

¿REPRESIÓN Y/O PREVENCIÓN PARA CONTRARRESTAR LA VIOLENCIA Y LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES Y LAS NIÑAS (INDÍGENAS)?

MSc. Adán Carmona Pérez*

RESUMEN

En el presente artículo se reflexiona acerca del contenido y visión que debería tener la Recomendación General sobre los derechos de las mujeres y niñas indígenas, que se pretende elaborar por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer en colaboración con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Naciones Unidas, en el marco de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979. Se analiza el tema de la violencia contra las mujeres y niñas indígenas, su estado actual normativo y sociocultural. Se proponen cambios paradigmáticos y en cuanto a la política pública en materia de violencia de género.

Palabras clave: mujeres, niñas, violencia, género, indígena, penal, política, criminal, patriarcado, interseccionalidad.

ABSTRACT

This article reflects on the content and vision of the General Recommendation on the rights of indigenous women and girls, which the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, in collaboration with the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, intends to draft within the framework of the 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. It analyzes the issue of violence against indigenous women and girls, its current normative and sociocultural status. Paradigmatic and public policy changes on gender violence are proposed.

Keywords: women, girls, violence, gender, indigenous, penal, political, criminal, patriarchy, intersectionality.

Recibido 10 febrero 2022

Aprobado 17 de agosto de 2022

* Mediador de la Universidad de Costa Rica y de la Corte Suprema de Justicia - CEDEMAR; bachiller y licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica; egresado de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica; máster en Criminología y Seguridad Humana de la Universidad de Cooperación Internacional; máster en Sociología Jurídico Penal de la Universidad de Cooperación Internacional y la Universidad de Barcelona; especialista en Justicia Constitucional y Tutela de Derechos Fundamentales de la Universidad de Pisa, Italia; especialista en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo por la Universidad de Salamanca, España; miembro de comisiones en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica y en el Poder Judicial de Costa Rica; conferencista nacional e internacional; profesor universitario; autor de múltiples publicaciones. Ha sido defensor público, es el coordinador nacional; coordinador de proyectos de cooperación internacional la Unidad de Defensa Penal en Delitos de Violencia contra las Mujeres del Poder Judicial. Correo electrónico: acarmonap@poder-judicial.go.cr

INTRODUCCIÓN

En el año 2021, durante el 79° período de sesiones, celebrado del 21 de junio al 1 de julio, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer realizó un debate general sobre los derechos de las mujeres y las niñas indígenas, organizado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

La actividad mencionada tenía entre sus fines principales estimular el debate y buscar aportaciones para la elaboración por parte del Comité de una **recomendación general sobre los derechos de las mujeres y las niñas indígenas**, con el objetivo de dar a los Estados partes de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (conocida por sus siglas en inglés como CEDAW), una orientación sobre las medidas que deben adoptar para garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones obtenidas en el citado instrumento internacional, de respetar y proteger los derechos de las mujeres y las niñas indígenas. (Ver <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/DGDRightsIndigenousWomenAndGirls.aspx> consultado el 12/10/21).

La celebración de dicho acontecimiento es motivo suficiente para realizar algunas reflexiones sobre el tema de la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas, principalmente indígenas.

Lo primero que debe recordarse es que la igualdad, la no discriminación, la prohibición de la violencia y el derecho de vivir en paz son categorías que se derivan de la dignidad humana. Esto quiere decir que cualquier ser humano es titular de ellas solo por el hecho de ser persona. Ni en el más profundo estado de insania, se podría negar en la actualidad esta premisa, al menos, en el contexto de un Estado de derecho, pues, en modelos de Estado de corte totalitario, la citada

categoría puede perfectamente revestir poca o ninguna importancia.

También es necesario aceptar que las categorías apuntadas no siempre fueron reconocidas a todas las personas por igual. Por el contrario, la regla que históricamente monopolizó las relaciones interpersonales y sociales era la de categoría de personas y cuasipersonas y no personas. Dicho de otra manera, lo que prevalecía era la dimensión de lo desigual, pues no todas las personas eran iguales.

Lo anterior es fácilmente palpable con solo dar una mirada a la historia reciente de la humanidad, donde, por ejemplo, conceptos, tales como absolutismo, monarquías (reyes y reinas) y noble, clero; señor feudal, campesinos, siervos y siervas, esclavos y esclavas, negros vs. blancos, indios vs. españoles, entre otros, eran los que prevalecían; más recientemente, judíos vs. arios donde, en la visión nefasta del nacionalsocialismo, la raza aria era superior.

