

La violencia contra la mujer. Entre lo público y lo privado

*Santiago Massolo**

Introducción

A partir del *Caso Maria da Penha vs. Brasil*¹, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) inició un camino sin retorno en la jurisdicción internacional. Allí estableció –por primera vez aplicando la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)– la responsabilidad del Estado y su falta de efectividad para prevenir y sancionar la violencia doméstica. La impunidad –que se tradujo en más de 20 años de proceso judicial para establecer la responsabilidad penal del agresor por la tentativa de homicidio contra Maria da Penha– demostró un acto de tolerancia por parte del Estado frente a la violencia sufrida por la víctima. Responsabilizando al Estado por la violación del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, la CIDH concluyó que esa tolerancia no es exclusiva del caso individual, sino un patrón de comportamiento del Estado frente a este tipo de violaciones de derechos, y que no se ha violado solamente la obligación de investigar sino también la de prevenir este tipo de violencia². En tal sentido, concibió a la violencia doméstica como una violación de derechos humanos³.

* Abogado y Maestrando en Derechos Humanos (en proceso de tesis) por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Auxiliar Letrado en el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo No. 1 del Departamento Judicial La Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina.

1 CIDH, *Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, Informe No. 54/01 del 16 de abril de 2001, Caso 12.051.

2 Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), Gaceta No. 20, 2004. Disponible en: <<http://cejil.org/publicaciones/gaceta-n%C2%BA-20-asamblea-general-de-la-oea-en-quito-la-proteccion-de-los-derechos-humanos>>, a mayo de 2011.

3 Lo que ya había hecho el Comité CEDAW en su Recomendación General No. 19, *La violencia contra la mujer*, 11o. período de sesiones (1992), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 84, 1994, párr. 9.

Pero sucede que la CIDH se refirió a una situación generalizada y de tolerancia frente a este particular tipo de violencia, que suele denominarse como “patrón de conducta”. Sin embargo, no profundizó en el tema en el sentido de que su jurisprudencia permita identificar en qué casos y bajo qué condiciones un hecho de violencia doméstica puede ser jurídicamente imputado al Estado ante un Tribunal de Justicia y, eventualmente, pedir del Estado el resarcimiento por los daños sufridos. Si se demuestra el patrón de conducta parece que ya no quedan dudas en cuanto a la responsabilidad del Estado.

La misma observación cabe hacer al *Caso “Campo Algodonero”*⁴ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o “la Corte”), por el cual —aplicando por segunda vez la Convención de Belém do Pará⁵— condena al Estado mexicano por los homicidios de tres jóvenes mujeres, aun cuando no se probó que hayan sido cometidos por agentes estatales sino en el contexto de un patrón de violencia que, se probó, existía —y sigue existiendo— en Ciudad Juárez.

De tal modo, la gran dificultad radica en que, fuera del “patrón de conducta” que permite el enjuiciamiento a la conducta “en general” asumida por el Estado, el derecho de las mujeres “a una vida libre de violencia” (según los términos expuestos por la Convención de Belém do Pará) suele ser violentado por particulares que no se consideran “sujetos pasivos” de las normas de derechos humanos, puesto que los desarrollos jurídicos de los últimos 50 años por lo general sólo han tenido en cuenta al Estado para la exigibilidad de las obligaciones que de tales normas se derivan.

Por lo tanto, presentaré la problemática que exhibe el fenómeno de la violencia contra la mujer en el ámbito doméstico anclada en uno

4 Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.

5 Ya lo había hecho *in re* Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párrs. 344, 346, 378, 379 y 408. Allí se declara el incumplimiento del artículo 7 inciso ‘b’ de la Convención de Belém do Pará, que establece expresamente la obligación de los Estados parte de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”.

de los más graves problemas que enfrenta hoy la teoría general de los derechos humanos, esto es, la de los sujetos obligados a cumplir con sus prescripciones. Y lo haré con las herramientas que se divisan en la propia jurisdicción internacional, con especial énfasis en aquellas que suministra la Corte IDH por la mayor influencia que sus precedentes generan en la región.

1. Derechos humanos: ¿derecho público o derecho privado?

La primera dificultad que se presenta cuando se aborda la cuestión de la violencia doméstica es el trasfondo cultural que concibe a las relaciones familiares (en sentido amplio) como aquellas respecto de las cuales queda exenta toda intervención de terceros. En ese marco, no es extraño que las mujeres tengan tantas dificultades a la hora de denunciar un hecho de violencia⁶ o que, incluso, ignoren que en este fenómeno se pone en entredicho un derecho humano básico oponible *erga omnes*: el derecho a una vida libre de violencia.

Desde el punto de vista teórico, los derechos humanos deben superar un problema de índole conceptual puesto que una visión de derecho puramente internacional, que repara en los sujetos que los crearon y se obligaron a su respeto frente a toda la comunidad internacional, ha conducido a sostener –a mi juicio erróneamente– que el sujeto obligado a cumplir con las normas de derechos humanos es uno solo: el Estado⁷.

⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Caso Opuz vs. Turquía*, sentencia del 9 de junio de 2009, No. 33401/02, párrs. 96, 101, 143 y 195, donde pone de relieve cómo la policía no investigaba los hechos, excusándose de intervenir con el argumento de que dicha violencia era un problema familiar privado (“private family matter” según cita textual); así como la renuencia de los fiscales a iniciar investigaciones sobre hechos de violencia doméstica. En el *Caso Bevacqua y S. vs. Bulgaria*, sentencia del 12 de junio de 2008, No. 71127/01, párr. 83, sostuvo que el argumento estatal del “private family matter” es incompatible con las obligaciones positivas para asegurar el goce de los derechos de la peticionaria.

⁷ Véase, por ejemplo, Nikken, Pedro, “El concepto de derechos humanos”, en: *Estudios básicos de derechos humanos I*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José, Costa Rica, 1994, pág. 27.

Ahora bien, si estos derechos sólo son oponibles frente al Estado pero no respecto de particulares, ellos residen en la relación existente entre la persona humana y el Estado –el ámbito de lo público–, quedando descartados de las relaciones interindividuales – el ámbito de lo privado. El problema que ello representa para la teoría es que implica decir tanto como que no hay nada inherente en las personas que suponga una cierta dignidad, por lo que los derechos humanos no derivarían de una condición de humanidad sino que se encontrarían fuera de la misma: sólo en relaciones de derecho público. En esta ecuación, si los derechos humanos sólo pueden ser violados por el Estado, la familia es un ámbito que quedaría excluido de su eventual protección sin importar la afrenta a la dignidad humana involucrada en la violencia familiar.

