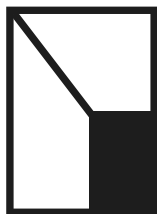




SECRETARÍA TÉCNICA
IGUALDAD DE GÉNERO
NO DISCRIMINACIÓN



Justicia con Perspectiva de Género

2023 • 3



Revista Justicia con Perspectiva de Género N° 3

Publicación:

Secretaría Técnica Igualdad de Género y no Discriminación
Poder Judicial de Chile

Ministra:

Andrea Muñoz Sánchez

Secretaria Técnica:

María Soledad Granados Zambrano

Dirección editorial:

Diana Maquilón Tamayo

Contribuciones:

Sandra Fredman

Juan Enrique Vargas

Isabel Cristina Jaramillo Sierra

Yanira Zuñiga Añazco

Flavia Carbonell Bellolio

Diego García-Sayán

Marcela Paz Araya Novoa

Lidia Casas Becerra

Federico José Arena

Raymundo Gama Leyva

Daniela Accatino Scagliotti

Julieta Di Corleto

Rodrigo Cerda San Martín

Mariano Fernández Valle

Ximena Gauché Marchetti

Nancy Yañez Fuenzalida

Corrección ortotipográfica y de estilo:

Teresita Rodríguez Morales

Diseño y diagramación:

Nicolás Rodríguez Ruiz



Esta publicación reúne las exposiciones presentadas en el Seminario Internacional “Los desafíos para incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia en Iberoamérica”, organizado por la Secretaría Técnica Igualdad de Género y no Discriminación durante mayo de 2023.

Para citar: Revista Justicia y Perspectiva de Género 3 (1), 1ra. edición. Santiago: Secretaría Técnica Igualdad de Género y no Discriminación, Poder Judicial de Chile, 2023.

Archivo digital: descarga y online

Licencia Creative Commons

CC BY-NC-SA

Atribución-No-Comercial-Compartir-Igual



Justicia con Perspectiva de Género

De la Secretaría Técnica Igualdad de Género y no
Discriminación de la Corte Suprema

Contenidos

PÁGINA 05

Presentación

PÁGINA 11

Seminario internacional "Los desafíos para incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia en Iberoamérica"

PÁGINA 13

Charla Inaugural

La perspectiva de género en el derecho y en la formación jurídica

PÁGINA 15

Sandra Fredman

I. La perspectiva de género en el derecho y en la formación jurídica.

PÁGINA 25

Entrevista de Juan Enrique Vargas a Sandra Fredman

PÁGINA 33

Panel I: La perspectiva de género como nuevo paradigma constitucional: la experiencia de Colombia y Chile

PÁGINA 35

Isabel Cristina Jaramillo Sierra

I. La incorporación de la perspectiva de género en el derecho constitucional colombiano

PÁGINA 43

Yanira Zuñiga Añazco

II. La perspectiva de género y el proceso de nueva constitución

PÁGINA 51

Panel II: Alcance de la perspectiva de género en el razonamiento judicial

PÁGINA 53

Flavia Carbonell Bellolio

I. La perspectiva de género en la actividad racional judicial

PÁGINA 63

Diego García-Sayán

II. Análisis integral de la perspectiva de género: su vínculo con la garantía estándar de imparcialidad

PÁGINA 69

Marcela Araya Novoa

III. La Perspectiva de Género como Garantía de Acceso a la Justicia de las Mujeres

PÁGINA 89

Panel III: Contribuciones de la perspectiva de género para abordar los estereotipos en el razonamiento probatorio (primera parte)

PÁGINA 91

Lidia Casas Becerra

I. Estereotipos y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

PÁGINA 97

Federico José Arena

II. La incidencia de estereotipos en la determinación de los hechos. Criterios para la evaluación de su rendimiento epistémico

PÁGINA 109

Raymundo Gama Leyva

III. La prueba testifical y pericial con perspectiva de género

PÁGINA 117

Panel IV: Contribuciones de la perspectiva de género para abordar los estereotipos en el razonamiento probatorio (segunda parte)

PÁGINA 119

Daniela Accatino Scagliotti

I. El estándar de prueba penal y la perspectiva de género

PÁGINA 127

Julieta Di Corleto

II. Discusiones sobre legítima defensa y perspectiva de género. Un recorrido por la jurisprudencia de Argentina, Chile, Colombia, México y Perú

PÁGINA 145

Rodrigo Cerda San Martín

III. Los nuevos delitos de índole sexual constitutivos de violencia de género. Algunas precisiones conceptuales y probatorias

PÁGINA 163

Panel V: Aplicación de la perspectiva de género y el enfoque interseccional en Latinoamérica

PÁGINA 165

Mariano Fernández Valle

I. Aproximación a las temáticas de género y el enfoque interseccional en la jurisprudencia interamericana

PÁGINA 173

Ximena Gauché Marchetti

II. La perspectiva de género como herramienta clave para el avance en el reconocimiento y protección de las personas LGBTIQ+ en Latinoamérica

PÁGINA 183

Nancy Yañez Fuenzalida

III. La relevancia del enfoque interseccional para la efectiva protección de los derechos de las mujeres indígenas



1140

1140

Presentación

Este tercer número de la *Revista Justicia con perspectiva de género* recoge el trabajo de quince académicos y académicas, quienes respondieron a la invitación realizada por la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia de la XXI edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana para participar como panelistas en el Seminario Internacional “Los desafíos para incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia en Iberoamérica” que se desarrolló los días 17 y 18 de mayo de 2023 en la ciudad de Santiago de Chile. El evento tuvo como objetivo analizar aquellos puntos críticos en que debe incorporarse de manera efectiva la perspectiva de género al momento de administrar justicia, a fin de superar los sesgos, brechas y estereotipos de género que podrían influir en el juzgamiento, con un enfoque jurisdiccional y aportes desde la academia. A través de los distintos paneles se abordaron temas vinculados al derecho constitucional, derechos humanos, razonamiento judicial y teoría del derecho, entre otros, a fin de generar un espacio de reflexión en esta materia fundamental, donde se esperaba hacer confluir distintas miradas y puntos de vista que permitan avanzar en el desarrollo de un diálogo regional sobre qué significa la incorporación de la perspectiva de género en la administración de justicia.

El seminario, organizado en conjunto con la Corte Suprema de Justicia de Chile, contó con el patrocinio de la Asociación Internacional de Mujeres Juezas (IAWJ), la Academia Judicial, la Universidad de Chile y la Red de académicas y académicos latinoamericanos del Derecho sobre Género, Derecho y Sexualidad (Red ALAS) y en él participaron en forma presencial magistrados y magistradas de los distintos Poderes Judiciales de Iberoamérica, incluida la magistratura de nuestro país.

Dar garantía al principio de igualdad y no discriminación en el ámbito judicial exige a los Estados, y por ende a los Poderes Judiciales y a las instituciones que participan del Sistema de Justicia, levantar las barreras de cualquier índole que puedan obstaculizar, limitar, restringir o condicionar el ejercicio de dicho derecho, en cualquier etapa del procedimiento. Incorporar la perspectiva de

género es, por tanto, esencial para lograr este cometido. En la cultura en que nos desenvolvemos, en la forma en que interactuamos quienes integramos la sociedad, en nuestros espacios de participación, de decisión, de autonomía, hay marcadas desigualdades de sexo, género, etnia, origen, situación socioeconómica, nivel educacional, entre muchas otras. Estas desigualdades están enraizadas en nuestras dinámicas relacionales y determinan nuestras posibilidades de participación y acceso a derechos, por lo cual pueden transformarse en barreras a su ejercicio.

Así, incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia, como una herramienta de análisis, busca permitir a la magistratura conocer y juzgar los casos de que conocen, con una mirada que entienda y visibilice las barreras que dificultan el goce o ejercicio igualitario de derechos y sea capaz, en consecuencia, de interpretar y aplicar el derecho, a la luz de las normas nacionales e internacionales pertinentes, sin discriminación y respetando el principio de igualdad.

Es importante tener presente, como marco jurídico, que la obligación de erradicar estereotipos de género se encuentra consagrada, explícitamente, en la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) artículo 5(a), y en la Convención de Belém do Para, artículos 6(b) y 8(b), siendo ilustrativa la Recomendación General N°33 del Comité de la CEDAW, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, que constata la existencia de “una serie de obstáculos y restricciones que impiden a la mujer realizar su derecho de acceso a la justicia en un pie de igualdad (...)”, esos obstáculos, agrega, “se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuesto de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria...”

Para la presente publicación seguimos la estructura del seminario, por lo que está organizado en seis secciones. El propósito fue recopilar las presentaciones de las personas expertas que participaron del evento;

6 podrán advertir que en algunos casos los textos son las transcripciones de las exposiciones, en tanto que, en otros, las personas expositoras nos enviaron una versión más extendida de sus ponencias. La primera sección contiene la charla inaugural efectuada por la profesora de la Universidad de Oxford, Dra. Sandra Fredman, complementada por la entrevista realizada por el Director de la Academia Judicial, Juan Enrique Vargas, en la cual pudo profundizar sobre algunos de los principales desafíos para nuestra región en la tarea de administrar justicia sin discriminación, en particular en los procesos de formación de la magistratura. En su charla inaugural, la profesora Fredman, nos presentó una nueva propuesta para abordar la igualdad sustantiva, analizando la realidad laboral de las mujeres, su vínculo con el trabajo no remunerado, las labores de cuidado y la importancia de avanzar en una igualdad real. Para el desarrollo de su enfoque propone el abordaje de la discriminación a través del examen de cuatro dimensiones: i) reparar la desventaja; ii) abordar los estigmas, estereotipos, prejuicios y violencia que sufren las personas discriminadas; iii) facilitar y dar voz y participación a aquellas personas que son excluidas; iv) apuntar hacia cambios estructurales orientados a abordar la asimetría de poder que viven las personas discriminadas. Sin duda su charla constituyó un marco para las reflexiones posteriores en torno a los desafíos que enfrentan los operadores y operadoras de justicia y los desafíos para la incorporación de la perspectiva de género en otros países y sistemas legales de Iberoamérica, como en el Reino Unido.

La segunda sección contiene las exposiciones del primer panel del seminario denominada “La perspectiva de género como nuevo paradigma constitucional: la experiencia de Colombia y Chile”. En él intervino la Dra. Isabel Cristina Jaramillo Sierra, profesora titular en la Universidad de Los Andes de Colombia, quien expuso sobre “La incorporación de la perspectiva de género en el derecho constitucional colombiano”, abordando cómo dicho tribunal ha aplicado esa metodología en su argumentación, algunos de los desafíos para identificar las sentencias que involucran materias de género y el impacto de la perspectiva de género en los casos concretos. La Dra. Yanira Zuñiga Añazco, académica de la Universidad Austral de Chile, en tanto, expuso sobre “La perspectiva de género y el proceso de nueva

Constitución”, en la cual reflexiona sobre cómo la perspectiva de género se ha venido incardinando en el constitucionalismo contemporáneo y su incorporación en el reciente proceso constituyente chileno.