Entre esas marcadas estratificaciones y categorías de personas, la mujer, los niños y las niñas siempre ocuparon el lugar menos privilegiado, pues aquellos sistemas socioculturales perfilaron y asentaron una visión de mundo basada en una estructura principalmente patriarcal y adultocentrista.

Se puede afirmar que el reconocimiento de las categorías mencionadas para todos los seres humanos no ha sido obra de la casualidad, sino del producto de grandes luchas sociales (algunas de ellas con consecuencias mortales teñidas de sangre) que han logrado grandes avances, principalmente, en el plano formal (teórico/normativo) y declarativo. Empero, en su dimensión real/material, falta mucho peregrinaje.

En este estado de cosas, para algunos seres humanos, la igualdad, la no discriminación, la

prohibición de la violencia y el derecho de vivir en paz, entre otros derechos, todavía no se han logrado materializar del todo. Lamentablemente, las mujeres y niñas, especialmente indígenas, destacan en este grupo en virtud de que siguen ocupando posiciones menos privilegiadas en las sociedades actuales.

Lo dicho no es un dato menor, pues estamos ante la posibilidad de que más de la mitad de la población mundial sufre de algún tipo de violencia y discriminación teniendo en cuenta que, para el año 2021, según la Organización Mundial de las Naciones Unidas, **el 49,5 % de la población mundial son mujeres** (*World Population Prospects - Highlights, 2019- 2021*).

Debido a la importancia de lo indicado, en este texto, interesa reflexionar sobre algunos aspectos en torno a la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas indígenas, acentuando la atención en lo atinente a la forma en que los Estados han tratado de contrarrestar este flagelo.

Desde la perspectiva indicada, es conveniente cuestionarse si ¿ha funcionado el abordaje, principalmente de corte represivo, que se ha realizado en Costa Rica y en gran parte de Latinoamérica para contrarrestar la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas indígenas?

Una posible respuesta a dicho planteamiento sugiere que las políticas públicas de corte, principalmente represivo, que se han realizado en Costa Rica y en gran parte de Latinoamérica para afrontar la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas indígenas no han sido suficientes ni idóneas para terminar o, al menos, minimizar esta grave problemática. Por esta razón, es necesario un cambio de paradigma para contrarrestar este flagelo, basado en un abordaje integral cimentado en los derechos fundamentales de las personas.

Para abordar esta línea de reflexión, como objetivo general, se analizará de manera general el perfil de las acciones que actualmente utilizan Costa Rica y Latinoamérica para contrarrestar la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas, principalmente indígenas.

Con la misma finalidad apuntada, seguidamente, como objetivos específicos, se abordarán los siguientes: se mencionarán algunos elementos de carácter interseccional presentes en el tópico de la violencia contra las mujeres y las niñas. Luego se intentará describir de forma general el perfil de las políticas públicas de corte político-criminal con las que actualmente se trata de contrarrestar la discriminación y la violencia contra las mujeres en Costa Rica y Latinoamérica. Por último, se ensayará una propuesta de cambio de paradigma en el abordaje de la discriminación y la violencia contra las mujeres en Costa Rica y en Latinoamérica.

Para finalizar, se advierte por integridad intelectual que el presente artículo parte de una visión teórica/descriptiva, abordando el contenido temático de manera breve y superficial dadas las limitaciones propias que un texto de la presente naturaleza trae aparejadas

DESARROLLO: Inicialmente es prudente y honesto aceptar que hablar sobre el tema de la violencia contra las mujeres es muy complejo y tan complicado como su abordaje. Esta dificultad se agudiza tratándose de la violencia y la discriminación que sufren las mujeres y las niñas indígenas, debido a que, generalmente, estas poblaciones son víctimas de otras categorías de violencia, discriminación y vulnerabilidades, asociadas principalmente a aspectos socioculturales y económicos, particulares de esta población.

A la complejidad apuntada, debe agregarse un tercer elemento que hace aún más enrevesado el

tratamiento de este tópico, el cual está relacionado con las circunstancias de vulnerabilidad que son propias de la niñez en general; pero que se acentúan todavía más tratándose de las niñas indígenas.

La violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas indígenas se observan a partir de múltiples escenarios (alguno de ellos invisibles e imperceptibles), factores y categorías que han sido evidenciados desde la interseccionalidad (CELS, 2011), (Platero, 2014, pp. 80-81), tales como el género, idioma, etnia, edad, clase social y la orientación sexual, entre otros.