Sin embargo, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia desnuda como pocos lo nocivo de esa concepción, respecto de la cual asumo una postura crítica. Como se verá, las normas de derechos humanos suponen obligaciones *erga omnes*, independientemente que sólo al Estado le quepa la obligación de garantía y el concepto técnico de la responsabilidad internacional.

Es que la teoría política liberal, con su ideal formal de la igualdad, ha propiciado una separación entre lo público y lo privado que perpetúa en este último ámbito relaciones de discriminación. Gran parte de la crítica feminista a la doctrina liberal se vertebra en torno a dicha escisión, por las consecuencias que genera en relación con la legitimidad de la acción estatal⁸, esto es, dónde puede intervenir y dónde no puede hacerlo.

Así, hay quienes sostienen que la distinción entre ambas esferas pretende separar la sociedad de la esfera íntima, la cual se configura como un refugio de las personas no sólo frente a la coerción estatal sino también frente a las presiones sociales. Relaciones tales como las de parentesco, la amistad o el sexo estarían bien resguardadas por el Derecho, por aplicación del derecho a la intimidad.

⁸ Turégano Mansilla, Isabel, “La dicotomía público-privado y el liberalismo político de J. Rawls”, en: *Revista Doxa*, No. 24, 2001, pág. 320. Disponible en: <http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_13.pdf>, a mayo de 2011.

Falso. Considero que esas teorías, más que basadas en análisis realistas de lo jurídico, esconden la implícita aprobación de la hipocresía colectiva frente a ciertos fenómenos de lo social, puesto que si en la intimidad perduran relaciones de dominación, cabe repensar la función que cumple ese tan denominado “derecho” a la intimidad. Dependiendo del alcance que se le reconozca, puede trasuntar un derecho o un total desdén de la dignidad de la mujer. Pero claro, la igualdad entendida en términos formales no permite ver las diferencias de base existentes y constituye una visión simplista del fenómeno social. Es por ello que la cuestión no puede ser analizada desde la tradición liberal sino que su estudio –para un diagnóstico más acertado– habrá de transitar las relaciones reales de poder.

Aclaro lo anterior porque ahora pareciera ser que el ámbito doméstico ha permanecido tradicionalmente fuera del alcance de los Estados. Con esta perspectiva, aun cuando se pregone la supresión de la dicotomía público-privado, no es extraño observar que se concede un argumento que adolece de cierta ingenuidad y que proviene incluso, a mi juicio, de sectores del activismo de los derechos humanos. Es el que reconoce que “en el ámbito de la política pública, no existe suficiente conocimiento ni experiencia acumulada sobre el modo en que el Estado puede intervenir en el entorno familiar”⁹.

Nada más lejos que eso. Hace tiempo ya que los estudios filosóficos y sociológicos del comportamiento del poder vienen demostrando lo contrario. Una excelente investigación sociológica de la historia de la familia argentina, por poner un ejemplo, detalla minuciosamente cómo las políticas públicas no sólo han incidido, sino que han estado deliberadamente dirigidas a regular las cuestiones más privadas y más íntimas de la familia y de las personas que la integran¹⁰.

⁹ Kim, Sunah, “El estado y el entorno familiar: una convivencia necesaria”, en: Birgin, Haydée (editora), *Violencia familiar*, 1a. ed. Altamira, Buenos Aires, Argentina, 2004, pág. 50.

¹⁰ Torrado, Susana, *Historia de la familia argentina moderna (1870-2000)*, 1a. ed. Ediciones de la Flor, Buenos Aires, Argentina, 2003. Allí la autora explica cómo las regulaciones y los actos estatales estuvieron siempre dirigidos a moldear, a disciplinar un determinado tipo de familia, según el rol que esta debía cumplir en la sociedad. Así, temas como la beneficencia, el filantropismo y el

Como puede advertirse, la administración de la vida es indistinguible de los cálculos del poder, lo cual llevó a Michel Foucault a referirse a la política como una biopolítica¹¹:

Los mecanismos del poder se dirigen al cuerpo, a la vida, a lo que la hace proliferar, a lo que refuerza la especie, su vigor, su capacidad de dominar o su aptitud para ser utilizada. Salud, progenitura, raza, porvenir de la especie, vitalidad del cuerpo social, el poder habla de la sexualidad y a la sexualidad; no es marca o símbolo, es objeto y blanco¹².

De tal modo, la familia siempre ha sido una preocupación del Estado, cuya regulación del matrimonio y la sexualidad presupone y mantiene la posición subordinada de la mujer. Muchas circunstancias personales de las mujeres dependen de factores públicos, tales como las regulaciones sobre los métodos anticonceptivos, el aborto, la

asistencialismo, la intervención médico-higienista, el patronato de la infancia, el seguro y la seguridad social, el control sanitario de las escuelas, la admisión del trabajo infantil en el ámbito familiar y la penalización fuera de dicho ámbito, entre otras medidas, aseguraron a la unidad familiar su reproducción biológica y desarrollaron todas aquellas prácticas, económicas y no económicas, indispensables para la optimización de las condiciones materiales y no materiales de existencia de la unidad y de cada uno de sus miembros, y que por tanto tienden a reproducir el funcionamiento de las clases sociales a las que pertenecen. (Véase el capítulo 13). En el caso de la mujer, Torrado expone claramente cómo se ha administrado su vida a través de la regulación del derecho de familia, a saber, sujeción de la mujer al marido, fijación del domicilio conyugal, inferioridad legal, patria potestad, restricción en todo tipo de derechos civiles, valoración más rigurosa del adulterio, etc., y por otras medidas especiales, como la legalización de la prostitución —destinada a preservar la virginidad prematrimonial de las mujeres solteras—, la exclusión del voto femenino —por cuanto se la pretendía confinar al ámbito doméstico y fuera de la vida pública—, así como las concepciones de la feminidad asociadas a la maternidad. (Véase capítulo 4, en especial las págs. 160-192). No es casual que aun en la actualidad la mujer no haya logrado el reconocimiento de sus derechos reproductivos.