En la tercera sección, correspondiente al segundo panel del seminario titulado “Alcance de la perspectiva de género en el razonamiento judicial” participaron la Dra. Flavia Carbonell Bellolio, profesora asociada y directora del departamento de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad De Chile, con la exposición titulada “La perspectiva de género en la actividad racional judicial”, en la que desarrolla en primer lugar lo que se ha entendido por el ideal de la racionalidad en la actividad judicial y luego intenta explicar cómo la incorporación de la perspectiva de género en la administración de justicia obedece esencialmente a este ideal, es decir, es una exigencia de la racionalidad en la actividad jurisdiccional. A continuación, encontrarán la exposición de Diego García-Sayán, ex - relator especial sobre la independencia de magistrados y abogados de Naciones Unidas, titulada “Análisis Integral De La Perspectiva De Género: Su Vínculo Con La Garantía Estándar De Imparcialidad” donde identificó los desafíos que enfrenta la magistratura al momento de incorporar la perspectiva de género, dando cuenta de su experiencia profesional en los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y de algunos casos emblemáticos como González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para cerrar el panel contamos con la participación de la Ministra de la Corte de Apelaciones de Copiapó, Dra. Marcela Paz Araya Novoa, Doctora en Derecho por la Universidad De Girona, quien abordó el tema “La Perspectiva de Género como Garantía de Acceso a la Justicia de las Mujeres”, a través del cual invita a focalizar nuestra mirada en el derecho fundamental de acceso a la justicia y su imbricación con la violencia de género, en una comprensión amplia de dicho derecho y, por ende, en su carácter de garantía pluridimensional. En su texto destaca cómo el enfoque de género resulta imprescindible para hacer efectivo el acceso a la justicia, “barrer” con la discriminación y la afectación al mandato de igualdad, que se despliegan principalmente a través de la reproducción y pervivencia de los estereotipos nocivos de género.

La cuarta sección contiene el tercer panel titulado “Contribuciones de la perspectiva de género para abordar los estereotipos en el razonamiento probatorio (primera parte)” en el cual participaron la Dra. Lidia Casas Becerra, Directora del Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales con la exposición titulada “Estereotipos y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” donde realiza una revisión sobre el camino recorrido por el sistema internacional de los derechos humanos para visibilizar los derechos de las mujeres, con énfasis en los derechos sexuales y reproductivos y la violencia en razón de género. A continuación, el Dr. Federico José Arena, profesor de La Universidad Blas Pascal de Argentina, elaboró un artículo titulado “La incidencia de estereotipos en la determinación de los hechos. Criterios para la evaluación de su rendimiento epistémico”. En su texto, el Dr. Arena nos invita a reflexionar sobre la introducción de la perspectiva de género en el razonamiento probatorio, sosteniendo que ella exige evitar los efectos distorsivos de los estereotipos de género, más no implica privilegiar una finalidad (ponerle fin a la discriminación contra la mujer) a expensas de la búsqueda de la verdad. Precisa, a tal efecto, que la evitación de los estereotipos en el razonamiento probatorio permite reducir las desviaciones que alejan de la verdad a quienes tienen que reconstruir los hechos, desviaciones que históricamente han perjudicado a las mujeres en determinados tipos de casos. Para cerrar esta sección el Dr. Raymundo Gama Leyva, profesor asociado en el departamento académico de derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México, aborda el tema titulado “La prueba testifical y pericial con perspectiva de género” a través del cual analiza los retos a los que se enfrenta la magistratura cuando tiene que aplicar la perspectiva de género, focalizándose en el razonamiento probatorio, a la luz de casos específicos en que tiene incidencia la prueba testifical y la prueba pericial.

La quinta sección contiene las exposiciones del cuarto panel titulado “Contribuciones de la perspectiva de género para abordar los estereotipos en el razonamiento probatorio (segunda parte)”. Da inicio a este panel la Dra. Daniela Accatino Scagliotti, Decana Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, con su exposición sobre “El estándar de prueba penal y

la perspectiva de género”. En su ponencia refiere a los aportes que puede hacer la perspectiva de género en el momento de la decisión probatoria, es decir, cuando el acervo de pruebas está ya determinado a través de la actividad de investigación y búsqueda, de la admisión y práctica contradictoria en juicio de esa prueba, y cuando la fiabilidad de ésta ha sido ya ponderada; cierra su exposición formulando una invitación a valorar la prueba conforme al estándar de prueba más allá de toda duda razonable, sin discriminación. Luego, la Dra. Julieta Di Corleto, Coordinadora del Grupo de investigación “Doctrina Penal Feminista” y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, analiza las “Discusiones sobre legítima defensa y perspectiva de género. Un recorrido por la jurisprudencia de Argentina, Chile, Colombia, México y Perú”, propuesta a través de la cual repasa los debates en torno a la legítima defensa a la luz de los aportes de la teoría legal feminista y examina, luego, algunas decisiones de las altas cortes de Argentina, Perú y México y de los tribunales de instancia de Chile y Colombia, emitidas desde el año 2009 al presente. Este mapeo busca abrir una ventana a través de la cual analizar los avances y desafíos de la incorporación de la perspectiva de género en los sistemas de administración de justicia penal. Para finalizar esta sección, el Ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rodrigo Cerda San Martín, analiza “Los nuevos delitos de índole sexual constitutivos de violencia de género. Algunas precisiones conceptuales y probatorias”, abordando los delitos sexuales cuya víctima es una mujer, con énfasis en aquellos incorporados recientemente al ordenamiento jurídico nacional, con el fin de identificar aspectos conceptuales y probatorios de interés. El Ministro Cerda destaca los avances de la legislación chilena dirigida a nombrar y erradicar los violentos actos discriminatorios tipificados como delitos sexuales, sin embargo, advierte que el trabajo legislativo debe ser más cuidadoso, considerando los efectos que la técnica de tipificación empleada pueda generar en la actividad probatoria concreta, ya que el mensaje normativo de persecución efectiva debe hacerse realidad y no quedar con normas penales meramente simbólicas.

En la sexta sección, y final de esta publicación, se aborda el quinto panel del seminario denominado “Aplicación de la perspectiva de género y el enfoque interseccional

8 en Latinoamérica". En primer lugar, encontrarán la ponencia del académico argentino Mariano Fernández Valle, Máster en Derecho con orientación en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Palermo, quien analiza la "Aproximación a las temáticas de género y el enfoque interseccional en la jurisprudencia interamericana", concentrando su análisis en los casos en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos utiliza el concepto de "interseccionalidad", incluso cuando no lo nombraba expresamente como tal, pero de todas formas tomaba en cuenta la confluencia de factores de vulnerabilidad en el análisis de sus casos, reconstruyendo entonces, una historia hacia delante y hacia atrás en relación al uso de dicho concepto en la casuística del tribunal. A continuación, la Dra. Ximena Gauché Marchetti, Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Directora del Proyecto de Investigación Aplicada Fondef "Justicia y Género", desarrolló su presentación titulada "La perspectiva de género como herramienta clave para el avance en el reconocimiento y protección de las personas LGBTIQ+ en Latinoamérica", en la cual afirma que el Derecho no ha sido particularmente amigable para comprender la realidad de las personas de la diversidad sexual y destaca como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aportado para que se identifique y se entienda la realidad de las personas de la diversidad sexual y, en concreto, cómo garantizar el acceso a la justicia de las personas pertenecientes al colectivo LGTBIQ+.

Para concluir el seminario, contamos con la ponencia de la Dra. Nancy Yañez, Presidenta del Tribunal Constitucional de Chile, Doctora en Derecho y académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, quien expuso sobre "La relevancia del enfoque interseccional para la efectiva protección de los derechos de las mujeres indígenas". En su análisis la Dra. Yañez aborda el enfoque de género e interseccionalidad como una garantía de derechos fundamentales para mujeres indígenas y reflexiona a partir de la experiencia jurisprudencial de Chile, tanto por los tribunales ordinarios como por el Tribunal Constitucional.

Debo destacar que los temas abordados en cada panel fueron definidos teniendo en consideración la importancia de indagar en la forma concreta en

que la perspectiva de género puede aplicarse en los casos judiciales y en los aspectos jurídicos que de ello derivan. En el marco de la teoría del derecho, se ha generado una reflexión en relación a la pregunta sobre cómo controlar las decisiones judiciales y evitar la arbitrariedad, ante ello, la motivación de las sentencias es un elemento de la garantía del debido proceso. En este ámbito, precisamente, entronca la incorporación de la perspectiva de género en la administración de justicia que, al ser una herramienta para develar los sesgos, brechas y estereotipos de género que pueden interferir en el razonamiento judicial, es un aporte en la línea de otorgar racionalidad a las decisiones y evitar su arbitrariedad. Contrario a lo que suele pensarse, la perspectiva de género contribuye a juzgar los casos con verdadera imparcialidad, pues al momento de conocer un caso, quien decide o adjudica puede incorporar sus propios prejuicios, estereotipos y valoraciones de género, asociados a cómo deberían ser y comportarse hombres y mujeres, lo que podría impedir que vea o comprenda el caso o la situación de manera integral y según el mérito de los antecedentes.

Estoy segura de que las ponencias contenidas en esta publicación serán una importante contribución a la reflexión que debemos seguir realizando en torno a un tema tan fundamental como es el de incorporar la perspectiva de género en el razonamiento judicial, para garantizar un efectivo acceso a la justicia de toda la población, sin discriminación y en búsqueda de una igualdad sustantiva, no meramente formal.

Quiero reiterar mi profundo agradecimiento a quienes han dado vida a esta publicación, a través de sus voces autorizadas, por medio de propuestas que recogen el trabajo académico y/o jurisdiccional de muchos años y que ya ha contribuido a asentar conceptos, enfoques y fundamentos jurídicos que deben ser renovados y sometidos al escrutinio que emana de los desafíos que la realidad, siempre compleja, nos presenta. A mi juicio esta es la única forma de avanzar en la tarea y el compromiso de entregar una justicia de calidad a todas las personas y, en particular, a quienes habitan en nuestra región iberoamericana, que comparte una realidad de grandes desigualdades que constituyen barreras en el acceso a la justicia.

Me enorgullece que la Comisión de Género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Judicial Iberoamericana, que me correspondió presidir en el bienio 2021-2023, haya sido capaz de convocar a este evento y de dar cabida a esta instancia de reflexión, ello, en el marco del Plan de Trabajo que se trazó para el período, dentro del objetivo destinado a crear herramientas para facilitar la incorporación de la perspectiva de género en los sistemas de administración de justicia. Un saludo y gratitud especial a mis colegas, las comisionadas de Puerto Rico, República Dominicana, Cuba y Costa Rica, que estuvieron presentes en el seminario y colaboraron activamente, como moderadoras de los paneles y participantes de los talleres de análisis de jurisprudencia que se desarrollaron en complemento a las exposiciones compiladas en la presente publicación, así como a las de España y México que desde la distancia apoyaron en su consecución.