Esta multiplicidad de situaciones, a su vez, es utilizada consciente o inconscientemente por la sociedad en general (especialmente por las estructuras patriarcales) en complicidad con los Estados, para perpetuar una no solo sistemática, sino también estructural, la cual se distingue de las demás por su gravedad y poca visibilidad (Barrata, 1990), (Galtung, 1969; Pereira, 2014, p. 41).

A partir de lo anterior, es imposible no reconocer la existencia del flagelo de la violencia machista, reproducida, especialmente, por patrones socioculturales que han prevalecido a lo largo de la historia de la humanidad (Lerner, 1990), los cuales se encuentran muy profundizados y arraigados en la mayoría de las culturas del mundo (Pereira, 2014, p. 41).

Esta permanente y normalizada violencia contra las mujeres, especialmente de las mujeres y niñas indígenas, no es compatible con el derecho humano que tiene toda persona del planeta de vivir sin violencia de cualquier naturaleza, independientemente de sus condiciones personales y socioculturales.

La violencia y la discriminación de cualquier naturaleza en contra de cualquier persona o grupo

es sinónimo no solo de violación de derechos fundamentales y humanos (derecho de vivir una vida libre de violencia (Camacho, 2009, p. 77), sino también implica ausencia de paz. Por tanto, es obligación de todos los Estados realizar las acciones necesarias para contrarrestar este flagelo.

Sin embargo, aquella obligación de los Estados de crear políticas públicas (entre ellas, política criminal) para el abordaje de la violencia citada debe tener algunas características, elementos y contenido diferenciador de aquellas que se utilizan para contrarrestar la violencia ordinaria/común. Esto es así, debido a que debe partirse de la premisa de que la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas, especialmente indígenas, tienen peculiaridades y componentes diferentes determinados de raigambre sociocultural, basados en estructuras históricas patriarcales, lo cual hace que su eliminación amerite otras soluciones, pues estamos, como se indicó, ante una problemática más compleja.

Esta obligación y responsabilidad de los países de contrarrestar la violencia y la discriminación en análisis no es imaginaria; por el contrario, tiene varios sustentos, no solo desde una perspectiva moral, sino también ética y, especialmente, jurídica.

Interesa destacar la dimensión jurídica que encuentra sustento en la vasta normativa tanto de carácter internacional como nacional, así como en principios básicos que deben regir un Estado democrático de derecho, como lo es, por ejemplo: *el principio de superioridad ética del Estado*.

Entre la normativa internacional de gran relevancia sobre este tema se encuentran, entre otras: la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer conocida como CEDAW (Ley N.º 6968, 1985) y la Convención Interamericana para

Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida como la Convención de Belém do Pará (Ley N.º 7499, 1995), las cuales fueron ratificadas por el Estado costarricense, mediante las leyes señaladas (para más detalle ver Carmona, 2020).

Son importantes también todos los instrumentos internacionales existentes, relacionados directa o indirectamente con los derechos de las poblaciones indígenas, entre ellos: la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* adoptada en 1965 (validada por el país mediante Ley N.º 3844, 1967); *Convenio n.º 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Mundial del Trabajo*, adoptado en 1989 (aprobada por Costa Rica mediante Ley N.º 7316, en 1992); el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* de 1992 (sancionado por nuestro país en Ley N.º 7416, 1994) y la *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Naciones Unidas* de 2007.

Por último, sin que se agote aquí, se puede señalar la *Convención de los Derechos del Niño* de 1989, la cual fue aprobada por Costa Rica mediante Ley 784 de 1990.

En el plano nacional, se cuenta con el respaldo normativo de carácter nacional, entre ella: *Ley Indígena*, N.º 6172 de 1977 y *Ley de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas de Costa Rica*, N.º 9593 de 2018.

Con lo anterior, se evidencia que los Estados, entre ellos, el costarricense, tienen la obligación de realizar política pública con el fin de erradicar cualquier tipo de violencia y discriminación en contra de las mujeres, especialmente cuando se trata de mujeres y niñas indígenas.

Sin embargo, aquellas obligaciones y acciones estatales y sociales, encaminadas a la eliminación

de la violencia y la discriminación contra las mujeres y a los reconocimientos de sus derechos, especialmente de la población citada, deben supeditarse para lograr su legitimidad ética, moral y legal, al menos en las siguientes condiciones:

1. Deben realizarse en el marco de los derechos humanos y fundamentales de las partes involucradas (Aniyar, 2011). Esto implica que las acciones tomadas deben respetar como condición *sine qua non* (de carácter vinculante y como límite infranqueable): el pleno respeto de las diferencias culturales (multicultural/autoidentificación/cosmovisión) de los pueblos originarios y los demás derechos y las garantías que trae aparejados la dignidad humana (Chacón, 2005).
2. Un Estado democrático de derecho debe también ser capaz de lograr implementar acciones, mediante la utilización de herramientas y mecanismos menos invasivos y violentos en contra de los derechos de las partes involucradas, en el entendido de que, en el contexto de la ideología de Estado mencionado, de conformidad con el principio de superioridad ética del Estado, de dignidad humana y de legalidad, no puede justificarse el uso de la violencia de cualquier tipo (incluye la estatal/pública) para defender y obtener otros derechos (Chinchilla, 2010), (Ferrajoli, 1995), (Ambos, 2009).