¹¹ Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad. Tomo 1: La voluntad de saber*. Siglo XXI, Buenos Aires, Argentina, 1990, pág. 169. La noción de biopolítica la construye para explicar que a partir del siglo XVIII los fenómenos característicos de la vida humana ingresan en los cálculos del poder estatal, por lo que el poder soberano se transforma, así, en un biopoder: el uso de lo biológico como componente de una tecnología política.

¹² *Ibidem*, pág. 178. Algunos casos también se han ventilado ante el Sistema Interamericano. Véase, por ej., CIDH, *Caso María Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú*, Informe No. 71/03, del 10 de octubre de 2003, que exhibe ciertos planes reproductivos para las poblaciones.

violación, el matrimonio, políticas de bienestar sobre el cuidado de la descendencia, entre otras¹³.

Ante estas evidencias, pareciera que el poder sobre la vida —el biopoder— se extiende a todas sus facetas, a todos sus recovecos. O, dicho de otro modo, que lo público y lo privado confluyen en el biopoder de la modernidad.

Así, para el sociólogo Zygmunt Bauman, un Estado premoderno se diferencia de un Estado moderno por la “política de jardinero” que este último efectúa. Mientras el primero opera como un “guardabosque” confiando en que la sociedad se reproduzca por sus propios medios como si se tratase de una naturaleza inmodificable que se dona ciclo tras ciclo regida por sus propias leyes, el segundo diseña detalladamente el césped, distingue sabiamente las buenas plantas de las malas hierbas, y tiene la decisión para exterminar con venenos adecuados las malezas que alteran el orden y la armonía de su jardín¹⁴. Como se observa, el Estado jardinero de Bauman es el Estado biopolítico de Foucault.

Se alcanza a comprender así el conocido lema feminista “lo personal es político”, que debe trasuntar una postura activista que reclame al Estado que haga en favor de las mujeres lo que tradicionalmente ha hecho en su detrimento, puesto que el resguardo de la dominación masculina ha requerido una “privatización” de sus prácticas y una invisibilización de sus víctimas¹⁵.

Por su parte, Foucault consideró decisivo al biopoder para el desarrollo del capitalismo, puesto que

[...] éste no pudo afirmarse sino al precio de la inserción controlada de los cuerpos en el aparato de producción y mediante un ajuste de los fenómenos de población a los procesos económicos¹⁶.

¹³ Pateman, Carol, “Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy”, citada por Turégano Mansilla, Isabel, “La dicotomía público-privado y el liberalismo político de J. Rawls”... pág. 330.

¹⁴ Bauman, Zygmunt, *Modernidad y holocausto*. Sequitur, Madrid, España, 1997, pág. 75.

¹⁵ Matus, Verónica, “Lo privado y lo público, una dicotomía fatal”, en: Facio, Alda, y Lorena Fries (editoras), *Género y derecho*, 1ª ed. LOM, 1999, págs. 72-74.

¹⁶ Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad...* pág. 170.

En perspectiva similar, Guillermo O'Donnell sostiene que el fundamento real del poder que ejercen las instituciones estatales reside fuera de estas: emana de las relaciones capitalistas de producción como garantía de las mismas¹⁷. Ya Hanna Arendt había explicitado la ficción de la distinción entre la esfera pública y la esfera privada con la llegada de la Edad Moderna, cuya forma política la encontró en la nación-estado¹⁸. En esta figura irrumpe lo social, que no es ni público ni privado, toda vez que los propietarios, en lugar de exigir el acceso a la esfera pública debido a su riqueza, pidieron la protección del Estado para acumular más riqueza. Es así que el interés privado por la propiedad privada se transformó en un interés público¹⁹.

Con las precedentes anotaciones estamos en condiciones de afirmar que los acontecimientos de la vida privada constituyen indudablemente cometidos públicos y a la inversa, que las estructuras públicas llevan a cabo una función privada, por lo que las categorías puestas aquí en entredicho se pierden en una zona de indistinción, cuya separación, en rigor, revela la intención –por parte de quienes ostentan el poder– de preservar y perpetuar una relación de dominación. Esa voluntad de poderío se logra a través de la formulación de categorías cuya legitimidad se pretende como *a priori* de la experiencia, independientemente de toda observación de la realidad. La igualdad formal es sin duda uno de los dispositivos jurídicos más útiles con los que el liberalismo cuenta a esos efectos.

Por lo tanto, cabe reclamar la intervención del Estado en aquellas situaciones que son percibidas como intolerables, aun cuando aquel no aparezca como el responsable directo. En caso contrario, se presenta –al

17 O'Donnell, Guillermo, "Apuntes para una teoría del Estado", Documento Cedes No. 9. Cedes, Buenos Aires, Argentina, 1977, págs. 14 y 19. Disponible en: <<http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catadmdes/Material/2009-08-19-%20ODONNELL%20Guillermo%20-%20Apuntes%20para%20una%20teoria%20del%20estado.pdf>>, a mayo de 2011.

18 Arendt, Hanna, *La condición humana*. Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1993, pág. 41.

19 *Ibidem*, pág. 73, donde se lee: "el gobierno pertenecía a los reyes y la propiedad a los súbditos, de manera que el deber de los reyes era gobernar en interés de la propiedad de sus súbditos. La 'Commonwealth' [...] existió en gran medida para la common wealth, la 'riqueza común'".

menos implícitamente— como garante de ciertas formas de dominación en las relaciones interindividuales. Por ejemplo, casos de explotación laboral o de contaminación por empresas suponen relaciones privadas que, en tanto tales, quedarían exentas de la acción “pública” del Estado según la tradición liberal. Ese es el modelo de Estado contra el cual los derechos humanos deben reaccionar, por cuanto reproduce algunos de los problemas cuya protección es demandada en la actualidad, entre los cuales se encuentra sin duda la problemática de la violencia contra la mujer en el ámbito doméstico.

En lo que hace a la normativa vigente, de acuerdo con el artículo 2, inciso e), de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), los Estados parte se comprometen a “tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas”, y en forma coincidente su art. 3 indica que

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas [...] todas las medidas apropiadas [...] con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Más específicamente, la Convención de Belém do Pará incluye en su concepto de violencia tanto la ocurrida en el ámbito público como en el privado (artículos 1 y 3), que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal (artículo 2, inciso a).

