook menciona dezessete).

Identidade de gênero: é o gênero (papéis e tarefas) com o qual cada pessoa se identifica. Orientação sexual é a escolha e o relacionamento afetivossexual com outra pessoa (do mesmo sexo ou de sexo diferente ou de ambos os sexos; daí as relações homossexuais, heterossexuais, bissexuais, trissexuais etc.).

Em 11/8/15, o **Data Senado** divulgou a seguinte pesquisa (feita entre 24/6 e 7/7/15, com 1.102 mulheres) sobre violência doméstica e familiar contra a mulher³:

(a) "as brasileiras (100%) sabem da Lei Maria da Penha, mas a violência doméstica e familiar contra elas persiste"; (b) "uma em cada cinco já sofreu algum tipo de violência; dessas mulheres, 26% ainda convivem com o agressor"; (c) "os agressores mais frequentes ainda são os que têm ou já tiveram relações afetivas com a vítima: praticamente metade dessas mulheres (49%) teve como agressor o próprio marido ou companheiro, e 21% afirmaram terem sido agredidas pelo ex-marido, ex-companheiro ou ex-namorado".

Mais ainda: (d) "Nem todas as agredidas denunciam ou procuram ajuda, mas 97% das entrevistadas defendem que os agressores devem ser processados ou punidos, ainda que sem a concordância da vítima"; (e) "43% das pesquisadas não se consideram respeitadas, contra 35% em 2013. Apenas 5% sentem-se respeitadas, em 2013, eram 10%"; (f) "para 63% das respondentes a violência doméstica e familiar cresceu; 23% afirmaram que continuou igual e para 13% a violência contra a mulher diminuiu"; (g) "as agressões físicas ainda são majoritárias entre os tipos de violências praticadas contra as mulheres, uma vez que 66% das vítimas disseram ter sofrido esse tipo de agressão. A violência psicológica regis-

2 Cf. <http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/218956880/genero-e-uma-coisa-orientacao-sexual-e-outra-coisa>, 13 ago. 2015. Acesso em: 13 ago. 2015.

3 http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/release_pesquisa.asp?p=67, 11 ago. 2015. Acesso em: 11 ago. 2015.

trou crescimento de 10 pontos percentuais – 48%, agora, contra 38%, em 2013. Em contrapartida, houve redução da violência moral – de 39%, em 2013, para 31%, agora”; (h) “O ciúme e o consumo de bebidas alcoólicas são os principais desencadeadores das agressões – 21% e 19%, respectivamente”; (i) “Apesar de ainda existir quem, por motivos pessoais, opte por não fazer nada, a maior parte das pesquisadas procurou alguma forma de auxílio: 20% buscaram apoio da família, 17% formalizaram denúncia em delegacia comum e 11% denunciaram em delegacia da mulher”.

Outros dados relevantes: (j) “As mais agredidas são as que têm menor nível de instrução – 27% entre as que cursaram até o ensino fundamental; 18% até o ensino médio e 12% com curso superior”; (k) “No universo das que sofreram violência, 26% continuam convivendo com o agressor; 23% sofrem hostilidades semanais e 67% são vítimas de violências raramente”.

O balanço semestral (1º semestre de 2015) da Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, por seu turno, revelou o seguinte: “de todos os relatos (mais de 2 milhões), 8,84% foram de violência contra a mulher. Do total de 32.248 relatos de violência contra a mulher, 16.499 foram de violência física (51,16%); 9.971 de violência psicológica (30,92%); 2.300 de violência moral (7,13%); 629 de violência patrimonial (1,95%); 1.308 de violência sexual (4,06%); 1.365 de cárcere privado (4,23%); e 176 de tráfico de pessoas (0,55%). Houve aumento de 145% nos registros de cárcere privado, com a média de oito registros/dia; de 65,39% nos casos de estupro, com média de cinco relatos/dia; e de 69,23% nos de tráfico de pessoas, com média de 1 registro/dia”.

5. “O CORPO É MEU E FAÇO DELE O QUE QUERO”

O massacre machista contra as mulheres (com números estarrecedores no Brasil, desde logo: de 13 a 15 mulheres são assassinadas diariamente) decorre de muitos fatores (culturais, políticos, sociais etc.). Um deles, por incrível que pareça, diz respeito ao uso indevido de uma tese libertária feminista (igualitarista), que diz: “O corpo é meu e dele faço o que eu quero”.

Isso é afirmado pelas lutadoras mulheres (e homens) igualitaristas, sobretudo, quando em pauta está o polêmico direito ao aborto. No en-

tanto, a mesma tese é usada pelos “machistas” para justificar o massacre contra as mulheres quando elas, por exemplo, não querem o prosseguimento de uma ação penal.

O que se diz na prática? “O corpo é dela e ela faz o que quer com ele”. Como se vê, a tese libertária deve ser encarada com cuidado, porque vem dando margem a muitos mal-entendidos. O tópico (o sentido comum: “o corpo é meu e faço dele o que quero”) é bem-intencionado. Na prática, no entanto, ele é usado de forma nefasta.

Desde logo, o nosso corpo é realmente nosso? Do ponto de vista das nossas escolhas, poderíamos dizer que sim (“bebo porque quero, fumo porque me apetece, me drogo porque desejo isso” etc.). Mas do ponto de vista social há muita gente e muitas entidades que querem se apropriar (e se apropriam) dos nossos corpos.

Quando certas ideologias pretendem se apoderar das nossas mentes (a ideologia comunista da antiga União Soviética, por exemplo), nós prontamente reagimos. Mas o tempo todo muitos querem se apropriar (e frequentemente se apropriam) das outras partes do nosso corpo (sem que haja reação). Já prestou atenção nisso?