En este sentido, se comparte lo referido por Binder cuando afirma que “*La política criminal, como política de un Estado republicano, democrático y sometido al de Derecho, debe usar de la violencia lo menos posible. El principio de mínima intervención rige toda la política criminal de este, diametralmente opuesto al de*

Policía, que se funda en el ejercicio de la violencia” (2014, p. 112).

3. Lo anterior significa que las acciones de políticas públicas desplegadas por cualquier Estado en contra de la violencia contra las mujeres, en particular de las mujeres y las niñas indígenas, se deben realizar mediante un abordaje *integral, intercultural y transversal* de dicho flagelo y no únicamente mediante mecanismos represivos de corte penal y administrativo sancionatorio.
4. Requiere, además, que cualquier acción encaminada a contrarrestar la violencia contra las mujeres y las niñas indígenas se debe realizar respetando en la medida de lo posible sus tradiciones ancestrales y los derechos que les son reconocidos desde su distintividad, diversidad cultural y atendiendo la normativa y las recomendaciones internacionales relacionada al respeto de los derechos de la población indígena y las comunidades (Schliemann, 2012).

Solo de esta manera las acciones utilizadas por los Estados en contra de la violencia y la discriminación citada pueden ser legítimas y respetuosas de los derechos humanos y fundamentales de las partes.

Las sugerencias respecto al contenido que se considera que deben contemplar, como mínimo, cualquier acción estatal en la lucha de la violencia y la discriminación contra las mujeres, deben permear sin lugar a dudas las acciones, regulaciones y recomendaciones que se emitan desde los organismos regionales y globales como la Organización de Estados Americanos y la Organización de Naciones Unidas sucesivamente, tomando en consideración que, desde estas esferas, muchos países en el mundo toman las

bases para generar una política pública sobre el tema en cuestión y otros.

Es importante señalar en este sentido que se corre el riesgo de hacer surgir una aporía cuando se lucha contra la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas indígenas, desde el núcleo de la cultura de los pueblos originarios, en tanto, inicialmente, parece muy difícil hacer frente a este flagelo, sin que surja el riesgo —o acuses— de fricción o intromisión ilegítima a sus cosmovisiones.

Dicho de otra manera, con alguna razón, se puede pensar que la lucha contra la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas indígenas, en el escenario apuntado, no es más que una nueva imposición cultural de parte de la cultura “dominante/oficial”, justificada ahora, en la lucha contra la violencia contra las mujeres, a modo de un neocolonialismo, donde se pretende la implementación forzada de estructuras y categorías neocoloniales: los derechos humanos y fundamentales.

Si surge la dificultad apuntada, esta puede ser superable por medio de los siguientes aspectos:

1. Al contenido esencial de los derechos humanos y fundamentales para que sirvan como elemento delimitador y barrera infranqueable en dos sentidos:
 - a) A las prácticas culturales que se consideran insanas para los derechos de las personas, ante lo cual debe existir consenso. En caso de que no exista conciencia (y, por tanto, consenso) en lo interno de las diferentes culturas originarias, respecto a que el tópico de la violencia contra la mujer es insano para cualquier convivencia social por afectar la dignidad humana, la sana convivencia y la igualdad entre las personas, debe trabajarse mediante

diferentes estrategias para crear tanto la conciencia como el consenso y, para ello, es indispensable un abordaje integral del flagelo, punto que se retomará en el párrafo subsiguiente.

- b) A las políticas públicas para contrarrestar la violencia y la discriminación con el objetivo de que no caigan en la tentación de invadir el núcleo esencial de las formas de vida de la población indígena o aspectos que no tienen relación alguna con la configuración de la violencia y la discriminación.
2. El otro aspecto tiene que ver con la forma de abordaje de la discriminación y la violencia, el cual debe ser necesariamente integral, no parcial, con el fin de que se resuelva el fondo del asunto. Respecto a este punto, se profundizará más adelante (sobre la necesidad de un enfoque integral de la violencia de género ver: Chirino, 2002).