**Andrea Muñoz Sánchez, ministra de la
Corte Suprema de Justicia
Poder Judicial de Chile**

Seminario internacional “Los desafíos para incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia en Iberoamérica”*

* Actividad internacional de carácter presencial realizada en Santiago de Chile entre los días 17 y 18 de mayo de 2023, organizada por la Corte Suprema de Justicia de Chile y la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia de la XXI integración de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en colaboración con organizaciones nacionales e internacionales en temas de género y derechos humanos.



Charla inaugural
La perspectiva de género en el derecho y en la formación jurídica

Escanea para ver la charla
en Youtube

Charla Inaugural: La perspectiva de género en el derecho y en la formación jurídica



SANDRA FREDMAN
Sudáfrica
Académica de la
Universidad de Oxford

Es sudafricana y tiene títulos de la Universidad de Witwatersrand y la Universidad de Oxford, en esta última ejerce como profesora. Ha actuado como asesora experta en derecho a la igualdad y legislación laboral en la Unión Europea, Irlanda del Norte, Reino Unido, India, Sudáfrica, Canadá, Malasia y las Naciones Unidas. Fundó Oxford Human Rights Hub, en 2012, del cual es directora.

Es abogada en ejercicio en Old Square Chambers. En 2005 fue elegida miembro de la Academia Británica y se convirtió en honoris causa en 2012. Ha escrito y publicado extensamente sobre normas contra la discriminación, derechos humanos y derechos laborales. Es autora de

cuatro monografías: Comparative Human Rights (OUP, 2018); Derechos humanos transformados (OUP 2008); Ley contra la Discriminación (2.ª ed., OUP 2011); and Women and the Law (OUP 1997), así como dos libros en coautoría: The State as Employer (Mansell, 1988), con Gillian Morris, y Labor Law and Industrial Relations in Great Britain (2nd ed Kluwer, 1992) con Bob Hepple. También ha editado varios libros: Derechos humanos e igualdad en la educación (Policy Press, 2018, con Meghan Campbell y Helen Taylor); Discriminación y Derechos Humanos: El Caso del Racismo (OUP, 2001); y Age as an Equality Issue (Hart, 2003 con Sarah Spencer). Recibió una beca Leverhulme Major Research Fellowship de tres años, en 2004, para continuar su investigación sobre los derechos socioeconómicos y la igualdad sustantiva



La igualdad sustantiva de género mediante la integración

Escanea para descargar la presentación en formato pdf



I. La perspectiva de género en el derecho y en la formación jurídica

Sandra Fredman, académica Universidad de Oxford.

Charla inaugural del seminario internacional "Los desafíos para incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia en Iberoamérica"



Me gustaría comenzar agradeciendo la invitación a esta discusión extremadamente importante sobre la incorporación de la perspectiva de género. Estoy muy emocionada de estar en Chile y de tener la oportunidad de conocer a todas las personas involucradas en este proyecto, el que ojalá se pudiera replicar en otros lugares.

Hoy hablaré sobre la igualdad sustantiva en términos de género. En ese sentido, nos encontramos con dos preguntas iniciales claves: ¿a qué nos referimos cuando hablamos de "igualdad sustantiva"? y ¿qué queremos lograr a través de ella? Pero también nos enfrentamos a una interrogante sobre su integración: ¿cómo llegamos hasta ahí? En primer lugar, me gustaría analizar por qué queremos lograr la igualdad sustantiva para poder descifrar cómo llegar a ella y cómo alcanzarla. Entonces, es preciso preguntarnos ¿cuáles son los límites en tratarnos como iguales para que la idea de igualdad formal se convierta en un concepto real? La pregunta obvia que se desprende, en ese sentido, es: ¿quiénes son iguales? Y este es el problema de la comparación, que conocemos bien, porque tenemos que encontrar un elemento de comparación que sean similares en aspectos relevantes, como por ejemplo el género, obviamente. También se pueden comparar

- 16 otras situaciones, como un embarazo, ¿cuál es el parámetro de comparación para una mujer embarazada? ¿podemos compararla con un hombre enfermo, por ejemplo? La igualdad de salarios, obviamente, aunque en una fuerza laboral segregada las comparaciones no son equivalentes.

En segundo lugar, hay que preguntarnos ¿por qué la necesidad de ser iguales? En ese sentido, el problema no es la diferencia sino la desventaja adjunta a la diferencia. Porque abrazamos la diferencia, pero no queremos un costo asociado a ella. Además, hay que sobrepasar el hecho de que tenemos que igualarnos conforme con la norma masculina.

La tercera pregunta es: ¿por qué ignorar la identidad? ¿por qué ignorar las diferencias que nos caracterizan? Como dije, no es la identidad el problema, sino la desventaja asociada a ella, y en esa búsqueda de igualdad también tenemos que celebrar la diferencia para lograr igualdad sustantiva.

La pregunta final, en cuanto al género consiste en averiguar si ¿tenemos que encontrar a alguien que haya sufrido prejuicio o, en el caso de las mujeres, haya sido tratado desfavorablemente? Obviamente, encontrar al culpable es muy difícil, porque las desigualdades están tan encapsuladas en nuestra naturaleza que, si encontramos un culpable, eso no logrará el cambio. Entonces, para la igualdad sustantiva se necesita sobrepasar estas cuatro limitaciones.

Hay muchas alternativas posibles para lograr lo que buscamos con la igualdad sustantiva. Una comúnmente usada es “igualdad de oportunidades”: si todas las personas pueden comenzar desde el mismo punto, se cree, entonces podremos lograr igualdad sustantiva. El problema con esta idea es que se refiere solo a un aspecto, porque incluso si sorteamos estas barreras, la mayoría de las personas desaventajadas necesitan, previamente, pasar esa puerta, y eso significa recursos, para la educación secundaria y superior, y el suministro de cuidado de niños y niñas. Entonces la igualdad de oportunidades es insuficiente.

La segunda alternativa es “igualdad de resultados”. Aquí no vemos el punto inicial, sino el final: ¿quién termina en posiciones que son importantes en nuestra sociedad? Y esto también tiene limitaciones. Muchos de nosotros estamos en posiciones en las cuales pedimos diversidad solo por pedirla, recolectando datos, por ejemplo. En ese sentido, creemos que esa es la acción que necesitamos cumplir en vez de ver lo que hemos logrado. Es muy difícil lograr la interseccionalidad, porque ¿qué monitoreamos? Cada vez monitoreamos grupos más pequeños, que, a su vez, se monitorean separadamente. Entonces, necesitamos concentrarnos. Otras opciones son “dignidad”, que es un concepto muy popular, pero es muy difícil de definir y sabemos que ha sido usado en contra y a favor de las mujeres. La autonomía también es muy importante, pero ¿cuán libres somos si no tenemos opciones factibles?

Lo que he intentado hacer en décadas de trabajo es tomar lo mejor de estos conceptos y tratar de potenciarlos con otros. He producido un paradigma que me gustaría mencionar brevemente, que contiene cuatro dimensiones de igualdad sustantiva y todas se refuerzan mutuamente. Y ustedes reconocerán los conceptos encapsulados aquí mismo.

El primero es, de hecho, reparar la desventaja; no se trata simplemente de remover la clasificación. Si decimos: el problema es que, si, por un lado, vemos el color de piel o el género de una persona y, por otro no lo hacemos, en ese caso nos quedamos simplemente con su mérito. Sin embargo, tenemos que ver la desventaja

misma en tal cuestión. Y mucha gente que está trabajando en este campo sabe que hay múltiples aspectos de desventaja que necesitan ser abordados: la pobreza, el género, y, sobre todo la pobreza que experimentan las mujeres, que está asociada a su salario, por ejemplo. Otras cuestiones que debemos observar son la diferencia en las tareas de cuidado de niños y niñas, el trabajo precario, lo que llamamos la “penalidad” de ser madre, porque son esas mujeres las que ganan menos por el resto de sus vidas. Entonces esa es la primera dimensión en la que hay que reparar la desventaja. Pero no se trata solo de desventaja, ¿por qué?, porque si fuera así podríamos decir: “Simplemente es una cuestión de seguridad social”.

Sin embargo, muchas de estas desventajas son causadas por estigmas, estereotipos, prejuicios y violencia. Ya hemos comentado sobre el rol de los estereotipos en la manera en que las mujeres, como víctimas, se ven en las cortes; cómo se observan diferencias entre buenas mujeres y malas mujeres; y como las mujeres en general que son estereotipadas como cuidadoras primarias; y también es relevante analizar el efecto de su sexualización, lo cual también se traduce en la existencia de violencia y acoso sexual en el espacio laboral.

Entonces, la tercera dimensión es que no le hemos dado voz ni participación a las personas discriminadas, particularmente a las mujeres, en el proceso político. Cuando los grupos no tienen voz, entonces se hace un más necesaria la igualdad sustantiva. Esta tercera dimensión implica facilitar la voz y la participación, ya sea en la arena política, en los sindicatos, en las juntas directivas o donde haya segregación de empleos.

La dimensión final nos desafía a abordar el hecho de que no podemos encontrar culpables. Entonces la igualdad sustantiva requiere transformar las estructuras que mantienen el poder patriarcal, tales como los límites estrictos entre trabajo remunerado y no remunerado, por ejemplo, o las largas horas de trabajo y que, frecuentemente, se espera que las mujeres sean las cuidadoras. Y considerar también el trabajo remunerado de cuidado que, muy a menudo, hacen mujeres de manera precaria o mal pagada. En definitiva, abordar el desbalance y asimetría de poder que experimentan las mujeres.

Entonces, solo si podemos abordar todos estos aspectos, estas cuatro dimensiones juntas, simultáneamente, podemos progresar hacia la igualdad sustantiva. Así que me gustaría proponer esto como un marco de análisis. Cuando pensamos en la perspectiva de género, ¿en qué medida estamos abordando estas cuatro dimensiones? ¿Podemos optimizarlas simultáneamente? Por eso tengo esta figura aquí, para mostrar cómo estas cuatro dimensiones interactúan entre sí para luchar contra las desventajas y cómo nos movemos hacia igualdad sustantiva. Tenemos que atacarlas todas juntas.



Al decir que se requiere lograr la igualdad sustantiva a través de la integración, hay que preguntarse sobre ¿qué estamos tratando de lograr? Y me gustaría proponer este marco de análisis para ello. También se requiere volver a la pregunta de ¿por qué necesitamos integración? y, aunque pueden ser preguntas ya conocidas, volver a hacérselas sirve para que podamos evaluar las herramientas disponibles.

18 La primera herramienta en pos de la integración radica en que esta puede ser proactiva, es decir, que se anticipe en vez de esperar a que un individuo traiga una queja, porque sufre discriminación causada por un culpable en particular, ya que eso es lento, caro y difícil de lograr. A través de medidas proactivas podemos identificar y abordar la discriminación incluso sin quejas particulares. Entonces estamos hablando de esto sistemáticamente, en vez de encontrar quejas individuales.