Ao longo da História (e das ideologias) muita gente disse o que nossos olhos devem ver (não veja isso, não veja aquilo), o que os nossos ouvidos devem ouvir (não ouça isso, não ouça aquilo), o que nossa língua pode falar (não fale isso, não fale aquilo), o que nossas mãos podem fazer (não faça isso, não faça aquilo, não toque nisso, não toque naquilo), onde nossos pés podem pisar, o que devemos pensar etc.⁴

Entre o eu e o corpo interferem religião, educação, medicina, dietética, ginástica, higiene, cosmética etc. Os poderes econômicos extrativistas usam os corpos daqueles que são obrigados ao trabalho escravo, ao tráfico de mulheres ou de crianças. Os chefes do tráfico usam os corpos de crianças para promoverem o tráfico. O poder político, pela biopolítica (Foucault), interfere todos os dias nos nossos corpos (vacinação, uso de cinto de segurança, controle de doenças, restrição de alimentação, participação em guerra, humano-bomba etc.).

Nosso corpo não passa de um instrumento nas mãos dos exploradores ou da biopolítica do Estado. Estado, fábrica, escolas, quartéis, cidades... todos querem disciplinar nossos corpos (úteis e dóceis – diria Foucault).

4 Cf. ARTETA, Aurelio. **Tantos tontos tópicos**. 4ª edição. Barcelona: Ariel, 2012, p. 41.

Desde a construção do Estado moderno, em todas as épocas e em todos os regimes, fica sempre a pergunta sobre qual corpo que a sociedade (de cada momento) necessita⁵.

Diante de tanta interferência no nosso corpo, a tarefa mais urgente consiste em nós nos apropriarmos dele. Sejam todos nós os que mandam (ou mandamos) nos nossos corpos. Temos que nos emancipar de todos aqueles que querem conduzir o nosso destino ou o destino do nosso corpo. Isso significa liberdade. Liberdade frente a todas as ideologias de submissão. Qual o problema? No afã de nos libertar, podemos estar nos submetendo a um grande risco, qual seja, o de objetivar o corpo, o de coisificar o corpo.

Muitos de nós achamos que o corpo é uma *propriedade privada*. Aqui temos que ter muito cuidado. Pode haver fraude na divisão entre o corpo e a alma (o corpo é objeto, enquanto a alma é espírito). Os conquistadores da América (extrativistas) para cá vieram para cuidar da alma dos nativos e, ao mesmo tempo, massacravam seus corpos. Enfocavam os corpos como algo externo à alma. A alma é para ser catequizada, enquanto o corpo é para ser escravizado.

Um estupro não consiste apenas numa ofensa a um corpo (a uma propriedade privada). Se o corpo fosse somente isso, a violação sexual configuraria apenas o crime de danos (não o crime de estupro).

Por que as leis consideram o estupro um crime muito mais grave que o crime de danos patrimoniais? Porque no estupro não se levam em conta apenas os danos físicos, senão a pessoa inteira⁶, sua dignidade, sua liberdade, sua autonomia de escolher quando e com quem praticar atos sexuais.

Por que a exploração sexual, a tortura, o trabalho escravo, a pedofilia etc. são crimes muito mais graves que o de danos? Porque está em jogo uma pessoa humana, uma dignidade humana, uma liberdade humana.

Na polêmica sobre se a ação penal no crime de lesão corporal leve (no contexto da violência de gênero) é pública ou privada, todos sabemos que o STF optou pela sua natureza pública (ADC 19 e ADI 4.424). Isso significa que o corpo da mulher não é (apenas) uma propriedade privada. Essa ofensa envolve a dignidade da mulher assim como a pretensão de mudar uma cultura enraizada no patriarcalismo.

5 Cf. ARTETA, Aurelio. **Tantos tontos tópicos**. 4ª edição. Barcelona: Ariel, 2012, p. 42.

6 Cf. ARTETA, Aurelio. **Tantos tontos tópicos**. 4ª edição. Barcelona: Ariel, 2012, p. 43.

A mulher não tem, portanto, disponibilidade sobre a ação. Por quê? Porque na violência de gênero não existe apenas danos físicos e materiais (corporais) em jogo. Por detrás dela reside uma cultura nefasta (que está conduzindo ao extermínio de milhares de mulheres). A mulher, nesse caso específico, não pode dizer “o corpo é meu e faço dele o que quero”.

Mesmo havendo “reconciliação” do casal, quer o STF que a ação penal prossiga. Na prática, no entanto, muitos juízes colocam fim no processo penal quando a mulher “desiste” da acusação. Qual o argumento? “O corpo é dela e ela faz o que quer”.

O erro dessa construção é que ela coisifica o corpo humano, ou seja, o toma como mera propriedade privada (ignorando a dignidade). A origem dessa crença dualista (corpo é corpo, alma é alma) é tanto religiosa como laica (faz parte de alguns segmentos laicos). O seu risco consiste na instrumentalização do corpo humano, na sua objetivização.

Eu, particularmente, entendo que a solução para o problema da violência de gênero que não resulta em assassinato (homicídio) consumado ou tentado seja a suspensão condicional do processo penal para a entrada em campo de toda uma equipe multidisciplinar (prevista na Lei Maria da Penha).

Mas as políticas públicas brasileiras (quase sempre atrasadas e vingativas) preferem a cadeia a essa solução. O encarceramento (que não resolve nenhum problema humano) é o substitutivo da perspectiva de solução do conflito (tal como se passa no Canadá, por exemplo). Mas os governos não fazem isso sem o apoio majoritário da população (que, subjugada ao pensamento sacrificial, não pensa na solução do problema, sim, no encarceramento exemplar tendencialmente sanguinário). E por aí se adia a solução da questão (se é que a questão da violência tenha solução).