La propuesta anterior basa sus cimientos en el reconocimiento de la dignidad del ser humano sus derechos fundamentales, independientemente del contenido de su personalidad y condición sociocultural; es decir, sin distingo alguno.

Además, parte de un planteamiento de abordaje integral de la violencia contra las mujeres que sugiere reconocer la naturaleza ecológica (multifactorial) (Camacho, 2009, p. 18) y, por ende, compleja de la violencia contra las mujeres. Esto significa que se debe entender que la respuesta también debe ser multidireccional, donde todas y todos reconozcamos que debemos realizar acciones para cambiar aquellos factores y escenarios que históricamente han sido terreno fértil para el surgimiento y afianzamiento de la violencia machista.

Lo anterior supone, principalmente, admitir que la violencia contra las mujeres se adquiere mediante los mecanismos de aprendizaje social, pues, a través de esta interacción, la persona aprende el ejercicio de las conductas violentas.

Desde dicha perspectiva, se podría concluir que la violencia es el uso de la agresividad innata para el ejercicio de un daño a otra persona como método para resolver o detener situaciones conflictivas o para obtener o mantener una posición de poder o privilegios (Marisol Lila y Heinrich Geldschläger. (Mayo de 2021). *Proyecto Contexto*. Costa Rica) en defensa de determinado *status quo*. Esto sugiere que *esta violencia, por ser aprendida socialmente, puede ser desaprendida y sustituida por otras herramientas más proactivas y menos lesivas para todos* (Batres, 1999).

Como se ha podido notar, la propuesta de abordaje y eliminación de la violencia contra las mujeres, especialmente indígenas, se decanta, principalmente, por un cambio de paradigma (o su afinamiento, según se dirá) en la forma que actualmente se echa mano para contrarrestar dicha problemática, ya sea la utilización de mecanismos y medios represivos/sancionatorios que abordan parcialmente el tema en análisis.

Lo anterior requiere que las políticas públicas que se construyan para hacerles frente a la discriminación y la violencia contra las mujeres comprendan acciones que contengan, al menos, los siguientes elementos:

- a. La necesidad de *reconocimiento* de parte de toda la población en general y del Estado de que todavía persiste violencia generalizada en contra de las mujeres, acentuada, en no pocas ocasiones, en algunos grupos poblacionales como, por ejemplo: las mujeres y las niñas indígenas.

Desde esta perspectiva, se requiere realizar acciones y estrategias desde todas las instancias (estatales y no estatales), dirigidas a la sociedad, en general, enfocadas en el *reconocimiento y la visualización* de todos los escenarios de violencia (incluyendo los micromachismos), con el fin de contrarrestar su normalización.

- b. Además, apuesta a dirigir la mirada a la *integralidad y la prevención* de la violencia machista y no solamente a los enfoques represivos/sancionatorios que actualmente han minado las políticas públicas de la región latinoamericana con algunas excepciones.
- c. Este cambio de paradigma (o la propuesta de reafirmación) en la lucha contra la violencia machista apuesta a un enfoque de *construcción de nuevas masculinidades* en todos los grupos etarios, con independencia de la clase social a la que se pertenezca, bajo una dinámica que implique: *DESAPRENDER masculinidades tóxicas para APRENDER masculinidades críticas y sanas*.

La propuesta no es del todo novedosa (aunque presenta algunos matices personales), pues ya varios países en el mundo han emprendido este cambio de paradigma desde hace algunos años. Sin embargo, quedan muchas barreras que superar, debido a que, en no pocas ocasiones, aquellas rutas han sido tomadas con incredulidad y atacadas con frecuencia por sectores de la población que consideran que el hombre no puede cambiar y, por tanto, su educación es una pérdida de tiempo y recursos. Desde estas corrientes, la represión es el único camino, pero el tiempo y las experiencias surgidas en algunas latitudes han dado muestra de lo contrario.

En el contexto costarricense, se visualizan algunos esfuerzos muy tímidos tendientes para

cambiar la forma, principalmente represiva, en que se ha venido afrontando históricamente esta temática. Por ejemplo, desde el Instituto Nacional de la Mujer (como ente rector designado por ley para vigilar y promover actuaciones respecto al tópico de cita, según el artículo 21 de la Ley contra la Violencia Doméstica) así como por medio del Gobierno central, se han instaurado políticas públicas, contenidas en el Plan Nacional para la Atención y Prevención de la Violencia contra las mujeres de todas las edades, conocida como PLANNOVI, 2017-2032, las cuales están encaminadas al abordaje integral de este tema, pero enfocadas principalmente a niños y adolescentes. (Ver Carmona, 2020).