La segunda herramienta es que deberíamos prevenir. Cuando políticas nuevas están siendo adoptadas o pensadas, hay que evaluar el impacto de estas políticas de género, y así podemos ajustarlas de acuerdo con el caso.

En tercer lugar, otra herramienta puede ser: promover la igualdad. No simplemente ver las políticas actuales o pasadas, sino que introducir nuevas medidas para alcanzar la igualdad. Por ejemplo, cambiar la estructura del trabajo durante el día, como una política contra el acoso laboral.

Y la cuarta herramienta debería ser un abordaje más sistemático y estructurado. En el caso de la brecha salarial entre los hombres y las mujeres, por ejemplo, el salario no igualitario, si no abordamos cuáles son las razones estructurales detrás de este, es posible que no veamos cuáles son las lógicas de pago, que a menudo se traducen en menores salarios para las mujeres, donde advertimos segregación o áreas en donde hay menos mujeres, o donde las mujeres tienen trabajos peor pagados, y las estructuras de los días laborales que ponen a las mujeres en trabajos de medio tiempo en situaciones precarias. Esos son los motivos por los cuales necesitamos la integración, para poder lograr una igualdad sustantiva.



En este punto, es preciso revisar algunos modelos de integración concretos, que se han aplicado, ya que estoy segura de que pueden ser útiles. El primero caso, en la Unión Europea, ha implementado la obligatoriedad de un departamento de igualdad de género en todos los organismos para que estos apliquen los principios de la igualdad de género en el trabajo gubernamental. Para ello, la Unión Europea lo ha instaurado como una política transversal en toda su burocracia.

El segundo modelo es el deber de evaluar el impacto de las políticas para la igualdad. Específicamente, me voy a referir al caso del Reino Unido, donde existe el deber legal de los órganos públicos de tener “consideración debida” a la necesidad de promover la igualdad al elaborar las políticas que impacten el género, la raza, entre otros (Estatuto para la igualdad del Reino Unido, sección 149).

Y esto me lleva al siguiente modelo, que radica en el deber de adoptar medidas para alcanzar la igualdad. Como ejemplo de ello podemos ver la brecha salarial en Canadá, donde han consagrado la igualdad de pago durante varios años. También existen países donde se han implementado cuotas o reservas, como por ejemplo India, Sudáfrica y en partes de América también.

El cuarto modelo al que me quiero referir dice relación con el cumplimiento contractual, ya que estos modelos a los cuales me he referido trabajan en conjunto, no son independientes. En ese sentido, se trata de proporcionar un incentivo monetario de parte del gobierno, por lo que, para obtener un contrato, los organismos tienen que demostrar que han adoptado medidas para la igualdad de género. Sabemos que en Canadá y en Estados Unidos existen estos programas y resulta interesante saber que en el Reino Unido hubo un programa que se implementó de manera voluntaria en las universidades, donde se podían obtener fondos de investigación si se implementaba un equilibrio de género en los cuerpos de investigación. Y ha tenido éxito de varias formas.

Ahora, el siguiente paso se refiere a los desafíos y los riesgos que se enfrentan de manera frecuente. El primero tiene es la interfaz entre la ley y las políticas, donde es muy difícil construir mecanismos de cumplimiento dentro de la ley si tenemos que ir hacia las políticas.

El segundo es que es muy fácil ser capturado por la burocracia. Se pueden establecer comités, elaborar muchos informes, pero si vamos a los tribunales y tenemos un enfoque de casilla de verificación, diciendo que se han hecho ciertas cosas, no necesariamente significa que algo haya cambiado.

El tercer riesgo o desafío es que la integración puede diluirse, ya que se puede dismantelar la unidad de género e implementar distintas políticas en la organización. Muchas veces esto ocurre porque no hay nadie que lidere la igualdad de género, no hay una persona responsable que verifique que las cosas se estén haciendo, por esto debemos asegurarnos de que se hagan y no se diluyan estos esfuerzos.

El cuarto riesgo apunta a que son políticas que se establecen de arriba hacia abajo. Por lo tanto, el siguiente desafío se refiere a la implementación de una cultura organizacional que promueva la igualdad, lo cual sabemos es muy difícil de cambiar y de hacer un seguimiento al proceso de cambio. En ese sentido, el acoso sexual es uno de esos temas donde es particularmente difícil encontrar los puntos que gatillan en una cultura laboral su ocurrencia para se puedan hacer cambios.

20 Y luego, para quienes nos encontramos en el sistema judicial, el desafío principal es sobre cuál es el rol de las Cortes. Como abogadas y abogados, a menudo sentimos que, si podemos implementar correctamente el procedimiento, luego vendrán los resultados y, por lo tanto, un debido proceso va a llevar a un resultado esperado. Pero el riesgo es que, si simplemente se tiene el procedimiento, se tiene solo un cumplimiento simbólico sin resultados efectivos. Muchas veces las evaluaciones de impacto que vemos en Estados Unidos o en el Reino Unido caen dentro de esta categoría. Porque los procedimientos por acoso sexual no se ven muy bien, como vemos, por ejemplo, a través del movimiento #MeToo; muchos de los procedimientos se hacen, pero no abordan el problema de fondo y ahí es donde las mujeres tienen que recurrir a otras instancias para expresarse.

Para abordar estos desafíos existen elementos esenciales para la integración, que debemos considerar. El primero es, por supuesto, dilucidar quién es responsable de implementar todo esto. Se trata, obviamente, de encontrar a la entidad que pueda llevar el cambio, para lo cual es importante tener una persona liderando, alguien en la organización que pueda ser responsable de ello. Pero, además, tiene que haber participación, lo que conlleva cuatro dimensiones: las víctimas, los sindicatos, la sociedad civil y los órganos para la igualdad, que son quienes promueven las políticas, las monitorean y que se aseguran de su cumplimiento.

Y eso me lleva a los siguientes dos elementos claves: el cómo monitoreamos el proceso, por supuesto, necesitamos los datos, pero eso puede no ser suficiente; y luego cuáles son las mejores herramientas para el cumplimiento, ya que puede haber incentivos financieros, por ejemplo, o contratos gubernamentales u otro tipo de financiamiento. Debemos avanzar desde el estímulo a las sanciones. Y todo esto, además, se vincula con cómo cumplir. Y, un último elemento esencial, radica en identificar hacia dónde uno se dirige, cuáles son los puntos claves de la igualdad sustantiva para la integración. En ese sentido, creo que hay que abordar las desventajas del género abordar el uso de estereotipos —ver el prejuicio, y la violencia— para amplificar las voces y abordar la integración a través de cambios estructurales.

Para finalizar, voy a dar un par de ejemplos sobre la evaluación de impactos, que viene del Reino Unido, y que llamamos “el deber de igualdad en el sector público”. Esto se ha consagrado en las leyes sobre discriminación sexual y de igualdad desde el 2000, y requiere que las autoridades, al llevar a cabo sus funciones, deban tener debida consideración a la necesidad de los tres puntos siguientes: eliminar la discriminación, avanzar a la igualdad de oportunidades y generar buenas relaciones entre aquellos quienes comparten características protegidas y aquellos que no las ostentan, incluido el género, la raza y otras categorías interseccionales.

Las otras partes de la normativa en análisis que son importantes de mencionar tienen que ver con sus objetivos, los que ya se encuentran establecidos y pueden ver se vinculan con al menos algunas de las dimensiones que mencioné. Esto porque, cuando se estaba discutiendo sobre la ley, un colega y yo hicimos aportes que se incorporaron al objetivo del deber del sector público, que es remover o minimizar las desventajas conectadas a características protegidas, adoptar pasos para atender las necesidades de quienes son diferentes de otros, y fomentar la participación de aquellos grupos que están desproporcionadamente subrepresentados. Y también incluye la dimensión del estigma y del estereotipo, que debería formar parte de ello.

Para dar un ejemplo reciente, de 2016, donde la Corte Suprema del Reino Unido trataba un caso de violencia basada en género en el que se iban a trasladar a personas de viviendas sociales —que son provistas por el gobierno— a una habitación adicional. Había un grupo de mujeres que sufría de violencia basada en género y que tenían un cuarto o una pieza adicional en caso de que el agresor que las violentaba llegara a esta casa y tratara de agredirlas. Si tuvieran que irse de esa vivienda, estarían nuevamente expuestas a violencia.

Lady Hale, que era la única mujer en la justicia de la Corte Suprema del Reino Unido, aplicó estas cuatro dimensiones para obtener un resultado muy distinto y dijeron que deberían haber cambiado la política, porque la violencia basada en género es, sin duda, una desventaja sufrida por las mujeres y produce necesidades o resultados que son distintos de aquellas requeridas por personas que no comparten estas características. Y, por lo tanto, las autoridades deberían tener en cuenta estas necesidades de las víctimas para tomar mejores decisiones como resultado.

Pero también había algunos problemas con el enfoque de las cuatro dimensiones, en cuanto a la evaluación de impacto, ya que solo se había considerado, pero no se había tomado ninguna medida. Y en el caso del Reino Unido, hay casos que demuestran que, por un lado, el deber no es el deber de lograr un resultado, sino que tener debida consideración con la necesidad de lograr estos resultados. Hay un deber de tomar medidas y tenemos que fortalecerlo, de acuerdo con la Pacto Internacional de los Derechos Económicos y Sociales y Culturales, como el deber de tomar medidas para lograr estos derechos. Y eso hemos estado abordando en el Reino Unido, pero en el clima actual probablemente no ocurra.

El otro riesgo que ha sido muy problemático es que se trata, aún, sobre un proceso y no de un resultado. Las cortes están muy felices de simplemente mostrar que ha habido una evaluación de impacto y una vez que la Corte está satisfecha con ello, entonces depende de las autoridades lograr un cambio efectivo. Y lo que ha sucedido es que hay un riesgo de que el proceso es un resultado en sí mismo y simplemente una cuestión de verificar casillas. Por ejemplo, alguien dice: “Hemos tenido consideración debida, hemos considerado la necesidad de igualdad de género” y todos dicen que sí y listo, sigamos como de costumbre. Eso ha sido problemático, y obviamente eso no sería el caso si hubiera un deber de tomar medidas.

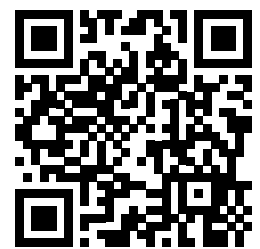
Un punto separado, como ejemplo, es el uso de cuotas. Podríamos también, además de la evaluación de impacto, ir por la ruta de las cuotas, que tiene beneficios muy importantes, y en el marco de igualdad sustantiva es importante el uso de cuotas. Es positivo porque se enfoca en las desventajas y no hay necesidad de culpa. Por ello, el enfoque de cuatro dimensiones significa que, por reservar un número de espacios para mujeres, ya sea en universidades o empleos, esto no significa que exista una reducción de la brecha, pero es una medida de igualdad porque se enfoca en la desventaja.