Em síntese, o corpo humano (por tudo quanto foi dito) não é considerado pelo direito vigente como uma propriedade privada. Ninguém pode tê-lo como propriedade particular, como se fosse mais um objeto do mundo terráqueo.

Não se trata de um mero instrumento (sobretudo dos poderes econômicos e políticos). O corpo humano não é uma exterioridade autônoma e independente da pessoa humana digna. A relação entre o “eu” (dotado de dignidade humana) e o corpo é de identidade absoluta. Não é possível desgrudar um do outro.

Se o corpo sofre, se o corpo é sacrificado, é o humano que é sacrificado. Se o corpo desfruta e goza, é o humano que desfruta e se deleita. Quando o corpo morre, é o humano que morre.⁷

Não é possível (juridicamente falando) separar o corpo humano da dignidade humana. Os ataques que se praticam contra o corpo humano são ofensas contra a dignidade humana, contra a liberdade, contra a autonomia humana. Ninguém pode dizer: sou dono do meu corpo e então posso me submeter ao trabalho escravo. Não pode. O valor da dignidade humana não permite isso. Temos que prestar muita atenção nessa relação que existe entre o “eu” e o “corpo”. São siameses. Há identidade total entre eles. E o que os une é a dignidade humana. ❖

7 Cf. ARTETA, Aurelio. **Tantos tontos tópicos**. 4ª edição. Barcelona: Ariel, 2012, p. 44.

A Qualificadora do Femicídio é de Natureza Objetiva ou Subjetiva?

Alice Bianchini

Professora Doutora em Direito Penal pela PUC/SP.

"O primeiro passo para enfrentar o feminicídio é falar sobre ele."
Nadine Gasman, representante da **ONU Mulheres no Brasil**.

COLOCAÇÃO DO TEMA

A Lei 13.104/2015, dentre outras modificações que promoveu no Código Penal, alterou o seu art. 121, para incluir o feminicídio como circunstância qualificadora do homicídio, nos seguintes termos:

"Homicídio qualificado

Art. 121. [...]

§ 2º Se o homicídio é cometido:

[...]

Femicídio

VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.

§ 2º-A. Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I – violência doméstica e familiar;

II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher."

Desde que a Lei entrou em vigor, surgiu a seguinte questão controvertida: a qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva?

A discussão tem importância prática, pois a opção pela natureza subjetiva leva pelo menos a três importantes questões:

1	A motivação do crime deve ser trazida no decorrer do processo e abordada fortemente quando do plenário.
2	Se for levantada a tese do homicídio privilegiado e, tendo sido ela acatada, restará prejudicado o quesito referente ao feminicídio.
3	Em caso de concurso de agentes, as qualificadoras subjetivas não se comunicam aos demais coautores ou partícipes.

Por outro lado, havendo entendimento de que a qualificadora é objetiva, surgem os seguintes temas:

1	Pode subsistir a qualificadora do feminicídio com as qualificadoras do motivo torpe ou do motivo fútil, que são subjetivas?
2	As qualificadoras objetivas (artigo 121, incisos III, IV), comunicam-se aos demais coautores ou partícipes, desde que ingressem na esfera de conhecimento dos agentes.

As qualificadoras objetivas são as que dizem respeito ao crime, enquanto as subjetivas vinculam-se ao agente. Enquanto as objetivas dizem com as forma de execução (meios e modos), as subjetivas conectam-se com a motivação do crime.

Cezar Bitencourt apresenta a seguinte classificação das qualificadoras do homicídio:

Objetivas	Subjetivas
Meios	Motivos
Modos	Fins

As qualificadoras do crime de homicídio estão assim classificadas:

- de natureza subjetiva ou pessoal (incisos I, II e V): vinculadas à motivação e à pessoa do agente e não ao fato por ele praticado;

- de caráter objetivo ou real (incisos III, IV e VI): associadas à infração penal em si, tais como o meio, o modo de execução do crime e o tipo de violência empregado.

E quanto à nova qualificadora (do feminicídio)? A questão é controversa. Como veremos abaixo, três são os posicionamentos sobre o tema.

Antes de apresentá-los, e para uma melhor compreensão das discussões que serão trazidas a seguir, convém discorrer acerca das três circunstâncias que, pela lei brasileira, configuram feminicídio, de acordo com o § 2º-A do art. 121 do Código Penal.

RAZÕES DE CONDIÇÃO DE SEXO FEMININO

Para configurar feminicídio, bem se sabe, não basta que a vítima seja mulher. A morte tem que ocorrer por “razões de condição de sexo feminino” que, por sua vez, foram elencadas no § 2º-A do art. 121 do Código Penal como sendo as seguintes: violência doméstica e familiar contra a mulher, menosprezo à condição de mulher e discriminação à condição de mulher. Vejamos cada uma delas:

a) Violência doméstica e familiar contra a mulher

A primeira das “razões de condição de sexo feminino” trazida pela nova Lei refere-se ao fato de o crime envolver “violência doméstica e familiar”.

A partir de uma interpretação sistemática (que é aquela que busca uma exegese levando-se em consideração o conjunto do ordenamento jurídico), chega-se à Lei Maria da Penha e percebe-se que lá a expressão “violência doméstica e familiar” é fartamente utilizada. Seu art. 5º conceitua a violência doméstica e familiar contra a mulher como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

Como se pode perceber, para que se configure a violência doméstica e familiar justificadora da qualificadora, faz-se imprescindível verificar a razão da agressão (se baseada ou não no gênero).

A Lei Maria da Penha também traz o contexto em que a violência doméstica e familiar baseada no gênero pode acontecer: âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto (art. 5º, I a III).