Como se indicó, las políticas contenidas en el PLANNOVI pretenden dar un abordaje más integral que apunte principalmente a la prevención y la educación desde diferentes ámbitos y acciones estratégicas con el fin de propiciar un cambio en la cultura machista y promover masculinidades no violentas que impulsen la igualdad de la mujer. Sin embargo, desde aquí, no se propician programas adecuados y especializados para trabajar con hombres mayores de edad, orientados a la construcción de nuevas masculinidades, esto a pesar de que la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres (N.º 8589) les asigna esta obligación en el artículo 16. (Sobre una crítica al respecto, ver Carmona, 2020).

En este sentido, existen propuestas, modelos y programas serios, creados desde las ciencias sociales como la psicología, los cuales apuntan a un abordaje integral de la violencia contra las mujeres desde el paradigma mencionado que ha sido implementado con grandes éxitos en varios países del mundo (por ejemplo, en España (Programa Contexto) y, en Costa Rica, (Programa Hombres en Construcción) que, en términos generales, han apostado por contrarrestar la violencia en cuestión bajo visión más humana,

más civilizada, privilegiando la educación en y desde todos los niveles.

Parece que esta alternativa es conciliable con algunas corrientes teóricas que han abogado por políticas públicas de carácter criminal principalmente preventiva. Entre estas corrientes, podemos señalar, por ejemplo: las ciencias penales, específicamente las corrientes como el derecho penal mínimo y garantista (Ferrajoli, 1995), y la criminología, especialmente la criminología crítica (Baratta, 2004), las cuales, partiendo de la idea de que la cárcel no resocializa a las personas, decantan políticas públicas, cuya esencia se caracteriza por menos represión y más prevención, educación e inversión social (Ferrajoli, 2015).

Desde estas líneas de pensamiento, se es consciente de que la cárcel es un instituto obsoleto, en la mayoría de los casos, indigno e inhumano, inmerso irónicamente, en una sociedad “civilizada”, por lo cual, solo debe ser utilizada en casos de violencia grave y calificada (Aniyar, 2011). Debe advertirse que existen otras corrientes como la abolicionista que no considera útil la cárcel bajo ninguna circunstancia.

Desde el paradigma que aquí se propone (y/o se reafirma) como el que debe prevalecer y reforzarse en la lucha de la violencia contra las mujeres, se parte de que la mejor protección y erradicación de la violencia contra las mujeres a corto, mediano y largo plazo es la educación al hombre y a la sociedad en general, con el fin de hacerles ver, no solo que el sentido de superioridad del hombre hacia la mujer no es una cuestión natural, sino que aquello es producto de un desarrollo histórico insano normalizado, acentuado en una cultura patriarcal, al tiempo que se les *educa y enseña otras formas más bondadosas de desarrollar las masculinidades*. (*Sobre el fundamento de patriarcado moderno*, Cobo, 1995).

Las propuestas teóricas de cita, con razón, apuntan que las políticas públicas “*de poco costo económico pero de gran costo social y humano*” han demostrado ser el camino incorrecto para enfrentar esta problemática.

Bajo estas corrientes que abogan por políticas públicas de corte represivo/sancionatorio, se incluyen todas aquellas ideas de política criminal que son partidarias de la construcción de más delitos, la maximización de penas y relajamiento de derechos y garantías fundamentales (sustantivas y procesales penales (Feller, 2005) del ciudadano (Chirino, 2009).

Generalmente, estas corrientes se basan en doctrinas de mano dura y/o del riesgo (Prittwitz, 2003) y, a la vez, son azuzadas por posiciones populista punitivas (Llobet, 2016) de corte autoritario y motivadas por pretensiones político/partidistas (Garrido, Stangeland y Redondo, 2009, p. 877).

Estas líneas de pensamiento han sido teorizadas en los denominados “nuevos modelos de derecho penal”, representados entre otros por el derecho penal del enemigo (Jakobs y Cancio, 2003), el derecho penal máximo, el derecho penal de emergencia, cuyos adeptos en América Latina y gran parte de Europa son muchos y representados bajo diferentes formas (personas, Estado, entes públicos, organizaciones no gubernamentales, grandes empresas, mercados, bancos, etc. (Ferrajoli, 1995), (Zaffaroni, 2005).

Sin embargo, aquellas posiciones teóricas, marcadamente totalitarias, con tendencias perversas a la venganza y con exótica devoción al castigo (cárcel) y una resistencia desmesurada (algunas veces incompresible e irracional) al garantismo penal, *han fracasado una y otra vez*, cuando se ha evidenciado, por ejemplo, que la hiperinflación represiva y el ensanchamiento penal no son, en definitiva, mecanismos propicios

que *unilateralmente* sirvan para hacer frente a la violencia y es especialmente a la que se materializa en contra de las mujeres.