En consecuencia, el grado de evolución al que ha llegado la ciencia jurídica permite afirmar que, cuando se habla de derechos humanos, la línea divisoria entre autoridad y libertad, entre intervención y abstención, no es trazada por el paradigma bipolar público-privado, y por ende la postura que sostiene que las normas de derechos humanos no suponen obligaciones respecto de particulares es hoy difícilmente sostenible.

Para sustentar esa hipótesis, haré a continuación una breve reseña de varios casos significativos que a mi juicio exponen claramente la línea argumental de estos comentarios.

Aclaro que ello no implica desconocer que internacionalmente sólo sean los Estados los responsables, por cuanto sólo ellos han ratificado los instrumentos y se han sometido a los procedimientos de control de cumplimiento de los mismos. No obstante, en todo caso será esa una cuestión de índole técnica y puramente descriptiva de la responsabilidad internacional de los Estados, derivada del contenido de tales o cuales normas del Derecho Internacional, pero no coincide necesariamente con el concepto normativo de los derechos humanos, aquel que indica el por qué “debe ser” lo que la norma prescribe, el que alude a sus fundamentos, el que surge con la Declaración Universal de Derechos Humanos: la dignidad inherente en la persona humana, y que por ser inherente irriga sus consecuencias a todas las relaciones sociales, ni públicas ni privadas.

2. Las normas de derechos humanos, ¿cuándo derivan efectos respecto de particulares?

Es principio receptado en materia de responsabilidad internacional del Estado, que la obligación de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos a toda persona sujeta a su jurisdicción, comprende el deber

[...] de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos²⁰.

Sabido es, también, que las obligaciones del Estado en materia de prevención, investigación y sanción de las violaciones a los derechos humanos, no se agota en las conductas provenientes de agentes estatales. En efecto, un hecho violatorio obra de un particular o de autor desconocido, puede acarrear la responsabilidad internacional

²⁰ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 166.

del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención²¹.

Sucede que, como habrá de advertirse, “[l]a de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio”²², por lo que, a fin de evaluar el grado de cumplimiento de aquellas, deberá indagarse si el Estado ha realizado todos los esfuerzos razonables en orden a su consecución, y que en el caso de las mujeres asumen un carácter más estricto²³.

Frente a los casos cuyos actos provienen de particulares, al no poder imputar *a priori* al Estado la conducta del agresor en el ámbito familiar, la herramienta jurídica con que se cuenta para evaluar cuándo un Estado ha conducido su accionar de modo respetuoso con los compromisos asumidos es el concepto de debida diligencia²⁴. Es la vara de medición que permite indicar cuándo la conducta del Estado deja de ser jurídica, aun cuando la vulneración del derecho provenga de un agente no estatal.

Sin embargo, los comentarios que siguen tienen por objeto adicionar un enfoque que no pretende dejar de lado el concepto de debida diligencia, sino por el contrario enriquecerlo y ofrecerle algunas pautas que permitan articular reclamos con mayor firmeza. Me refiero

²¹ *Ibidem*, párr. 172. Es también la doctrina que sustenta el Comité CEDAW: véase, vgr. Comunicación No. 2/2003, *Sra. A. T. contra Hungría* (del 26 de enero de 2005, 32o. período de sesiones), punto 9.2., con cita de su Recomendación General No. 19, *La violencia contra la mujer...* párr. 9. Luego, en el *Caso Yildirim vs. Austria*, en el cual la víctima fue asesinada por su esposo, el Comité CEDAW encontró que el Estado había faltado a su deber de debida diligencia por no haberlo detenido (Comunicación No. 6/2005, *Fatma Yildirim vs. Austria*, 39o. período de sesiones, 23 de julio a 10 de agosto de 2007, párrs. 12.1.4 y 12.1.5).

²² Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...* párr. 175.

²³ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...* párr. 283.

²⁴ Para un análisis más detallado véase García Muñoz, Soledad, “La obligación de debida diligencia estatal”, en: *Revista “Razón Pública”, Derechos humanos y perspectivas de género*, No. 1. Publicada por Amnistía Internacional Argentina, 2004, pág. 29 y ss.

a la doctrina alemana denominada **Drittwirkung Der Grundrechte**, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por particulares en relación con otros particulares²⁵.

Considero que esta doctrina constituye el marco teórico adecuado para suministrar respuestas jurídicas al fenómeno de la violencia doméstica contra la mujer, que entiendo pertinente traer a colación a raíz de su recepción por parte de la Corte IDH varios años después del *Caso Velásquez Rodríguez*, y que inserta al Tribunal regional en la corriente que sostiene que el Estado no es el único sujeto obligado a la observancia de las normas que se derivan de los derechos humanos, sin perjuicio de mantener –a su respecto– los clásicos criterios sobre la responsabilidad internacional contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la medida en que el ejercicio de su jurisdicción se encuentra fuertemente limitada por aquellos criterios.

La doctrina del *Drittwirkung Der Grundrechte*: la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares

Consideraciones generales

La doctrina nace con claridad en el *Caso Luth-Urteil*, fallado por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania el 15 de enero de 1958, en cuya oportunidad expresó:

Los derechos fundamentales son, en primer lugar, derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. De ahí que la acción de amparo sólo proceda contra actos del poder público. La Constitución, sin embargo, no es neutral respecto de los valores. Los derechos fundamentales traducen un orden o sistema de valores, sustentado en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad de la persona humana, que en su condición de disposición constitucional básica, está llamada a regir en todos los ámbitos del derecho. En este sentido, el sistema de valores prohiado por la Constitución, influye en el derecho civil, no pudiendo sus disposiciones contradecirlo y, por el

²⁵ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 140.

contrario, deben ellas interpretarse con arreglo a su espíritu. [...] Si el “juez civil” deja de reparar en el efecto objetivo que las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales producen sobre las disposiciones del derecho civil —“efecto de irradiación”—, viola con ocasión de su fallo el derecho fundamental que ha debido proteger y cuya observancia judicial le es impuesta²⁶.