O tipo de violência vem especificado no art. 7º, o qual nomeia expressamente cinco tipos (física, moral, psicológica, sexual ou patrimonial), deixando, porém, aberta a possibilidade de que sejam vislumbradas outras espécies de violência (uma vez que se utiliza da expressão “dentre outras”).

Com essas informações, podemos concluir que se pode ter uma violência ocorrida no âmbito doméstico que envolva, inclusive, uma relação familiar (violência do marido contra a mulher dentro do lar do casal, por exemplo), mas que não configure uma violência doméstica e familiar por razões da condição de sexo feminino (Ex. marido que mata a mulher por questões vinculadas ao consumo de drogas). O componente necessário para que se possa falar de feminicídio, portanto, como antes já se ressaltou, é a existência de uma violência baseada no gênero (Ex.: marido que mata a mulher pelo fato de ela pedir a separação).

Ainda levando em conta a interpretação sistemática, devemos fazer referência ao art. 61, “f”, do Código Penal, que trata da agravante relativa ao fato de o crime ter sido cometido “com violência contra a mulher na forma da lei específica”, ou seja, da Lei Maria da Penha.

Vislumbramos, assim, um sistema no nosso ordenamento jurídico que trata de criar normas penais gênero-específicas e é com base nesse contexto que os dispositivos legais que estabelecem situações particulares para as vítimas do sexo feminino devem ser interpretados.

b) menosprezo à condição de mulher

A morte em razão de menosprezo à condição de mulher é a segunda espécie de feminicídio trazida pela nova Lei.

Há menosprezo quando o agente pratica o crime por nutrir pouca ou nenhuma estima ou apreço pela mulher vítima, configurando, dentre outros, desdém, desprezo, desapreciação, desvalorização.

c) discriminação à condição de mulher

O Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW, 1979), ratificada pelo nosso país em 1984.

Nesse documento internacional podemos encontrar a seguinte definição de discriminação contra a mulher:

"Art. 1º. Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo."

Também é importante mencionar que a proibição da discriminação contra a mulher e a adoção de sanções para os casos de discriminação fazem parte de compromisso internacional assumido pelo Brasil quando ratificou a CEDAW. Consta no art. 2º do documento internacional mencionado:

"Artigo 2º. Os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a:

[...]

b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher;"

São situações que, exemplificativamente, configuram a discriminação: matar mulher por entender que ela não pode estudar, por entender que ela não pode dirigir, por entender que ela não pode ser diretora de uma empresa, por entender que ela não pode pilotar um avião etc.

Quando se trata de verificar a natureza das qualificadoras acima mencionadas, surgem três posições na doutrina, conforme veremos a seguir:

1ª Posição: A qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva

Entendendo que se trata de uma qualificadora subjetiva, temos o entendimento de:

- *Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto*¹ - Promotores de Justiça

"[...] a qualificadora do feminicídio é subjetiva, pressupondo motivação especial: o homicídio deve ser cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Mesmo no caso do inc. I do § 2º-A, o fato de a conceituação de violência doméstica e familiar ter um dato objetivo, extraído da lei, não afasta a subjetividade. Isso porque o § 2º-A é apenas explicativo; a qualificadora está verdadeiramente no inc. VI do § 2º, que, ao estabelecer que o homicídio se qualifica quando cometido por razões da condição do sexo feminino, deixa evidente que isso ocorre pela motivação, não pelos meios de execução."

- *Cezar Roberto Bittencourt* – Advogado criminalista

"[...] o próprio móvel do crime é o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher, mas é, igualmente, a *vulnerabilidade da mulher* tida, física e psicologicamente, como mais frágil, que encoraja a prática da violência por homens covardes, na presumível certeza de sua dificuldade em oferecer resistência ao agressor machista."²

- *Francisco Dirceu Barros*³ - Promotor de Justiça

1 CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Pena comentada artigo por artigo**. 6. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 84. Ver também artigo do primeiro autor: <http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>.

2 <http://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/34-homicidio-discriminatorio-por-razoas-de-genero>.

3 "Estudo completo do feminicídio. "Disponível em: <http://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-feminicidio>. Acesso em 13.04.2015.

“A violência doméstica, familiar e também o menosprezo ou discriminação à condição de mulher, não são formas de execução do crime, e sim, a motivação delitiva; portanto, o feminicídio é uma qualificadora subjetiva.”

- *Márcio André Lopes Cavalcante*⁴ - Juiz federal

“A qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva, ou seja, está relacionada com a esfera interna do agente (“razões de condição de sexo feminino”). Ademais, não se trata de qualificadora objetiva porque nada tem a ver com o meio ou modo de execução.”

- *Mauro Truzzi Otero*⁵ - Delegado de polícia civil

“[...] o inciso II aludido esclarece que para a ocorrência do feminicídio, a vítima, além de ser mulher, deve restar caracterizado que o crime foi motivado ou está relacionado com o menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Tais incisos não são cumulativos. Outro aspecto importante a ser observado é a qualificadora inserida no inciso IV, do § 2º, ser de natureza subjetiva, porquanto relacionada com o móvel interno do agente (“razões de condição de sexo feminino”), em nada se relacionando com o meio ou modo de execução do crime, o que afasta o caráter objetivo da qualificadora.”

- *José Nabuco Filho*⁶ – Advogado criminalista

“Não parece ser possível que a palavra “razão”, ou “razões”, no plural, tenha outro sentido que não seja “causa, motivo”. [...] se o sentido não fosse esse, bastaria ter qualificado o homicídio cometido “contra mulher”. Nesse caso, abstraindo-se a inconstitucionalidade, o simples fato de a vítima ser mulher, bastaria para a qualificadora. A nova lei não usou essa definição, o que evidencia que não basta a condição de mulher para

4 "Comentários ao tipo penal do feminicídio (art. 121, § 2º, VI, do CP)". Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/03/comentarios-ao-tipo-penal-do.html>. Acesso em: 30.10.2015.