También necesitamos asegurar que logremos las otras tres dimensiones. En algunos países, como en India, donde hay reservas de cuotas, tenemos que asegurar que no hay estigma asociado. Algunas personas dicen que los beneficios de las cuotas no tienen suficiente mérito, y eso refuerza el estigma en contra de las mujeres, porque las mujeres tienen el trabajo solo porque son mujeres. Entonces, dentro de este sistema de cuotas tiene que haber reorganización y formación para evitar que haya esta noción de desventaja. Esto no se trata simplemente de un vale por una posición, es una situación que se genera por el riesgo de que las mujeres no

22 puedan acceder a estas posiciones o no se les pague igualmente. Al resolver esto, podremos lograr la cuarta dimensión, que es el cambio estructural. Sin embargo, debemos asegurarnos de que los factores en proceso que generan este desbalance de poder no ocurran.

Y como punto final, quisiera mostrar que, en el 2010, en el Reino Unido, se promulgó una ley que no ha sido usada apropiadamente, pero si se usara correctamente sí se ocuparían estas cuatro dimensiones. En su momento, mi colega y yo advertimos los problemas que esta ley presentaba. En ese sentido, se hicieron menciones en cuanto a su uso afirmativo y permisividad, porque si las personas comparten una característica protegida o tienen desventajas, entonces significa que tienen necesidades distintas a otras personas, y obviamente la participación de estas es extremadamente baja y, obviamente, si no fuera así, esta desventaja se podría revertir. Por lo tanto, la participación es importante.

Como conclusión, es necesario recordar que estamos aun transitando en este camino hacia la igualdad, cuestión que no se ha logrado previamente, así que termino con esta cita: "No hay camino, sino que se hace camino al andar" y ojalá construyamos este camino y transitemos por allí, para generar una vía que pueda ser usada por otras personas .



Entrevista a Sandra
Fredman, académica de la
Universidad de Oxford

Escanea para ver la
entrevista en Youtube

Entrevista a Sandra Fredman, académica de la Universidad de Oxford



JUAN ENRIQUE VARGAS VIANCOS

Entrevistador (Chile)

Director Academia Judicial

Abogado y Magister en Gestión y Políticas Públicas. Fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, primer director del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y director del programa de justicia de la Corporación de Promoción Universitaria (CPU), el que jugó un rol muy relevante en las reformas judiciales de los últimos años.



Entrevista

Entrevista de Juan Enrique Vargas a Sandra Fredman.

Juan Enrique Vargas (JEV): Doctora Fredman, fue una conferencia muy interesante, creo que todas las personas que estamos acá tenemos mucho que aprender. Ciertamente, hay distintas perspectivas desde las cuales pudiese iniciar esta conversación, pero quisiera comenzar —a partir de una pequeña desviación profesional que tengo porque por mucho tiempo me he dedicado a los temas de capacitación y, actualmente, de capacitación judicial— con preguntas dedicadas precisamente a cómo capacitar en estos temas, especialmente sobre cuáles son las mejores estrategias.

Y, en ese sentido, una primera pregunta es que, probablemente, hay un camino que despierta menos resistencia al inicio, cuando hablamos de capacitación o de cursos en perspectiva de género, como hablar de igualdad y no discriminación, que son categorías en las que nos hemos formado todos los abogados y nos suelen ser más cercanas. Pero claro, uno podría pensar de que esa forma, se puede hacer menos densa la intervención. ¿Qué recomendaría usted como estrategia?

Sandra Fredman (SF): En cuanto a su expertise en formación, diría dos cosas. Lo primero es que creo que las historias importan. Si podemos traer la historia de una persona que realmente ha experimentado y vivido, y encontrar formas en que esas historias pueden ser escuchadas de distintas maneras, creo que eso hace una gran diferencia, porque la perspectiva de —llamémosla— víctima o las personas protagonistas, a veces es ignorada o es filtrada.. Por lo tanto, la historia es importante.

Lo segundo importante, desde otra perspectiva, es cambiar la composición de los y las estudiantes o las personas que están participando de estos procesos de formación, porque, a menos que ellas provengan de distintos lugares, que no compartan los mismos paradigmas, será difícil lograr la diversidad, porque la gente se habla entre sí, en



el mismo idioma, con los mismos prejuicios y sesgos; por lo tanto, esto necesita ser reorganizado o combinado.

Creo que, asegurarse de tener un grupo representativo de personas aprendiendo es crucial y, en mi experiencia de enseñar, aquellos que están siendo enseñados, sean estudiantes o personas profesionales, aprenden más al hablar entre sí que al escuchar a las personas responsables de la formación.

Por lo tanto, la gente necesita conocer distintas historias. Y el proceso no cambia de un día a otro, sino que necesita ser desarrollado siempre.

JEV: Y en esa misma línea, en nuestra experiencia al menos, hemos ido logrando introducir cursos sobre la temática de género que abordan, en particularidad, un punto de vista más teórico o práctico.

Y ha sido bastante más difícil dar el paso, más bien complementario, sin perder la necesidad de tener cursos específicos de género, porque la gente que toma el curso sabe que va a ir a escuchar y a hablar sobre género, a introducir los temas de género. Pero en los cursos que no son de género, aquellos que son de las disciplinas jurídicas tradicionales o de los distintos temas que se abordan, como por ejemplo un curso en que hay problemas de conflicto de responsabilidad civil o penales, en fin; involucrar en ellos la perspectiva de género ha sido mucho más complejo.

Es difícil porque requiere contar con personas docentes que hagan el ejercicio y que estén dispuestos a introducirse en ese ámbito. Y también es mucho más difícil, desde el punto de vista de los alumnos y alumnas, porque cuando van a un curso sobre género, saben a qué van y están predispuestos. Muchos de nuestros cursos, no todos, pero la gran mayoría son voluntarios, entonces el que tomó el curso de Género, era porque quería ir. El que tomó un curso de Derecho Civil, no se espera que le planteen temas de género y, probablemente, tenga una posición de bastante más resistencia.

¿Hay ahí algunos tips que se pudiesen usar para cómo lograr esa integración de contenidos? Porque yo creo que tiene un impacto, ambas cosas son necesarias, pero tiene un impacto muy fuerte cuando logra transversalizarse en las disciplinas, en las otras materias.

SF: Estoy de acuerdo, esto es un gran desafío, eso es lo que significa integración, en definitiva, no es tener temas separados en que decimos: “Aquí es donde hacemos toda la formación o la enseñanza sobre género”, para los y las estudiantes o las personas que asiste a estos cursos y que quieren saber sobre este tema. Lo importante es que el género es parte de todas las áreas del Derecho y el tipo de Derecho que se ve como participante en este asunto de género, pierde la noción de ser tan importante y, a veces, los estudiantes que quieren ganar más dinero, entonces se van a enfocar en el derecho comercial, obviamente quieren avanzar en su carrera, y ven como menos importante a los temas de género. Si solo tenemos clases o cursos de género independientes, estas no se consideran tan importantes o tan buenas para la carrera.

Tanto los hombres como las mujeres tienen que entender las dimensiones de género en todas las materias, ya sea para el derecho comercial, el derecho tributario, entre otros. Sin embargo, se asocia al derecho de familia como un tema de mujeres, como es el caso en esta región, y ciertamente lo es también de donde yo provengo. Y muchas veces, los estudios de mujeres son menos valorados cuando ellas ingresan a esta profesión. Porque las profundas causas estructurales continúan, por lo tanto, necesitamos que los hombres también se interesen tanto como las mujeres en estos temas, y que a las mujeres se les lleve a los —de cierta forma llamados— “temas de hombres”.

El derecho tributario es un área dominada mayormente por hombres. Ciertamente en Inglaterra, Sudáfrica, no sé cómo es el caso de acá, pero recientemente el relator especial para la pobreza extrema hizo un taller enorme sobre el derecho tributario y me pidió que fuera a hablar acerca del género y los impuestos, y yo dije: “No sé nada de ese tema” y me dijo: “Bueno, mejor averigua”.

Y, de hecho, mientras más uno lo analiza, más uno ve cómo los sistemas impositivos varían de acuerdo al género. Esto se vinculaba con el sistema tributario de los derechos humanos y tuve que empezar a pensar sobre los temas de género en conexión a los impuestos. Y luego se me pidió ir a dar la misma charla a un seminario sobre el derecho tributario de la Universidad de Oxford, mi universidad, para los abogados tributarios, que mayormente son hombres y nunca habían pensado sobre este aspecto de género. Y, debido a esta charla que es muy prestigiosa, luego escucharon acerca de esto; por lo tanto, pensé que, para lograr que la integración llegue a ser un tema muy serio, había que llevar este tema a la mesa. Y a los hombres se les alienta a considerar ciertos temas como temas de mujeres.

Hay también una ley de igualdad, que cada vez está más dominada por más mujeres y hay cada vez menos hombres, lo que es malo, porque el tema del género afecta tanto a los hombres como a las mujeres y la estructura de la sociedad no va a cambiar si no logramos convencer a todos los involucrados.

EV: Absolutamente. Y ahora, pensando en la interseccionalidad, que es otra perspectiva que usted

mencionó en su presentación y que está muy presente cuando se abordan las temáticas de género: ¿qué recomendación tendría usted? Porque claramente se trata de los temas de discriminación, sea por raza, por origen, en los pueblos originarios; esto que genera tremendos desafíos en sociedades que no están acostumbradas a visibilizar ese tipo de problemática, por lo que hay que hacer un trabajo muy importante para lograrlo. Involucrarle, además, el tema de género, que es un tema en sí muy complejo, naturalmente produce una doble complejidad en todo el proceso político. Puntualmente, lo que me interesa es lo que le decía, en los ejercicios de capacitación qué hay que hacer, pensando fundamentalmente en funcionarios judiciales. ¿Qué recomendaciones daría usted como para abordar el tema interseccionalidad?

SF: Sí, este es un tema muy desafiante. Lo que quiero rescatar sobre la interseccionalidad es que no es suficiente decir que tenemos estos problemas relacionados con la raza o que es muy difícil pensar en el género, porque hay mujeres en estos grupos. Y un factor importante de la interseccionalidad, es que la naturaleza de la discriminación que sufren las mujeres no solamente se trata de agregar la raza y el género, sino que es una síntesis, es algo bastante distinto.

La discriminación que experimentan las mujeres negras o que tienen problemas de raza, no solo se refiere a la discriminación que ven las mujeres blancas o los hombres con problemas afectados por su raza, sino que es un elemento de presión que tiene que ver con cómo sobrellevar este tipo de desigualdad.