Como se ve, el argumento del Tribunal es que la Constitución contiene en su parte de derechos fundamentales un sistema u orden objetivo de valores que busca realizarse en todo tipo de relaciones sociales, tanto jurídico-públicas como jurídico-privadas²⁷. De esta tesis nacerá el *Drittwirkung* o efecto horizontal de los derechos fundamentales, que se justifica por el hecho de que la persona humana se encuentra sometida a una situación de indefensión frente a una sociedad controlada y dirigida por poderes privados que emulan, en ocasiones con ventaja, al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de la libertad, y que hace que el planteamiento de los derechos y las libertades no se conciba ya sólo en relación con el poder del Estado, sino además ante ese conjunto de poderes privados capaces también de conculcarlos²⁸.

²⁶ Citado por Cifuentes Muñoz, Eduardo, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, en: *Cuadernos Constitucionales*, No. 27. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998, pág. 13. Disponible en: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=119>>, a mayo de 2011.

²⁷ La misma Corte Suprema argentina es pionera en la materia, toda vez que en el famoso *Caso Kot*, en el mismo año que su par alemán (fallos 241:291, sentencia del 5 de setiembre de 1958, “Samuel, Kot SRL”), afirmó que “Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita aseverar que la protección de los derechos humanos esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad ni que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *lato sensu*, carezca de la protección constitucional adecuada por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos”, y que “[l]a Constitución Nacional está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes ‘los beneficios de la libertad’ y este propósito se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, obstaculizan o postergan la efectiva plenitud de los derechos”. Son notorias, quizás haciéndose eco del precedente alemán, las similitudes con las consideraciones del caso Luth.

²⁸ De Vega García, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung Der Grundrechte*)”, en: Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado*, Serie Doctrina

A partir de estas nociones se puede hablar del *Drittwirkung* o, entre nosotros, el “efecto horizontal” o “eficacia entre particulares” de los derechos humanos. No quita de escena al Estado, no lo exime de su responsabilidad. Por el contrario, demanda su intervención en ámbitos que clásicamente se suponían reservados a particulares. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo recordó en el *Caso Opuz* que la interferencia de las autoridades en la vida privada o familiar puede ser necesaria para proteger los derechos de las personas, o para prevenir la comisión de delitos²⁹.

En el caso de las mujeres, frente a la situación de dominación patriarcal en la que se encuentran, la normativa destinada a la defensa de sus derechos, tanto interna como internacional, obliga a los Estados a adoptar medidas especiales de protección. Siendo ello así, los derechos humanos nos están obligando a tomar consideración acerca de la ecuación real de poder existente en el ámbito doméstico y familiar. Así, tanto en este como en otros ámbitos, las relaciones asimétricas de poder le incumben al ordenamiento jurídico en general, y a los derechos humanos muy en particular.

Esto no implica dar de baja la noción de autonomía de la voluntad³⁰, necesaria para el desarrollo en libertad de las relaciones sociales, puesto que esa simple y genérica libertad de ningún modo puede ser invocada para lesionar derechos ajenos. Ese deber de respeto constituye, precisamente, la base del *Drittwirkung*.

Ahora bien, puede suceder que haya casos confusos en los que la violación no luzca tan evidente. En tales supuestos, deberá establecerse hasta dónde llega la capacidad de autodeterminarse, y hasta dónde

Jurídica, No. 96. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002, pág. 697.

²⁹ TEDH, *Caso Opuz vs. Turquía...* párr. 144, con cita del *Caso Bevacqua y S. vs. Bulgaria...* párr. 83.

³⁰ Riesgo que lleva a sostener a Bilbao Ubillos que “a nadie se puede obligar a organizar su vida privada con arreglo a los valores constitucionales. Es el precio que hay que pagar para preservar una sociedad de seres libres y responsables, con una capacidad real de autodeterminarse”. Citado por Carbonell, Miguel, “¿Se puede hacer valer los derechos fundamentales frente a particulares?”, en: García Ramírez, Sergio (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, Tomo 1. UNAM, México, 2007, pág. 218.

llega la vinculación del texto constitucional y convencional respecto de particulares. El elemento que creo fundamental para armonizar eventuales tensiones, consiste en verificar la presencia de relaciones asimétricas de poder entre las partes de la relación jurídica³¹ (y que al movimiento de mujeres le resulta especialmente caro³²), de modo que cuanto menor sea la igualdad real entre ellas, mayor será la injerencia de los derechos fundamentales en la vida “privada”, a fin de corregir tales desigualdades. ¿Acaso no es esa desigualdad de base la que justifica la adopción de medidas de acción afirmativa?

Dicho de otro modo, si un poder privado deriva en una situación de monopolio, la autonomía de la voluntad quedaría simplemente reducida a la autonomía de ese poder privado, de esa dominación, y la igualdad ante la ley se convierte en legitimación de las desigualdades de hecho.

Por ello no parece suficiente proclamar la interdicción de la arbitrariedad pública, sino también de la privada. Es que sólo así puede afirmarse el concepto de inherencia de la dignidad humana como fundamento del ordenamiento jurídico, que por tanto irroga consecuencias jurídicas también a las relaciones interindividuales. Es desde esta perspectiva que la protección del derecho a una vida libre de violencia es una función privada y pública, las dos al mismo tiempo, o simplemente ninguna. Supone una obligación estatal (garantía) y otra *erga omnes* (respeto). De lo contrario, los derechos humanos sólo podrían llegar a ser derechos defensivos frente al Estado, y este sólo asumiría con respecto a ellos obligaciones negativas, de no injerencia. Tal la concepción liberal-clásica de los derechos, concepción que no está vigente ni viviente en la jurisdicción internacional. Veamos.

Recepción por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En su opinión consultiva No. 18 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, la Corte sostuvo que

³¹ Carbonell, Miguel, “¿Se puede hacer valer los derechos fundamentales frente a particulares?”... pág. 219.

³² Lo cual es reconocido por la Convención Belém do Pará en su parte considerativa, en la que señala que la violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”.

En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*)³³. Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares³⁴.

También ha señalado la existencia de dichos efectos de la Convención en relación con terceras personas, al haber ordenado medidas provisionales para proteger a integrantes de grupos o comunidades de actos y amenazas causados por agentes estatales, y también por particulares³⁵.