5 "Feminicídio: mais um equívoco do legislador." Disponível em: <http://www.unilago.edu.br/publicacao/edicaoatual/sumario/2015/12.pdf>. Acesso em 14.10.2015.

6 "Feminicídio." Disponível em: <http://www.usjt.br/revistadireito/numero-3/12-jose-nabuco-galvao-barros-filho.pdf>. Acesso em 13.09.2015.

que se caracterize o feminicídio, é preciso que ela tenha sido morta por ser mulher, que a sua condição tenha sido o motivo do ato de matar. [...]

Se antes de fazer menção à violência doméstica ou familiar o feminicídio foi definido como o crime praticado “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”, não há como negar que se trata de motivo. Parece evidente que a nova qualificadora contém circunstância de natureza subjetiva, vale dizer, associada ao motivo do delito. [...] Em resumo, parece evidente que o feminicídio possui natureza subjetiva, por exigir que a razão (motivo) do crime seja a condição feminina da vítima.”

2ª Posição: A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva

- *Amom Albernaz Pires* - Promotor de Justiça

"[...] se, de um lado, a verificação da presença ou ausência das qualificadoras subjetivas do motivo fútil ou torpe (ou ainda da qualificadora do inciso V) demandará dos jurados avaliação valorativa acerca dos motivos inerentes ao contexto fático-probatório que levaram o autor a agir como agiu, por outro lado, a nova qualificadora do feminicídio tem natureza objetiva, pois descreve um tipo de violência específico contra a mulher (em razão da condição de sexo feminino) e demandará dos jurados mera avaliação objetiva da presença de uma das hipóteses legais de violência doméstica e familiar (art. 121, § 2º-A, I, do CP, c/c art. 5º, I, II e III, da Lei 11.340/06) ou ainda a presença de menosprezo ou discriminação à condição de mulher (art. 121, § 2º-A, II, do CP).

[...] é objetiva a análise da presença do modelo de violência baseada no gênero (ou em razão da condição do sexo feminino), positivada na Lei Maria da Penha e na Convenção de Belém do Pará e agora incorporada pela Lei nº 13.104/2015 com a expressão “violência doméstica e familiar”, já que a Lei Maria da Penha já reputa como hipóteses desse tipo de violência àquelas transcritas acima (art. 5º, incisos I, II e III)."

É Consequência de tal entendimento, conforme aduz o autor:

“na hipótese de o homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1º) ser acolhido pelos jurados [...]: restará prejudicada a votação do quesito da quali-

ficadora subjetiva eventualmente imputada na pronúncia (motivo fútil ou torpe), porém a votação seguirá quanto às qualificadoras objetivas (incisos III, IV e VI do § 2º do art. 121 do CP), inclusive quanto à qualificadora do feminicídio, pois [...] tal qualificadora é perfeitamente compatível com a incidência do privilégio, quando teríamos um homicídio privilegiado-qualificado. Entendimento diverso (ou seja, entender que o acolhimento do privilégio é incompatível com a qualificadora do feminicídio, ao fundamento de que esta teria natureza subjetiva) conduziria ao disparate de se estar diante de um caso típico de violência de gênero (ou, noutras palavras, caso típico de feminicídio) e de o quesito do feminicídio sequer chegar a ser votado pelos jurados uma vez acatado o privilégio, em total afronta ao escopo da Lei n. 13.104/2015.”

- Vicente de Paula Rodrigues Maggio⁷ – Advogado criminalista: para o autor, com o advento da Lei 13.104/2015, que incluiu mais uma qualificadora ao crime de homicídio, cinco passam a ser as espécies de qualificadoras: 1) pelos motivos (incisos I a II – paga, promessa ou outro motivo torpe, e pelo motivo fútil); 2) meio empregado (inciso III – veneno, fogo, explosivo, asfixia, etc.); 3) modo de execução (inciso IV – traição, emboscada, dissimulação, etc.), 4) por conexão (inciso V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime) e, a novidade, 5) pelo sexo da vítima (inciso VI – contra mulher por razões da condição de sexo feminino). Para Vicente Maggio as qualificadoras previstas nos incisos III, IV e VI são objetivas.

- Paulo Busato⁸ - Promotor de Justiça: para o autor, trata-se de “dado absolutamente objetivo, equivocadamente inserido em disposição que cuida de circunstâncias de natureza subjetiva. A partir dessas premissas, lança-se observação acerca do motivo imediato, que pode qualificar o crime se aderente às hipóteses do art. 121, § 2º, incisos I, II e V do Código Penal, quadro que não se confunde com a condição de fato, ou seja, com o contexto objetivo, caracterizador do cenário legal de violência de

⁷ **Curso de Direito Penal**, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 96.

⁸ BUSATO. Paulo César. "Homicídio mercenário e causas especiais de diminuição de pena. Um paradoxo dogmático." **Cadernos do Júri**, nº 3, 2015, *apud* ZANELLA, Everton; FRIGGI, Márcio; ESCUDEIRO, Márcio; AMARAL, Virgílio. "FEMINICÍDIO: considerações iniciais." Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo, 02 de junho de 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos. Acesso em 13.10.2015.

gênero, palco em que se desenvolveram os ataques contra a mulher dramaticamente encerrados com a sua morte.”