Por eso es que en las cuatro dimensiones hice énfasis en que tiene que haber participación en la desventaja y en el estigma. Es muy fácil para nosotros pensar que estamos avanzando en la igualdad de género cuando solamente las mujeres de la elite obtienen esos puestos y no las mujeres que han experimentado esta desventaja interseccional, tanto en aspectos raciales o de color de piel o étnicos o en cuanto a su diversidad de género. Por lo tanto, tenemos que asegurarnos de que esas voces también se escuchen. Por otra parte, también existe un riesgo de fragmentación, de tener guerras de identidad, de grupos que son cada vez más pequeños donde se fragmentan y dicen: "Esto se trata solamente de mujeres LGBTQ que están afectadas por la raza y de nadie más".

Lo que yo quisiera destacar es que la categoría de las mujeres, el concepto de "mujeres", abarca todo tipo de identidades por lo que no podemos hablar de la discriminación de género sin asegurarnos de que todas las formas de experimentación de discriminación de género, que también tienen que ver con la raza y con otros temas, se incluyan dentro de la ecuación. Es una tarea difícil, pero proviene y se puede obtener a través de escuchar, de permitirle a las personas participar, traer sus propias historias y de revisar los problemas estructurales que se perpetúan tanto en la discriminación racial como de género.

IEV: No sé si la estoy interpretando bien, pero de acuerdo con lo que usted nos está diciendo, ¿políticas como las de cuota, pudiesen invisibilizar problemas de interseccionalidad?

SF: Creo que es un riesgo que se ha visto y ha sucedido. En uno de los países que estudié, India, hay un sistema muy bien establecido de reservas para las dalit, que son la casta más inferior en la India, pero las personas que obtienen esos puestos son las más privilegiadas de ese grupo. Y en un sentido interseccional, podría ser que las mujeres de elite obtienen los puestos y pueden ser mujeres blancas.

Tenemos que ver el sistema de cuotas y entender la interseccionalidad, por un lado; pero por otro lado, tenemos que reconocer que las cuotas no son suficientes, son parte de una estrategia, pero la estrategia también tiene que avanzar mucho más allá, tiene que avanzar hacia los sistemas de educación y al capital social. Con esto me refiero a que la gente tenga buenos contactos y una mayor capacidad de encontrar buenas rutas hacia sus carreras. También cómo vive la gente y qué recursos tiene, es un proyecto a largo plazo, pero las cuotas son solamente parte de todo esto.

IEV: Y en su experiencia, en los estudios que ha realizado, ¿cómo ve la evolución de la profesión legal en materia de igualdad de género? ¿Es un área particularmente problemática en relación con otras profesiones? ¿Se está avanzando a su juicio? Probablemente en las realidades locales sea distinto, pero en la experiencia en la que usted le ha correspondido conocer.

SF: Creo que usted está en lo correcto. Las realidades locales son muy distintas y mucho de ello depende de la trayectoria profesional. Las jurisdicciones, , como ustedes, tienen más posibilidad de cambio, especialmente en el Poder Judicial, mientras que en sistemas de derecho consuetudinario como en Inglaterra, para ser juez o jueza hay que tener mucha experiencia y es un cargo muy alto y de difícil acceso. Y, para eso, hay que seguir muchos pasos, proceso que es predominantemente masculino, blanco, de clase alta, etcétera. Llevar a cabo cambios es extremadamente lento. Los jueces y juezas se designan en un grupo de elite muy pequeño de abogados y abogadas que han seguido la misma ruta y que tienen la misma perspectiva. Ni siquiera se llevan académicos al Poder Judicial.

Según lo que yo entiendo, sus caminos para ingresar a la carrera judicial permiten otras opciones para llevar a cabo el cambio y esos son los temas estructurales que son difíciles de abordar. Hasta hace poco, solamente había una mujer en la Corte Suprema del Reino Unido, luego dos y ahora hay tres, pero esto ha sido después de muchas décadas.

En Sudáfrica, por el contrario, en la Corte Constitucional hay más conciencia de tener una mayor representación de hombres y mujeres. Al principio habían menos mujeres y ese avance se ha detenido en cierto punto.

Creo que el problema es que las mismas fuerzas estructurales hacen difícil que las mujeres avancen en otras áreas, como el comercio, en las gerencias, en la academia, por ejemplo, son las mismas que vemos en esta profesión y se tienen que abordar como un conjunto.

IEV: Quisiera ver si pudiese ahondar en la estrategia que nos presentaba en su intervención previa con respecto a cómo integrar los distintos factores para lograr un adecuado avance en la perspectiva de género. Porque, creo entender, sobre lo que nos decía respecto de la generación de las políticas, lo que podríamos llevar al funcionamiento del Poder Judicial como institución, es esta estrategia de integración, que tenía mucho de activismo; en ese sentido, usted señalaba la necesidad de esfuerzos de promoción, de cambios sistemáticos y estructurales para lograrlo. De hecho, acá en el Poder Judicial hay una política de género que tiende a tratar de ir por esa línea.

Pero cuando vemos al Poder Judicial resolviendo casos específicos, la situación es distinta, porque —a menos que haya una legislación como la que usted mencionaba en el Reino Unido— en general nuestros jueces no crean las políticas al fallar sino que fallan a partir de legislación que ya está y a partir del caso específico. Entonces, ¿cómo se articula el rol propiamente jurisdiccional con el rol de desarrollo de políticas, ya que son como dos mundos distintos?

SF: Quizás podríamos tomar el ejemplo de la paga por maternidad. Si empezamos con la idea de que, primero, los derechos de mujeres embarazadas en el trabajo, las mujeres necesitan ser protegidas del despido, para empezar, y luego viene el período por maternidad, que es pagado y, por lo tanto, su empleo está seguro. Y después preguntamos: “¿está esto logrando igualdad sustantiva?”, se podría decir, en la primera dimensión: “Sí, porque está protegiendo a las mujeres” y las está protegiendo porque no tienen que dejar la fuerza laboral, cuando tengan niños y no pueden ser despedidas.

Pero, a través de los años, nos hemos dado cuenta de que esto, de hecho, genera estereotipos, porque si son las mujeres las que obtienen paga y esto supone que las mujeres serán las cuidadoras y los hombres no, incluso, si los hombres quieren, no pueden quizás, puedan reorganizar las finanzas familiares. Entonces, la siguiente etapa es qué requiere la igualdad.

Y esto puede llegar a las Cortes. Si un hombre llega a las Cortes y dice: “¿Por qué yo no puedo tener un período sin trabajo pagado?”, bueno, se puede decir: “Porque eres hombre, tú no eres el padre o el cuidador”. O un juez puede decir que la igualdad requiere algo más. También requiere que abordemos la desventaja, sino que también luchemos en contra del estereotipo. Entonces, el argumento puede decir que los hombres también pueden tener período de descanso por paternidad.

Bajo el escrutinio de una cláusula de igualdad, esto puede ser juzgado en términos de igualdad sustantiva, pero como hemos visto en países como los Estados Unidos, por ejemplo, la respuesta opuesta puede ser verdad: “Entonces no les den a las mujeres tampoco período pagado por maternidad, así los hacemos a todos iguales”. Y eso ha sido el enfoque.



En una corte se podría decir, si aplicamos estas cuatro dimensiones, que en general, las personas embarazadas son mujeres, entonces el beneficio debiera ser predominantemente para mujeres, pero en relación con la paternidad o maternidad, debiera ser un derecho igual en cuanto a participación. Y no debiera haber incentivos financieros para esa división laboral en las cortes.

Entonces, no eliminemos el período pagado de maternidad, el que incluso debiera ser aplicado con mayor protección, lo que no se ha logrado. En Europa ha habido un progreso muy leve en proteger a las mujeres con un período de maternidad pagado. Ahora, evolucionar a que los hombres tengan igual o equivalentes derechos implica, por lo tanto, entender que es parte de una función reproductiva, que debiera ser para todos, no solo para las mujeres.

Por lo tanto, este es un ejemplo sobre hasta dónde se puede usar la igualdad como herramienta para decir que esta política es buena, pero no suficientemente buena, porque no logra igualdad sustantiva.

IEV: Quisiera agradecerle a la doctora Fredman, en nombre de todos los que disfrutamos su intervención.



Primer Panel:
La perspectiva de género
como nuevo paradigma
constitucional: la experiencia
de Colombia y Chile

Escanea para ver este panel
en Youtube

Primer Panel: La perspectiva de género como nuevo paradigma constitucional: la experiencia de Colombia y Chile



Dra. Isabel Cristina Jaramillo Sierra

Colombia

Profesora Titular en la Universidad de los Andes.

Abogada con Diploma de Honor de la Universidad de Los Andes, Doctorado en Leyes por la Harvard Law School. Es Profesora Titular en la Universidad de los Andes. Ha sido consultora para el gobierno colombiano en temas de derechos sexuales y reproductivos y de equidad de género. Ha apoyado a las Comisiones de Género de las Altas Cortes de México, Argentina y Colombia en la construcción y divulgación de metodologías para introducir la perspectiva de género en la decisión judicial.



Dra. Yanira Zuñiga Añezco

Chile

Académica Universidad Austral de Chile

Licenciada en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad Austral de Chile y Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente se desempeña como académica e investigadora del Instituto de Derecho Público de la Universidad Austral de Chile. Su línea principal de investigación son las relaciones entre los derechos humanos y el género, la que se ha plasmado en la ejecución de varios proyectos FONDECYT.



La incorporación de la perspectiva de género en el derecho constitucional colombiano.

Escanea para descargar esta presentación en PDF

I. La incorporación de la perspectiva de género en el derecho constitucional colombiano

Isabel Cristina Jaramillo Sierra

Universidad de Los Andes (Colombia) | Red de Académicas/os Latinoamericanas/os del Derecho (REDALAS)

Buenos días a todos y todas. Es un placer estar aquí, muchas gracias a la Doctora Maite Oronoz por la generosa presentación y a la ministra Muñoz por esta invitación. Es un honor poder compartir con ustedes unas reflexiones iniciales sobre lo que ha significado, para la Corte Constitucional colombiana, adoptar el enfoque de género como metodología de decisión.

Quisiera empezar con una pequeña imagen que muestra un mundo que a veces nos imaginamos las mujeres, uno en el que nos hemos tomado la Constitución y esta incluye nuestros intereses y deseos. La imagen sugiere un par de mujeres diciéndole a otra "Tu distraes al rey y nosotros hacemos una constituyente".



Figura 1

Y, aunque a algunas personas les divierte porque parece imposible y difícil distraer al rey, mientras que a otras les parecerá absurdo que las mujeres queramos estar en la Constitución; hoy en día lo cierto es que sin haber acudido a estos artilugios las mujeres sí estamos en la Constitución.

Entonces, surgieron para el derecho constitucional nuevas preguntas en torno a qué ha significado la irrupción de las mujeres en la Constitución que, en el caso colombiano —como mostraré— ha sido masiva. Es decir, en este momento, después de 30 años de trabajo de la Corte Constitucional, en Colombia no son unas pocas sentencias que fácilmente una profesora puede poner en un libro y enseñar a sus estudiantes, sino que hay una cantidad importante que sugiere retos para las académicas.