Se ha comprobado que el derecho penal (y la pena) no educa, no resocializa, a lo sumo, otorga una falsa sensación de solución y seguridad. Pero no erradica el problema de fondo, lo cual ha quedado demostrado mediante una operación muy sencilla: *el aumento de penas y delitos construidos alrededor de esta temática no ha disminuido (ni menos desaparecido) la violencia, por el contrario sigue en aumento.* (Sobre los cuestionamientos sobre la penal ver: Zaffaroni, 1998).

El problema se agrava cuando vemos que los Estados, especialmente de la región latinoamericana, han demostrados ser incapaces de lograr en la etapa de ejecución de la pena los fines “*legítimos*” que legalmente se le han asignados a esta en un Estado de derecho; es decir, el resocializador (prevención especial positiva). (Muñoz, 2014).

Así las cosas, en materia de violencia contra las mujeres, luego de que la persona condenada descuenta la pena, no solamente vuelve a delinquir, sino también aprende una carrera delincencial, donde ensancha el abanico criminal a otros tipos de delincuencia, después de haber pasado por la universidad del crimen: la cárcel. A la vez, los efectos criminosos de esta grave sanción han calado perfectamente en la vida de la persona excondenada desde muchos ámbitos, tales como la salud física y emocional, lo familiar, laboral y social (estigma), entre otros.

Esto se convierte en el resultado lógico de la falta de abordaje integral del problema que lo llevó a delinquir: sus aprendidas conductas de violencia machista/patriarcal, pues nunca las desaprendió, lo cual amplía abismalmente la posibilidad de reiterar la conducta delictiva.

CONCLUSIÓN

En definitiva, la ***Recomendación general sobre los derechos de las mujeres y niñas indígenas***, que debe crear el Comité de la CEDAW, debería contener, al menos, la ruta y los principales elementos señalados en este texto, para que sean una orientación legítima y respetuosa de los derechos humanos para los Estados parte de la Convención CEDAW.

Esto es así, debido a que no se puede seguir transitando por el mismo camino y utilizando, únicamente, la misma y vieja fórmula represiva para combatir la violencia y la discriminación contra las mujeres, especialmente cuando se trata de las realizadas contra las mujeres y las niñas indígenas, pues esta violencia, como se sostuvo líneas *supra*, tiene sus particularidades. Por tanto, no puede pretenderse dar la misma receta con la que se combate la delincuencia común, la cual, incluso, es disfuncional también para estos escenarios.

La solución orbita, sin lugar a dudas, en *apostar en mayor prevención, inversión en lo social y en la educación y menos por la represión*, tal y como se apuntó líneas arriba.

Al fin de cuentas, en el marco de un Estado democrático constitucional de derecho, los mecanismos y acciones de corte represivo/sancionatorio deben estar reservados como opciones de *última ratio*. De otro modo, la aplicación del *ius puniendi* debe ser descalificada por ilegítima, desproporcional y por ser contraria a la dignidad humana y sus derivados: *los derechos fundamentales*.

BIBLIOGRAFÍA

Ambos, K. (2009). Colecciones Derecho y Justicia. *Revista Escuela Judicial*. San José, Costa Rica.

Aniyar de Castro, L. (2011). Propuesta para una política criminal vinculada a los derechos humanos. O criminología del oprimido. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales* de la Universidad de Costa Rica. N.º 3.

Baratta A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.

Baratta, A. (1990). Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. *Revista IIDH*, n.º 11. San José, Costa Rica.

Batres, G. (1999). *El lado oculto de la masculinidad. Tratamiento para ofensores*. San José, Costa Rica. ILANUD. Programa Regional de Capacitación de la Violencia.

Camacho, Robert (comp.). (2009). *Antología guiada: Restableciendo los derechos humanos en el ámbito intrafamiliar desde el quehacer judicial*. 1. ed., Heredia, Costa Rica: Poder Judicial, Escuela Judicial.

Binder, A. (2014). *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. México: Coordinación editorial, Poder Judicial del estado de Nuevo León. I ed.

Carmona, A. (2020). *Aspectos teóricos y prácticos para la defensa penal en delitos de violencia contra las mujeres*. I ed. Costa Rica. Heredia: Poder Judicial, Departamento de Artes Gráficas.