Entendendo ser a qualificadora objetiva, tem-se o seguinte julgado do TJDF, julgado em 29/10/2015:

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RÉU PRONUNCIADO POR HOMICÍDIO COM MOTIVO TORPE. MORTE DE MULHER PELO MARIDO EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. PRETENSÃO ACUSATÓRIA DE INCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO. PROCEDÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. 1. Réu pronunciado por infringir o artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, depois de matar a companheira a facadas motivado pelo sentimento egoístico de posse. 2. Os protagonistas da tragédia familiar conviveram sob o mesmo teto, em união estável, mas o varão nutria sentimento egoístico de posse e, impelido por essa torpe motivação, não queria que ela trabalhasse num local frequentado por homens. A inclusão da qualificadora agora prevista no artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei 13.104 /2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência ao homem. Resgatar a dignidade perdida ao longo da história da dominação masculina foi a ratio essendi da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a torpeza pelo feminicídio. Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar. 3 Recurso provido. (TJDF - RSE: 20150310069727, Relator: George Lopes Leite,

Data de Julgamento: 29/10/2015, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 11/11/2015 .)

3ª Posição: A circunstância prevista no inciso I, § 2º-A, do art. 121 do CP (violência doméstica e familiar) é objetiva, e as previstas no inciso II, § 2º-A, do art. 121 do CP (menosprezo ou discriminação) são subjetivas

- Everton Zanella, Márcio Friggi, Marcio Escudeiro e Vírgilio Amaral⁹:

“Com efeito, na esteira de Amom Albernaz Pires, é correto dizer que a nova qualificadora do feminicídio não constitui o móvel imediato da conduta, isto é, o agente pode ter agido por causa de uma discussão banal com a vítima (motivo fútil) ou por força de sentimento de posse em relação à ofendida, reforçado pelo seu inconformismo com o término do relacionamento afetivo (motivo torpe). [...]

Acolhidos esses argumentos, nesse caso específico, conclui-se pela possibilidade de feminicídio privilegiado diante da compatibilidade das qualificadoras objetivas com o benefício previsto no art. 121, § 1º, do Código Penal. Neste aspecto, portanto, ainda que o Conselho de Sentença reconheça a incidência de uma das causas minorantes do § 1º do art. 121 do Código Penal, deverá o Magistrado quesitar a qualificadora do inciso VI do § 2º c.c. § 2º-A, inciso I, todos do Código Penal. De outro lado, a norma estampada no referido § 2º, inciso II não conta com referência normativa no nosso ordenamento jurídico. Nessa linha, caberá ao aplicador delimitar a extensão do conteúdo da expressão menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

De início, ressalte-se que a figura em comento não se confunde com o conceito legal de violência doméstica ou familiar, raciocínio evidente sem o qual se concluiria no sentido da inutilidade do inciso citado. Trata-se de indicação que amplia o cenário abarcado pela Lei Maria da Penha e que com ele não se confunde. Nesse trilho, qualquer situação de fato não correspondente ao palco que encerre âmbito doméstico, familiar ou de relação íntima do agente com a vítima pode se reportar ao inciso II. No entanto, o argumento só terá validade lógica se a compreensão do inciso telado, ao contrário da indicação do inciso I, sinalizar tratar-se

⁹ ZANELLA, Everton; FRIGGI, Márcio; ESCUDEIRO, Marcio; AMARAL, Vírgilio. "FEMINICÍDIO: considerações iniciais." Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo, 02 de junho de 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos.

o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher de motivo imediato do crime, independentemente do cenário fático-objetivo no qual o evento macabro se desenvolveu. Efetivamente, o contexto objetivo de violência de gênero é aquele reportado pelo art. 5º da Lei Maria da Penha e que caracteriza o feminicídio executado nas condições do § 2º-A, inciso I. Em qualquer outro contexto, haverá feminicídio se o móvel do delito foi simplesmente o menosprezo ou a discriminação a que se refere o inciso II. Adotada essa premissa, infere-se que a qualificadora atinente ao feminicídio, identificada a hipótese do § 2º-A, inciso II, tem natureza subjetiva e, portanto, nesse caso, incompatível com o privilégio. De outra banda, a torpeza é inerente à própria conduta movida pelas razões em debate e, de outro lado, repele a ideia de futilidade. O feminicídio, nesse âmbito de discussão, poderia se conjugar com as qualificadoras objetivas de meio e de modo de execução (CP, art. 121, § 2º, incisos III e IV), mas não com aquelas indicativas de outros motivos diretos do delito (CP, art. 121, § 2º, incisos I, II e V). Na medida em que as causas de diminuição de pena são votadas antes das qualificadoras pelo Conselho de Sentença, por força do art. 483 do Código de Processo Penal, o acolhimento de tese de homicídio privilegiado implicará em prejuízo do quesito corresponde à ocorrência de feminicídio se se cuidar de crime formatado à luz do art. 121, § 2º-A, inciso II, do Código Penal.

A solução é diferente na hipótese de feminicídio decorrente de violência doméstica ou familiar, como já apontamos acima. A natureza da qualificadora em testilha, na forma há pouca defendida, implica em desdobramentos nas hipóteses de concurso de pessoas diante da regra inserta no artigo 30 do Código Penal. Nesse trilha, o coautor ou partícipe de feminicídio responderá pela figura qualificada se o delito for cometido em contexto de violência doméstica ou familiar, por certo, desde que o predito cenário tenha ingressado na sua esfera de conhecimento. De outro lado, a conduta movida pelo menosprezo ou simples discriminação à condição de mulher – circunstância de caráter pessoal – não se comunica ao coautor ou partícipe. Este, impelido pela mesma razão, concorre no feminicídio por motivo próprio e não por conta das regras de comunicabilidade previstas no artigo 30 do Código Penal. Por outro turno, se o concorrente, motivado pela sede de vingança derivada de altercação anterior com a ofendida, instigou terceiro a matá-la e este, movido apenas pelo sentimento de desprezo à condição de mulher, efetivamente executou o

homicídio, o partícipe responderá como incurso no art. 121, § 2º, inciso I do Código Penal (torpeza da motivação), enquanto a conduta do autor violará a norma do art. 121, § 2º, inciso VI (na forma prevista no § 2º-A, inciso II, ambos do Estatuto Repressivo).”