Por su parte, en lo que hace a la aplicación de la doctrina en ejercicio de su función contenciosa, la Corte ha condenado al Estado colombiano por actos cometidos por paramilitares en el marco del conflicto armado interno que desangra a la población de dicho país. Así, en el *Caso de la masacre de Mapiripán* consideró que

Las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección, [...] se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la

³³ Efectos que Antônio Augusto Cançado Trindade ya venía destacando insistentemente en sus votos razonados de los *Casos Blake vs. Guatemala*, fondo, sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C No. 36, párr. 28; *Caso Blake vs. Guatemala*, reparaciones y costas, sentencia de 22 de enero de 1999, Serie C No. 48, párr. 40; *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, excepciones preliminares, sentencia de 4 de febrero de 2000, Serie C No. 67, párr. 2 y ss.

³⁴ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados...* párr. 140.

³⁵ Corte IDH, *Caso de las penitenciarias de Mendoza*, medidas provisionales, resolución de 18 de junio de 2005; *Caso del Pueblo Indígena Sarayaku*, medidas provisionales, resolución de 6 de julio de 2004; *Caso de la Comunidad Kankuamo*, medidas provisionales, resolución de 5 de julio de 2004; *Caso de las comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*, medidas provisionales, resolución de 6 de marzo de 2003, Serie E No. 4, párr. 169; *Caso de la Comunidad de Paz de San José Apartadó*, medidas provisionales, resolución de 18 de junio de 2002, Serie E No. 4, párr. 141, y *Caso de la Cárcel de Urso Branco*, medidas provisionales, resolución de 18 de junio de 2002, Serie E No. 4, párr. 53.

efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales³⁶.

Luego, en el *Caso de la masacre de Pueblo Bello*, la Corte clarifica los supuestos a partir de los cuales cabe aplicar el *Drittwirkung*. Señaló que

[U]n Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía³⁷.

Ello se sostiene, pues

[T]eniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada³⁸.

³⁶ Corte IDH, *Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 111.

³⁷ Corte IDH, *Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párr. 123. Y confirma sus criterios en el *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 78. El criterio fue tomado del TEDH. Véanse los casos *Kiliç vs. Turquía*, sentencia del 28 de marzo de 2000, No. 22492/93, párrs. 62-63, y *Osman vs. Reino Unido*, sentencia del 28 de octubre de 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII, párrs. 115-116.

³⁸ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 155.

Es curioso que, sin mencionar la doctrina del *Drittwirkung*, la Corte haya reproducido este criterio en el párrafo 280 del fallo recaído en el Caso “*Campo algodonero*”³⁹, por el cual –aplicando la Convención de Belém do Pará– condena al Estado mexicano por los homicidios de tres jóvenes mujeres, aun cuando no se probó que hayan sido cometidos por agentes estatales, sino en el contexto de un patrón de violencia que, se probó, existía en Ciudad Juárez. De este modo, la Corte IDH viene a compartir implícitamente la estrategia propuesta en estos comentarios en cuanto a que la violencia contra la mujer perpetrada por agentes no estatales, corresponde encuadrarla en la noción conceptual de la *Drittwirkung*.

Aplicabilidad al ámbito de la violencia contra la mujer

Trasladando estas reflexiones al ámbito de la violencia contra la mujer, se deduce que la responsabilidad del Estado en virtud de actos de violencia perpetrados por particulares, requiere para su configuración de dos elementos: a) conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para la mujer, y b) tener posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.

a) Conocimiento de la situación de riesgo

El acto violento –o su amenaza– puede llegar a conocimiento de la autoridad pública por cualquier medio. Centralmente a través de la denuncia (signada por su informalismo⁴⁰), pero también por informes de agencias estatales o de organismos no gubernamentales, o bien porque el hecho sale a la luz en otro tipo de procedimiento, por ejemplo, en un juicio de divorcio.

Luego, en algunos casos puede ser difícil determinar si la autoridad pública –cualquier persona funcionaria– tuvo conocimiento de un hecho de violencia. Ahora bien, por obra del concepto de la debida diligencia no siempre se requerirá probar que existió un conocimiento efectivo de la situación, sino que bastará con que se entienda que el Estado debió tener conocimiento de ello. Eso es una cuestión que se

³⁹ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...*

⁴⁰ Véase Kemelmajer de Carlucci, Aida, *Protección contra la violencia familiar*, 1a. edición. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2007, págs. 39-41.

resolverá en cada caso, de acuerdo con las circunstancias de tiempo y lugar que lo rodeen.

Por su parte, es pertinente tener en cuenta algunas pautas que la Corte IDH consideró exigibles en el *Caso “Campo algodónero”* y que aquí resultan especialmente aplicables, dada la analogía evidenciada entre ambos supuestos. Allí sostuvo que una vez denunciada la desaparición de las jóvenes (lo que es lo mismo que el conocimiento de la situación de riesgo antes referida), el Estado debió actuar “con prontitud dentro de las primeras horas y días”⁴¹, de modo que “permitieran a las autoridades ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante las denuncias de desaparición y prevenir adecuadamente la violencia contra la mujer”⁴². Ello por cuanto, “[l]as autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad”⁴³; de este modo, a través del recurso interpretativo de la analogía, debe igualmente presumirse que la mujer golpeada continuará en tal situación hasta tanto no se tomen medidas efectivas para evitarlo.

A su vez, no pueden admitirse leyes que exijan hechos violentos ya consumados, sino que el conocimiento de un peligro inminente impone la adopción de medidas cautelares para evitar el daño. En caso de existir antecedentes, de modo tal que pueda hablarse de una “gran probabilidad de daño”, la técnica procesal moderna aconseja la promoción de procesos urgentes, como la medida autosatisfactiva, cuyo objeto es acceder a una justicia más rápida y eficaz⁴⁴. Si no existen mecanismos similares, el Estado falla en prevenir la violación, cuestión que nos coloca en el campo de la razonabilidad de tal prevención.

b) Prevención razonable

La razonabilidad de la prevención es, en definitiva, la debida diligencia con que el Estado atiende una violación, toda vez que exista

⁴¹ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...* párr. 284.

⁴² *Ibidem*, párr. 285, por aplicación del art. 7, inc. c, de la Convención de Belém do Pará.

⁴³ *Ibidem*, párr. 283.