Chirino, A. (2009). *El derecho penal “moderno” y la política criminal en Costa Rica hoy*. En

Derecho penal sustantivo & derecho procesal penal. Colecciones Derecho y Justicia. San José-Costa Rica: Escuela Judicial Lic. Édgar Cervantes Villalta.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). (2011). *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*. Ministerio Público de la Defensa de la Nación. Procuración Penitenciaria de la Nación. 1º ed. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno.

Chacón, R. (2005). El sistema jurídico indígena en Costa Rica: Una aproximación inicial. *Revista IIDH*. Vol. 41.

Chinchilla Calderón, R. (2010). *Principio de legalidad. ¿Muro de contención o límite difuso para interpretación de la teoría del delito en C.R.?* San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S. A.

Chirino, A. (2002). *Reflexiones a propósito del dictamen afirmativo de mayoría de la Comisión Permanente de la Mujer*. (Informe sobre Proyecto de Ley de expediente n.º 13 874). Asamblea Legislativa de Costa Rica.

Cobo, R. y otros. (1995). *Fundamentos del patriarcado moderno: Jean Jacques Rousseau*. Valencia, España: Universitat de València.

Feller, C. (2005). El derecho penal en la sociedad actual: un riesgo para las garantías penales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso de Chile*. Valparaíso-Chile, I semestre (XXXVI).

Ferrajoli L. (2015). *La cárcel*. Lección expuesta el 4 de julio de 2015. Curso de posgrado Ejecución Penal y Derecho Penitenciario Organizado. San José, Costa Rica. Por Iñaki Rivera Beiras de la Universidad de Barcelona y Carlos Manavella de la Universidad para la Cooperación Internacional.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Trotta, S. A.

Galtung, J. (1969). Violencia, paz e investigación para la paz. En *Sobre la paz*. Fontamara.

Garrido V., Stangeland P., Redondo S. (2009). *Principios de la criminología*. Valencia-España: Editorial Tirant Blanch.

Jakobs G., Cancio M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. I ed., Madrid, España: E. Civitas, S. L.
Lerner, G. (1990). *La creación del patriarcado*. Barcelona, España: Crítica, S. A.

Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas. (2013). Folleto informativo n.º 9 / Rev. 2.

Llobet, J. (2016). El “éxito” del populismo punitivo en Costa Rica y sus consecuencias. *Revista de Ciencias Penales*. UCR. Revista digital de la Maestría de Ciencias Penales. Número 8. ISSN 1659-4479. RDMCP-UCR. Recuperado el 25/02/2017, de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/download/25296/25577>.

Pereira, S. (2014). Modelo de abordaje integral en violencia doméstica. San José, Costa Rica: Juricentro.

Muñoz, M. (2014). *El hacinamiento carcelario: Reflejo del fracaso de la prisión*. Tesina de máster no publicado. Universidad de Cooperación Internacional (UCI). Universidad de Barcelona. San José, Costa Rica.

Platero, R. y otros. (2014). *Otras formas de (re) conocer. Reflexiones, herramientas y aplicaciones desde la investigación feminista*. España.

Prittwitz, C. (2003). *Sociedad del riesgo y derecho penal*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha (Estudios, 91). Cuenca. Recuperado el 05/01/2016 en <http://www.cienciaspenales.net/>

<files/2016/07/13sociedad-del-riesgo-y-derecho-penal.pdf>.

Schliemann, Ch. (2012). La autonomía de los pueblos indígenas de Costa Rica. Una contrastación del estándar internacional con la legislación nacional y su implementación. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 23 145. Volumen 23 (1).

Organización de las Naciones Unidas. (2019-2021). *World Population Prospects - Highlights*.

Zaffaroni, E. (2005). *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial D d F.

Zaffaroni, E. (1998). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires, Argentina: Edit. Ediar.

Legislación nacional

Ley 7316 de 1992.

Ley 784 de 1990.

Ley contra la Violencia Doméstica, N.º 7586 de 1996.

Ley de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas de Costa Rica, N.º 9593 de 2018.

Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, N.º 8589 de 2007.

Ley Indígena, N.º 6172 de 1977.

Ley N.º 6968 de 1984.

Ley N.º 7499 de 1995.

Ley N.º 3844 de 1967.

Ley N.º 7416 de 1994.

Legislación internacional

Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.

Convención de los Derechos del Niño de 1989.
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), 1994.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial adoptada en 1965.

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer conocida (CEDAW), 1979.

Convenio N.º 169 sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Mundial del Trabajo, adoptado en 1989.

Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Naciones Unidas de 2007.

Sitios web

<https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/DGDRightsIndigenousWomenAndGirls.aspx>