Também é nesse sentido o entendimento da Comissão Nacional de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – COPEVID, criada pelo Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH), do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPJ), visando a contribuir para a análise, discussão e padronização dos entendimentos sobre a violência doméstica contra as mulheres, com o objetivo de subsidiar o trabalho dos operadores e operadoras do Direito que atuam na proteção das vítimas e punição dos agressores. Dois foram os enunciados elaborados pela COPEVID e que tratam do assunto. Confira-se:

ENUNCIADOS DA COPEVID

Feminicídio: natureza objetiva da qualificadora (inciso I)

Enunciado nº 23 (005/2015):

“A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, § 2º-A, inciso I, do Código Penal, é objetiva, nos termos do art. 5º da Lei n. 11.340/2006 (violência doméstica, familiar ou decorrente das relações de afeto), que prescinde de qualquer elemento volitivo específico.” (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH e pelo CNPJ em 22/09/2015).

Feminicídio: natureza objetiva da qualificadora (inciso II)

Enunciado nº 24 (006/2015):

“A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, § 2º-A, inciso II, do Código Penal, possui natureza objetiva, em razão da situação de desigualdade histórico-cultural de poder, construída e naturalizada como padrão de menosprezo ou discriminação à mulher.” (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH e pelo CNPJ em 22/09/2015).

POSICIONAMENTO DA AUTORA

As três situações que configuram feminicídio previstas na norma penal interpretativa do § 2º-A do art. 121 do CP (“razões de condição do

sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher”) são de caráter subjetivo, uma vez que representam a motivação da ação homicida.

A qualificadora do feminicídio é nitidamente subjetiva. Uma hipótese: mulher usa minissaia. Por esse motivo fático o seu marido ou namorado a mata. E mata-a por uma motivação aberrante, a de presumir que a mulher deve se submeter ao seu gosto ou apreciação moral, como se dela ele tivesse posse, reificando-a, anulando-lhe opções estéticas ou morais, supondo que à mulher não é possível contrariar as vontades do homem. Em motivações equivalentes a essa há uma ofensa à condição de sexo feminino. O sujeito mata em razão da condição do sexo feminino, ou do feminino exercendo, a seu gosto, um modo de ser feminino. Em razão disso, ou seja, em decorrência unicamente disso. Seria uma qualificadora objetiva se dissesse respeito ao modo ou meio de execução do crime. A violência de gênero não é uma forma de execução do crime; é, sim, sua razão, seu motivo.

Como reforço de tal entendimento, são trazidos, ainda, os seguintes arrazoados:

1º arrazoado: As três situações que configuram feminicídio já estavam contempladas na legislação brasileira

A rigor, o feminicídio já poderia (e, em alguns casos, já era) classificado como crime hediondo. Afinal, não há como negar torpeza na ação de matar uma mulher por discriminação de gênero (matar uma mulher porque usa minissaia, ou porque não limpou corretamente a casa, ou porque deixou queimar o feijão, ou porque quer se separar, ou porque depois de separada iniciou outro relacionamento amoroso etc.). Mas esse entendimento não era uniforme. Quando se tratava por exemplo de crime motivado pelo ciúme, doutrina e jurisprudência oscilavam em torno de três distintas interpretações:

- O ciúme configura homicídio qualificado pelo motivo torpe
- O ciúme configura homicídio qualificado pelo motivo fútil
- O ciúme não qualifica o homicídio

Se, de um lado, decorre daí a pertinência da nova Lei (uma vez que aniquila a controvérsia antes existente), por outro, demonstra que ela apenas tratou de especificar situações que configurariam o motivo torpe (ou fútil, como preferem alguns). Portanto, a legislador tratou de destacar uma ideia que já se encontrava na estrutura da qualificadora do homicídio. Teríamos, assim, o motivo torpe genérico e o motivo torpe específico (femicídio). Nesse sentido é o entendimento de Rogério Sanchez Cunha e Ronaldo Batista Pinto¹⁰. Para os autores,

“Antes da Lei 13.104/2015, esta forma do crime já qualificava o homicídio, mas pela torpeza [...]. A mudança, portanto, foi meramente tipográfica, migrando o comportamento delituoso do art. 121, § 2º, I, para o mesmo parágrafo, mas no inc. VI. A virtude dessa alteração está na simbologia, isto é, no alerta que se faz da necessidade de se coibir com mais rigor a violência contra a mulher em razão da condição do sexo feminino.”

2º arrazoado: Nem todo femicídio (morte de uma mulher) é um feminicídio (morte de uma mulher por razões da condição do sexo feminino)

O que faz com que o assassinato de uma mulher seja considerado feminicídio é exatamente a motivação do delito. É a motivação do crime que torna o ato mais reprovável, exigindo, decorrentemente, que a punição seja condizente com o fato. Todo o homicídio tem o mesmo desvalor do resultado (morte de uma pessoa), porém, o desvalor da ação pode ser maior ou menor, conforme a situação. A ação de matar em razão de relevante valor social (CP, art. 121, § 1º) é menos desaprovada que aquela motivada, por exemplo, pela torpeza do agente (CP, art. 121, § 2º, I). A qualificadora do feminicídio, portanto, busca conciliar a gravidade do fato com a dimensão da pena a ser imposta ao feminicida.

A principal consequência do presente raciocínio é a seguinte: uma vez comprovada a qualificadora do feminicídio, não se pode mais invocar, por exemplo, o motivo torpe: uma mesma circunstância não pode ensejar duas valorações jurídicas (está proibido o *bis in idem*). No momento da quesitação, portanto, o juiz deve submeter aos jurados, primeiramente, o quesito da qualificadora do feminicídio; sendo ela acatada pelo Conselho de Sentença, sobram prejudicadas, sob pena de *bis in idem*, as demais

10 CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 6. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 80.

qualificadoras subjetivas que, eventualmente, tenham sido apresentadas pela acusação.