Por lo tanto —en línea con el ejercicio que sugería la profesora Fredman y que tenemos pendiente de hacer— es necesario preguntarnos constantemente ¿qué estamos ganando con esto? ¿dónde nos está llevando todo este esfuerzo judicial? que es también un esfuerzo de las y los litigantes, y de las profesoras. Porque tenemos muy buenas razones de para adoptar el enfoque y la transversalización de género, como creo que explicó muy bien la profesora Fredman, pero muchas veces nos preguntamos ¿estaremos logrando lo que esperábamos con todas estas modificaciones?

36 En esta presentación voy a tratar de abordar tres temas. El primero se enfocará en responder a la pregunta ¿qué es el enfoque de género? Creo que todos aquí saben lo que es, por lo tanto lo voy exponer brevemente. El segundo tema pretenderá reflexionar en torno a ¿qué ha dicho la Corte Constitucional Colombiana sobre el enfoque de género? Y, para finalizar, me centraré en cuáles han sido las principales consecuencias de incorporar este enfoque.

No quiero generar falsas expectativas, no tengo respuestas certeras, especialmente para la tercera cuestión, así que les voy a mostrar por qué ha sido tan difícil tener esas respuestas. Por supuesto, la respuesta obvia es que ha sido bueno y ha tenido consecuencias muy positivas, pero para medir exactamente qué ha pasado todavía quedan pendientes varios desafíos para entender esto y que se trasladan al uso del enfoque de género. De todos modos, espero que mis reflexiones les sean útiles.

Entonces lo primero para abordar es ¿qué es el enfoque de género? Este es una aproximación al análisis jurídico que implica, primero, hacerse una pregunta por la situación de las mujeres y, segundo, preguntarse por los sesgos y estereotipos que puedan estar presentes de acuerdo con los hechos del caso. Finalmente, el enfoque de género nos permite encaminar de manera eficaz la protección de los derechos.

En este sentido, me parece importante señalar que el enfoque de género como una herramienta de transversalización o *mainstreaming* de género tiene antecedentes en el trabajo de muchas mujeres feministas y académicas en los Estados Unidos y en otros países del mundo, por lo menos desde los años setenta, y en el esfuerzo que hicieron las Cortes de varios estados de los Estados Unidos por estudiar su propio trabajo y determinar cómo habían sesgos y prejuicios al interior de este. Este proceso se llevó a cabo en la década de los ochenta, y está analizado por Lynn Hecht Scharfran en sus estudios durante la década siguiente.

En el caso de Colombia, desde el 2008 la Comisión de Género de la rama judicial se propuso empezar a trabajar con una metodología que abordara el género en la decisión judicial. No es que desde ese año exista una metodología y una implementación completa de esta, pero sí hay un esfuerzo por crear una Comisión de Género para planear y fijarse unas metas en relación con las problemáticas de género. En América Latina, como sabemos, con el caso de “González y otras contra México”, o el caso del “Campo Algodonero”, la Corte Interamericana hizo un énfasis en el uso de esta metodología.

En ese contexto, ¿qué ha dicho la Corte Constitucional colombiana sobre el enfoque de género? Sobre esto, también tengo que advertir que esta corte no es la única que ha usado el enfoque de género en Colombia; por supuesto, otras cortes dentro del sistema lo han utilizado y también muchos jueces de otros niveles. Pero a modo de ejemplo, voy a referirme solamente entonces a la Corte Constitucional.

Y el primer problema que surge es ¿cómo sabemos cuáles son las sentencias con enfoque de género? Les propongo responder esa pregunta de tres maneras. La primera —como intenté responder yo esta pregunta— fue utilizando inteligencia artificial, mediante un programa que permitió identificar todas las sentencias de la Corte Constitucional que se refirieron a temas de derechos de las mujeres, género, identidad de género y orientación sexual.

La segunda manera es a partir de un análisis preliminar de 129 sentencias que incluyeron la perspectiva de género y que la propia Corte Constitucional identificó como tales, las que fueron puestas en su página web.

En tercer lugar, están los estudios de las expertas y los expertos que hemos pensado sobre lo que está pasando con la perspectiva de género en la Corte Constitucional.

La importancia de esto es que solo la Corte Constitucional colombiana es la que tiene pertinencia sobre temas de constitucionalidad y asuntos de tutela o de mecanismos de protección de derechos, por lo que todas las sentencias que pasan por decisión de la Corte tienen efectos generales. Es decir, hay una doctrina constitucional incorporada en la sentencia que debe aplicarse en todos los casos similares, por todos los jueces de la República y otros operadores jurídicos. La Corte ha defendido que todas sus sentencias producen doctrina constitucional que debe ser observada por todos los operadores jurídicos, todas las personas dentro del sistema. Este punto fue refrendado por la Magistrada Diana Fajardo Rivera en la Sentencia T-441 del 2008.

Ahora, con ese criterio, para poder entender a la Corte Constitucional, hay que estudiar todas sus sentencias. La Corte Constitucional ha producido, entre 1992 y el 2020, 26.608 sentencias, entre las de tutela de constitucionalidad y de unificación.

En relación con otros tribunales del mundo y otros tribunales nacionales, la Corte Constitucional colombiana está en un punto medio. Otras instancias, como el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, producen más de 20 mil sentencias al año. En el caso de la Corte Constitucional, este conteo es para casi 30 años; por supuesto que hay otras Cortes que producen ese número de sentencias en un año. Tal situación es similar a lo que ocurre con la Corte mexicana y la Corte brasileña en cuanto a su productividad. Pero hay otras cortes en el mundo —supremas o constitucionales— que no producen ni 100 sentencias al año. Entonces 26 mil sentencias es un número enorme para procesar con nuestra capacidad humana limitada.

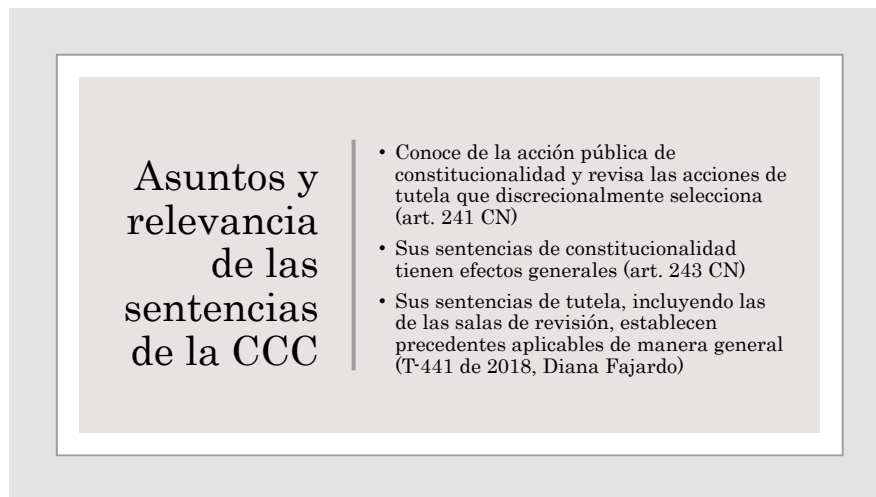


Figura 2

Entonces, con la ayuda de una programadora, Laura Fernández Merchán, seleccionamos las sentencias de género usando Web Scraper y un programa diseñado para tales fines. Encontramos 2.160 sentencias, un 8% del total. Para la búsqueda utilizamos 51 distintas palabras, no nos limitamos a “enfoque de género” o

38 “perspectiva de género”, sino que añadimos también términos como “reproducción”, “diversidad”, “mujer”, “género”, “violencia”, ya que nuestro propósito era encontrar un universo más amplio posible de sentencias. ¿Qué encontramos? Voy a mencionar solamente tres de los principales resultados obtenidos, cuestiones que pueden ser sugestivas y que sirven como sugerencias de rutas o preguntas que nos estamos haciendo algunas de las académicas.

Lo primero para mencionar es que los resultados de la búsqueda permiten ver la evolución de este tema en el tiempo. Vemos, así que al inicio, en 1992, solo el 3% de todas las sentencias de ese año involucraban a mujeres en general. Solo en 2007 se llegó a un punto máximo de 13%, índice que se repitió en el 2013.

El primer problema que surge, entonces, es ¿por qué si el 50% de la población somos mujeres, solamente hay un 13% de decisiones sobre derechos fundamentales que se relacionan con temas de mujeres o donde hay demandantes mujeres? Si bien, todavía no tenemos una buena respuesta para esto, sí sabemos que las mujeres presentan la mitad de las acciones constitucionales del país, o sea, la mitad de las tutelas y generalmente ganan, entonces pareciera haber un sesgo en la Corte, ya que esta es quien reduce el número de casos de mujeres que llegan.

La figura 3 nos muestra también que en los primeros años no habían magistradas mujeres en la Corte, y, luego, con la primera magistrada, Clara Inés Vargas, casi se duplica el interés de la Corte por los temas de mujeres. Eso se estabiliza a pesar de que en los períodos siguientes hemos tenido más de una mujer integrando el tribunal, es decir, una mayor presencia de mujeres en la Corte no genera una diferencia en el número de casos analizados sobre los derechos de las mujeres. Si podemos afirmar, que la incorporación en la Corte Constitucional de una magistrada mujer sí ha supuesto una diferencia en el número de casos.

Proporción de sentencias (SU, C y T) asociadas a temas de género

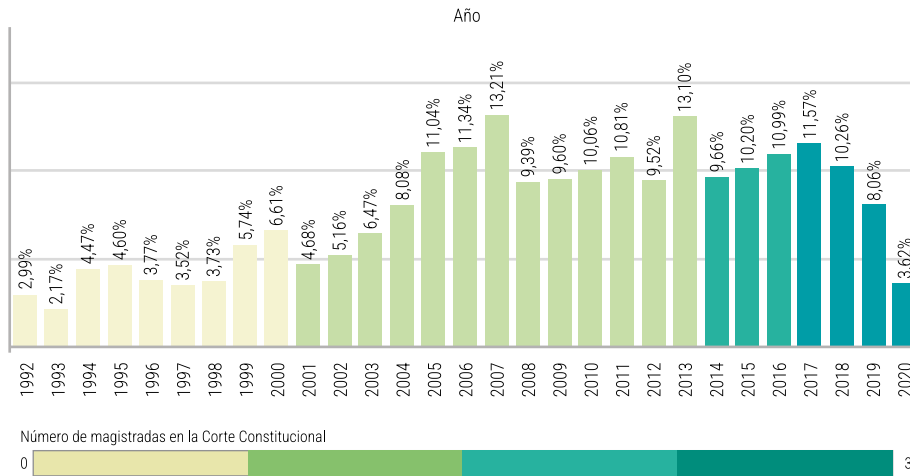


Figura 3

Lo que sí parecería es que el número de mujeres afecta los temas que le interesan a la Corte, los que tienden a ser más diversos; es decir, inicialmente casi todas las decisiones eran sobre licencias de maternidad y pensiones de sobrevivencia, que son temas de seguridad social y salud, y que ocupa la mayor parte del tiempo a los jueces constitucionales en Colombia. Pero, progresivamente otros temas comenzaron a surgir como relevantes, por ejemplo, la violencia de género, la de identidad de género y la orientación sexual.