⁴⁴ Peyrano, Jorge W., y Edgar J. Baracat, *Medida innovativa*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2003, pág. 15.

un deber jurídico de actuar, ya que la Corte IDH se ha referido a ella al tratar el caso de la responsabilidad del Estado por omisión. Este deber supone prevenir razonablemente, investigar seriamente y, en caso de encontrar responsables, sancionar al autor y reparar a la víctima⁴⁵.

En los casos de omisiones puras el Estado será claramente responsable pues la violación que ocurre en defecto de toda prevención⁴⁶. Más compleja es la situación en que el Estado ha ejecutado diversas acciones a fin de evitar un potencial daño, pero que no obstante no cumplen su objetivo. En ellos deberá analizarse si el obrar estatal cumple con ciertos requisitos.

Si bien escapa a los objetivos de este trabajo exponer detalladamente los supuestos en que el Estado puede ser responsabilizado, cabe no obstante exponer qué debe entenderse por la noción de razonabilidad, de manera de poder evaluar hasta qué punto el Estado se encuentra obligado a prevenir las violaciones.

El principio de razonabilidad (o como lo prefiere cierta doctrina, de proporcionalidad) es el concepto clave para evaluar la legitimidad de la injerencia estatal en los derechos fundamentales o, dicho de otro modo, determinar el exacto alcance del derecho en cada caso y por lo tanto –como contrapartida– la medida de acción que del Estado cabe exigir para garantizarlo. Radica, *grosso modo*, en que toda medida de la autoridad que restrinja o reglamente un derecho fundamental, lo haga sólo en la medida indispensable para la obtención de un fin constitucionalmente –y convencionalmente– lícito⁴⁷. Esto es, que “la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”⁴⁸.

De allí las dos preguntas que se formula el Sistema Interamericano a la hora de evaluar la validez de una restricción de derechos humanos.

45 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...* párrs. 174 y ss.

46 Salvo, claro está, que el Estado demuestre que el daño no era previsible o, aunque previsible, inevitable con los medios regulares con los que cuenta. Porque en tales casos no habría una posibilidad razonable de evitarlo.

47 Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*. UNAM, México, 2007, pág. 20.

48 Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 46.

Primero, si el obrar estatal persigue un fin legítimo, lo cual surgirá de cada obligación en particular. Segundo, si la conducta adoptada en cada caso exhibe una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se persigue, lo cual —a su vez— supone un examen de necesidad de la medida, en el sentido de que sea la menos gravosa para el derecho afectado. De tal modo, si con evidencia se advierte que la lesión a un derecho proviene de una medida concreta que podría reemplazarse por otra, y que de haberse elegido no irrogaría dicha lesión, la conducta estatal deja de ser razonable, pues habiendo otras medidas igualmente conducentes, se ha optado por la más gravosa. Ello así porque en tal caso si la mayor afectación no es necesaria es, por consiguiente, desproporcionada⁴⁹.

Por lo expuesto, para estimar la licitud de una medida interventora de un derecho fundamental, tiene ella que superar el *test* de cada uno de estos elementos, fin legítimo y proporcionalidad, en cuyo caso reúne las condiciones de su propia racionalidad. Caso contrario, el Estado falla en prevenir la violación.

El otro de los temas cruciales a fin de que el Estado cumpla con sus obligaciones de garantía lo constituye la puesta en práctica de investigaciones serias, efectivas y asumidas como propias del Estado, tendientes a no propiciar la impunidad, cuestión que se percibe como la mayor discriminación que enfrentan las mujeres⁵⁰. Al respecto, se impone la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de debido

⁴⁹ Para una aplicación del principio de proporcionalidad véase: Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, fondo, sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C No. 68, párr. 79; *Caso Neira Alegria y otros vs. Perú*, fondo, sentencia de 19 de enero de 1995, Serie C No. 20, párrs. 69 y 72; *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 107; *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párr. 42. Ver también, TEDH, *McCann y otros vs. Reino Unido*, sentencia del 27 de setiembre de 1995, Serie A 324, párr. 149. Asimismo, Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 6/16; *Suárez Guerrero vs. Colombia*, No. 45/1979; *Herrera Rubio vs. Colombia*, No. 161/1983; *Hermanos Sanjuán vs. Colombia*, No. 181/1984; *Baboeram et al. vs. Surinam*, Nos. 146, 148-154/1983; *Bleier vs. Uruguay*, No. 30/1978; *Dermitt Barbato vs. Uruguay*, No. 84/1981, y *Miango Muiyo vs. Zaire*, No. 194/1985.

⁵⁰ Birgin, Haydée (editora), *Violencia familiar...* pág. 29.

proceso, en el sentido de que los recursos deben ser susceptibles de producir el resultado para el cual están destinados. Esta es la nota de eficacia de los procedimientos, que dimana del artículo 25 de la Convención Americana. Así, en aquellos casos en los que el reconocimiento de alguna garantía procesal se exhiba como ilusoria o haya quedado reducida al plano declarativo, el proceso no satisface los estándares de la Convención⁵¹.

De todo lo anterior, se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de

⁵¹ Al respecto, la Corte Interamericana señaló que: “[...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párr. 136; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 113; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párrs. 136 y 137, y *Garantías judiciales en estados de emergencia...* párr. 24, entre otros.

las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará⁵².

Conclusiones

A pesar de que los Estados están obligados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a tomar medidas efectivas para respetar, proteger y garantizar los derechos de las mujeres, la violencia contra ellas sigue siendo un fenómeno generalizado y sistemático⁵³. Verificado ello, el reclamo por la intervención estatal –real y efectiva– constituye un paso esencial para evitar que la hipocresía colectiva “privatice” el problema, que permanezca todavía oculto en nuestras sociedades cada vez más individualistas.

A esos efectos, contextualicé la denominada *Drittwirkung* para poner en entredicho la distinción entre lo público y lo privado, de manera que la doctrina pretende remediar la confusión existente en materia de derechos humanos, que los concibe oponibles únicamente frente al Estado. Porque una cosa es que el Estado sea el garante del ejercicio pleno y efectivo de un derecho, y otra muy distinta es que las normas sólo a él obliguen y, por tanto, sólo a él responsabilicen.