3º arrazoado: Solução para os casos anteriores à Lei 13.104/2015

Nos crimes anteriores a 10 de março de 2015 o motivo torpe (ou fútil, conforme posição) continuará incidindo nos homicídios em que uma das três situações que configuram o feminicídio no Brasil esteja presente (violência doméstica e familiar nos termos da Lei Maria da Penha, menos-prezo ou discriminação à condição de mulher).

Tal solução reforça a tese de que a qualificadora do feminicídio é de ordem subjetiva, pois, antes de termos um esclarecimento do tema pela Lei 11.304/2015, as três situações que hoje configuram o feminicídio no Brasil eram, quando trazidas ao processo criminal, enquadradas em qualificadoras de natureza subjetiva (motivo torpe ou motivo fútil).

Como se disse anteriormente, a Lei do feminicídio não trouxe uma nova qualificadora, tratando, apenas, de aclarar situação já de ordinário presente nos processos penais que envolvem morte de mulheres, mas que, frequentemente, não vinha à tona. A invisibilidade da violência contra a mulher, aliás, não é fenômeno unicamente vivenciado no campo jurídico, mas que, infelizmente, abarca todas as esferas da vida das mulheres.¹¹

A técnica de tipos penais neutros que até então predominava em nossa legislação no que tange ao homicídio foi substituída pela criminalização gênero-específica. Constatou-se que não são suficientes os tipos penais neutros, pois o fenômeno da violência contra a mulher permanece oculto onde subsistem pautas culturais patriarcais, machistas ou religiosas muito enraizadas e que favorecem a impunidade, deixando as vítimas em situação de desproteção. Ou seja, corria-se (e ainda se corre, por restos de cultura machista que ainda circulam, inclusive, evidentemente, entre juízes) o risco de a sentença ser alcançada por tais concepções de mundo, o que reforçava a invisibilidade do fenômeno e impedia que se fizesse justiça ao caso concreto, já que a maior carga de desvalor do fato (femicídio) não estava sendo levada em consideração. E não se propõe punir mais, mas em fazê-lo de acordo com a gravidade do fato. ❖

11 Exemplificativamente, pesquisa “Violência contra a mulher no ambiente universitário” elaborada pelo Instituto Avon em parceria com o Data Popular aponta que para 27% dos universitários, abusar de garota bêbada não é violência. Outro dado trazido na Pesquisa: medo já fez 36% das mulheres deixarem de fazer atividades acadêmicas. Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/12/para-27-dos-universitarios-abusar-de-garota-bebada-nao-e-violencia.html>. Acesso em 03.12.2015.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero.

BODELÓN, Encarna. **Violencia de género y as respuestas de los sistemas penales**. Buenos Aires: Didot, 2013.

BUSATO, Paulo César. "Homicídio mercenário e causas especiais de diminuição de pena. Um paradoxo dogmático." **Cadernos do Júri**, n. 3, 2015.

CAMPOS, Carmen Hein de (Org). **Lei Maria da Penha**: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica**: análise da Lei "Maria da Penha", n. 11.340/06. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 6. ed. São Paulo: RT, 2015.

LINS, Regina Navarro. **O livro do amor**. Rio de Janeiro: BestSeller, 2012. v. 1

MARIÑO, Fernando M. (Org). **Feminicidio: el fin de la impunidad**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MELLO, Adriana Ramos. "Feminicídio: breves comentários à Lei 13.104/15." *In*: **Revista Direito em Movimento**. Rio de Janeiro. EMERJ, v. 23 (2º sem/2015)

PIRES, Amom Albernaz. "A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação pelo Tribunal do Júri." <http://www.compromissoeatitude.org.br/a-naturezaobjetiva-da-qualificadora-do-feminicidio-e-sua-quesitacao-no-tribunal-do-juri-por-amomalbernaz-pires>. Acesso em 29.7.15.

TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. **Feminicídio**. Buenos Aires: Didot, 2014.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

- 1 - Os textos devem ser enviados por correio eletrônico, para o endereço *emerjpublicacoes@tjrj.jus.br*;
- 2 - Fontes:
 - ✓ no corpo do texto - **Times New Roman – 12**
 - ✓ nas citações longas e notas de rodapé – **10**
 - ✓ cor preta (exceto para gráficos);
- 3 - Margens: esquerda e superior de **3 cm**; direita e inferior de **2 cm**;
- 4 - Espaços no corpo do trabalho: **1,5**;
- 5 - Espaço simples, nos seguintes casos:
 - ✓ citações literais de mais de três linhas,
 - ✓ notas, referências;
- 6 - Destaques: itálico ou negrito;
- 7 - Numeração de páginas - iniciada a partir da segunda folha da introdução, embora a inicial seja contada;
- 8 - Fazer referências às fontes de consulta através de citações no texto ou em notas de rodapé, observando que:
 - ✓ a primeira citação de uma obra deverá ter a sua referência completa.

Exemplo:

ÚLTIMO SOBRENOME do autor (exceto Filho, Neto, Júnior),
Prenome e outros sobrenomes (abreviados ou não). **Título**. Local:
editora, ano. página¹.

- ✓ as citações subsequentes da mesma obra podem ser feitas de forma abreviada, com as seguintes expressões:

a) *Idem* (id) – mesmo autor²

b) *Opus citatum* (op. cit.) – obra citada³

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 24.

2 *Idem*, 2001, p. 19.

3 RODRIGUES, *op.cit.*, p. 40.



EMERJ