Ello, que se verifica ante los tribunales internacionales puesto que no se han modificado las normas sobre la responsabilidad internacional del Estado, no puede ser sostenido en los ordenamientos jurídicos nacionales, toda vez que –como quedó demostrado– aquellos tribunales consideran responsables a los Estados por no aplicar las normas de derechos humanos respecto de particulares. Por tal motivo, tanto como la responsabilidad estatal, también existe una responsabilidad individual por el incumplimiento de normas de derechos humanos, aun cuando esta no pueda ser declarada por tribunales internacionales al no serles atribuida la competencia para el enjuiciamiento de personas o de entidades no estatales, lo cual –en todo caso– constituye una cuestión de capacidad procesal para ser demandado y que admite variaciones conforme el grado de evolución

⁵² Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...* párr. 258.

⁵³ Amnistía Internacional, “Hacer los derechos realidad. El deber de los Estados de abordar la violencia contra las mujeres”. ACT 77/049/2004, pág. 72.

alcanzado por la disciplina. No obstante, ello no responde tanto a una imposibilidad teórica cuanto a una exigencia de los intereses dominantes cuya voluntad es lógicamente preservar un estado de cosas funcional a tales propios intereses.

Por otra parte, se podrá decir que hay derechos, como el de la tutela judicial efectiva o el principio de la legalidad penal, que no son oponibles a las personas, pero ello no responde a razones conceptuales, sino a la mera circunstancia de que aquellas no tienen la posibilidad de afectarlos en la medida en que no cuentan con aparatos gubernamentales para ello.

De tal modo, si bien es cierto que los Estados siguen siendo quienes, con poderes normativos y coercitivos, positivizan los designios de los derechos humanos en los respectivos territorios nacionales –cuyo gobierno da nacimiento a la obligación de garantía–, no lo es menos que todas las personas están obligadas a respetarlos (obligaciones *erga omnes* de respeto), puesto que es esta la única forma de sostener validamente el concepto de inherencia. De lo contrario, si los derechos devienen oponibles únicamente respecto de los Estados, su fundamento residiría en el vínculo existente entre las personas y los Estados, pero no serían predicables en las relaciones interindividuales. La Corte IDH reacciona claramente contra esta postura al receptar la *Drittwirkung* en el párrafo 140 de su opinión consultiva 18. Parece aceptar, sin decirlo expresamente, que las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (que sólo obligan a los Estados) no deben extrapolarse a los sistemas nacionales y, así, conceptualizar a los derechos humanos como otra cosa que un fenómeno jurídico-político en permanente construcción y cambio, cuya primordial función radica en controlar el modo en cómo se ejerce el poder, legitimándolo, y que puede provenir no sólo del Estado sino también de una persona en concreto, de un grupo de ellas, de la familia, de una empresa, de una multinacional o, por qué no, de las nuevas esferas de poder supranacional o supraestatal⁵⁴.

54 La “Directiva de retorno” del Parlamento Europeo, que permite detener a un nacional de país no comunitario hasta dieciocho meses, es un buen ejemplo de ello. Véase: <<http://tardesgrises.wordpress.com/2008/06/23/directiva-retorno/>>, disponible a mayo de 2011.

En el caso particular de estos comentarios, el derecho de la mujer a una vida libre de violencia exhibe como pocos la falacia conceptual sobre la cual se ha erigido la postura que pretendo poner aquí en crisis, falacia cuya comprobación se encuentra en la jurisprudencia internacional y que la Convención de Belém do Pará, como instrumento normativo, ha sido pionera en advertir.

Asimismo, sabido es que la interpretación evolutiva de los textos de derechos humanos les depara un contenido variable y dinámico, en permanente construcción. Una obra de arquitectura que “debe acompañar [...] las condiciones de vida actuales”⁵⁵. En este aspecto, creo necesario destacar que el mayor problema que tiene hoy la disciplina no es si un derecho pertenece a una u otra categoría o si se protege por medio de tal o cual acción, sino cuál es el modo más seguro de garantizarlos para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados. En definitiva, la mayor discriminación que enfrentan las mujeres son las dificultades para acceder a la justicia⁵⁶.

Debemos preguntarnos cada vez más si los compartimentos estancos, categorías abstractas, o tecnicismos de dudosa estirpe, no terminan siendo los aliados jurídicos de los mayores sometimientos de la historia, como es, en nuestro caso, el de las mujeres. De ahí que deba quedar ya definitivamente claro que ante la pregunta de si un tribunal nacional puede, con ocasión de su fallo, declarar que el cónyuge o pareja violó el derecho de su mujer a una vida libre de violencia, aplicando el art. 3 de la Convención de Belém do Pará, entonces la respuesta me parece indudablemente afirmativa.

⁵⁵ TEDH, *Tyrer vs. Reino Unido*, sentencia del 25 de abril de 1978, Serie A No. 26, párr. 31. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay...* párr. 117; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo reparaciones y costas, sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 125, y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párr. 165. En el mismo sentido, Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, párr. 114.

⁵⁶ Birgin, Haydée (editora), *Violencia familiar...* pág. 29.

Es que allí donde la mujer se debate entre la vida y la muerte, en ese umbral donde todas las determinaciones jurídicas de las mujeres son desactivadas, las categorías público y privado no son predicables. Y en este estado de anomia, donde la violencia sustituye al derecho y donde este ya no puede reaccionar frente a aquella, la reafirmación de la dignidad humana, una vez más en la historia, deviene ineludible. Es, pues, el concepto de inherencia⁵⁷ el fundamento jurídico a partir del cual puede demandarse la intervención estatal en este fenómeno para que, en el ámbito doméstico, los derechos humanos sean efectivamente oponibles frente a particulares. Esa condición básica de humanidad –la dignidad– es la que va a permitir comprender por qué toda distinción entre público y privado, entre civil y social, entre sustantivo y procesal, y otros tantos viejos tecnicismos, ya no acompañan las condiciones de vida actuales y son discriminatorios, puesto que producen a la postre otra distinción, la madre de todas las distinciones, la que no puede admitirse: la que distingue entre derechos humanos o la nada misma. Entre uno y otro caso, hay una apuesta política. Una posición tomada.

⁵⁷ Que dimana del art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y que se encuentra ínsito en el principio de no discriminación, norma de *ius cogens* internacional.