Ha sido importante en este primer estudio, el hecho de que las magistradas mujeres son quienes, con mayor frecuencia, se han encargado de las ponencias de los casos de mujeres, aunque también han habido magistrados hombres que han sido muy importantes, dos o tres, aunque en general, han sido las magistradas mujeres las que han adelantado el tema. Por otra parte, no he comentado en profundidad sobre el fondo de las sentencias ¿por qué?, entre otras razones, porque las sentencias de la Corte Constitucional son muy extensas y las herramientas que teníamos hasta noviembre del año pasado nos impedían trabajar con mayor profundidad en el contenido.

Por ejemplo, durante el trabajo con la programadora descubrimos que los programas disponibles para las búsquedas solo reconocían palabras en inglés, por lo que no hay una script para identificar los nombres de mujer en español. Entonces la IA se podría programar para que diferenciara si se trata de un hombre o mujer si solo si estuviéramos trabajando con sentencias de los Estados Unidos, pero para Colombia no puedo tener esa lista completa de nombres.

Todos esos problemas se pueden resolver, así que eventualmente tendremos una respuesta a estas cuestiones, pero por ahora no la tenemos, sabemos un poco más sobre cómo ha impactado la llegada de las mujeres magistradas a la Corte Constitucional, pero de todas maneras hay otros elementos importantes que quedan pendientes de resolver.

40

La Corte escogió solo 129 sentencias sobre su propio trabajo, versus las 2.600 que les había mencionado antes. En esas sentencias, el criterio de selección —aparentemente, porque no está explicado—es que tuvieran expresión “equidad de género”, “perspectiva de género” o “discriminación por sexo”. Y ¿qué encontré en esas sentencias en una primera aproximación? Lo primero para destacar es que 129 sí es un número que yo puedo

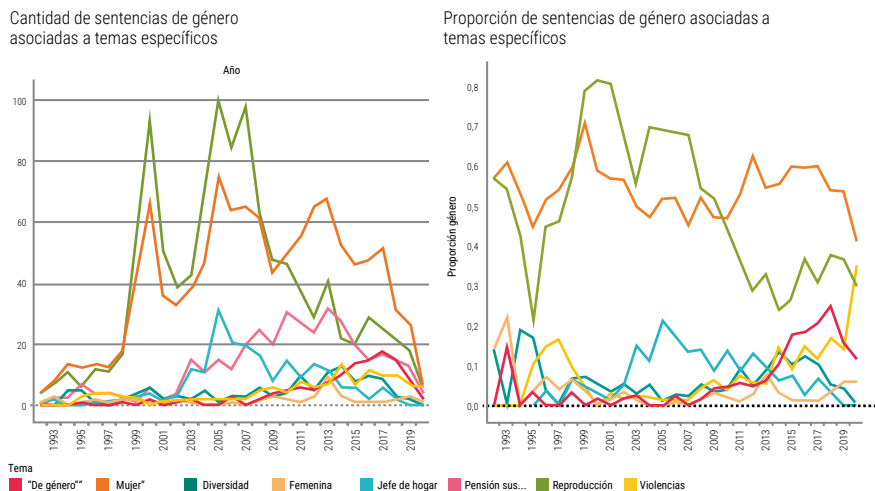


Figura 4

manejar con mis competencias; ellos, al igual que mi investigación, identifican sentencias sobre perspectiva de género desde el año de 1992, lo que muestra que la Corte se preocupaba por temas de género desde entonces, porque, efectivamente, hay sentencias. Pero el incremento importante ocurre en el año 2015, aspecto que va acompañado de la preocupación que hay por los temas de género y el uso de las expresiones como “enfoque de género” y “discriminación de género”. Si en los años 92 y 97 hay menos de cinco sentencias, hasta el año 2015 también hay menos de cinco sentencias sobre equidad de género o perspectiva de género y discriminación de sexo, pero a partir del 2015 hay entre 10 y 25 sentencias al año sobre este tema.

También importa la presencia de mujeres en la Corte, aunque en algunos años son los magistrados quienes lideran en la lista que construyó la propia Corte, porque hay magistrados que desempeñaron un importante rol al abordar los temas de perspectiva de género y equidad de género. En particular, quienes más trabajaron cuestiones de género fueron los magistrados Alberto Rojas Ríos y Alejandro Linares, y la magistrada Cristina Pardo.

Dentro de los 129 casos seleccionados por la Corte Constitucional se puede identificar si los ganaron las mujeres, porque la Corte escogió casos que se resolvieron de esa manera. Parecería que en su

Importan los jueces

Los magistrados hombres lideran uso de perspectiva de género (AR, AL y CP)

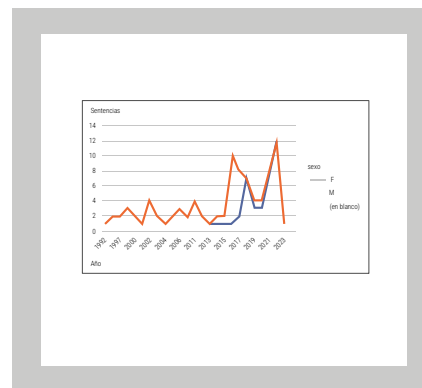


Figura 5

propia comprensión de la perspectiva de género, es de suponer que las mujeres ganan el caso. Entonces de los 129 hay 70 casos en los que la demandante fue una mujer y ganó el caso; 30 casos de acciones públicas de inconstitucionalidad, que fueron mixtas; 10 casos en los que los demandantes fueron hombres y ganaron; y cuatro casos en los que los demandantes eran hombres y perdieron.

¿Qué hemos visto las expertas en relación con la perspectiva de género en los ámbitos de la justicia? Que aún en este universo de abundancia de debate sobre los derechos de las mujeres y la perspectiva de género como metodología, este marco se usa de manera más importante —y donde la perspectiva de género ha tenido un impacto mayor— en las sentencias de jueces inferiores, en casos de violencia de género. Para la Corte Constitucional, el cambio más importante que ha supuesto adoptar esta metodología, que implica no solo preocuparse por los intereses de las mujeres en general, sino adoptar la expresión perspectiva de género ha sido al involucrarse en temas de violencia de género.



II. La perspectiva de género y el proceso de nueva constitución

Yanira Zuñiga Añazco
Universidad Austral de Chile | REDALAS



Quiero darles los buenos días y agradecerle en particular a la organización, hay varias instituciones colaboradoras, pero voy a personalizar mis agradecimientos en la ministra Muñoz, por la consideración de extenderme esta invitación a participar en esta actividad provechosa desde el punto de vista de la reflexión sobre las cuestiones de género y que, sin duda, nos llevará a ver aplicaciones específicas a lo largo de estos dos días de reunión.

Como ya se anunció, quiero referirme a la perspectiva de género en el marco del proceso constituyente chileno, pero, primero, quiero hacer una reflexión más amplia sobre cómo la perspectiva de género se ha venido incardinando en el constitucionalismo contemporáneo y, por supuesto, se vinculan también con las reflexiones que ha hecho la profesora Jaramillo.

44 Quisiera comenzar, entonces, aclarando cuál es mi concepción sobre la perspectiva de género. Esto lo hago en parte, porque creo que hemos venido hablando tanto de perspectiva de género, que hay un momento en el que ocurre que toda idea que se extiende ampliamente se empieza a difuminar hasta el punto de que llega un momento en que no sabemos muy bien de qué estamos hablando. Como idea o noción, la perspectiva de género cuando es llevada al campo de los estudios del derecho se puede volver más críptica, porque no tiene su origen en los estudios jurídicos —tenemos tradiciones asentadas para otras categorías de conocimiento y esas tradiciones sí nos remiten a lo jurídico— y, por lo tanto, nos está remitiendo a los extramuros, a algo que está fuera de lo jurídico y eso, querámoslo o no, la vuelve más inestable y, en cierto sentido, más crítico. No quiero hacer un repaso completo, pero quisiera al menos plantear algunas ideas muy simples para decir cómo la comprendo.

Y lo que entiendo como perspectiva de género es un enfoque que permite ver —y por eso es que se usa gráficamente la idea de los lentes o las gafas— analizar, entender y transformar, por lo que va desde lo descriptivo, pasa por lo crítico y llega hasta lo político. Y lo que busca es orientar la comprensión de las relaciones y mecanismos sociales que producen la desigualdad entre hombres y mujeres, aunque ya sabemos que se ha ido utilizando extensivamente para analizar otros temas, como la desigualdad de las personas LGBTIQ+.

Nos importan esas relaciones y mecanismos sociales que producen la desigualdad de género porque estos han construido la imagen de las mujeres como seres subordinados, que, y por ello están expuestas crónicamente a la discriminación y la exclusión, por eso es importante la perspectiva de género en el derecho. Eso es lo que Simone de Beauvoir resumió, antes incluso de que la idea de género se utilizara en la academia feminista, con su célebre frase: “Las mujeres no nacen, no nacen subordinadas, llegan a serlo”. Por supuesto, la perspectiva de género está vinculada indisolublemente con el pensamiento feminista del que se nutre y que es heterogéneo y dinámico.

Para no entrar en tantos detalles, diría que la perspectiva de género tiene tres dimensiones teóricas: 1) una teoría de la justicia que cuestiona la omisión de lo femenino en la manera en que hemos comprendido la justicia y la igualdad; 2) una teoría de conocimiento, una especie de epistemología feminista que cuestiona la manera en que se produce el conocimiento sobre las relaciones entre los hombres y las mujeres e interpela las interpretaciones que hemos tenido históricamente sobre estas; 3) una teoría sobre el poder social que, entre otras cosas, se preocupa y cuestiona el rol de los Estados en la mantención del orden de género.

Estas distintas dimensiones otorgan, a su vez, diferentes usos y manifestaciones cuando se aplica en el derecho, que no son exhaustivas y no están escritas en piedra, podrían ampliarse perfectamente. Así, por ejemplo, la crítica a los postulados formalistas de la neutralidad y objetividad en el derecho, que ha sido empujada por la academia Lus Feminista, ha revelado cómo las teorías del derecho, lo mismo que las teorías liberales de la justicia giran alrededor de las experiencias y visiones masculinas.

Esta crítica ha permitido pensar divergentemente muchas áreas del derecho, quizás más el derecho público que el derecho privado, e imaginar alternativas, por ejemplo, para la adjudicación judicial. En particular, ha generado modelos de razonamiento práctico feminista que pudieran orientar esa adjudicación judicial. Eso es lo que se ha denominado “fallar con perspectiva de género”.



La ventaja de este modelo de la perspectiva de género en la adjudicación judicial es evitar de mejor manera que otros alternativos, los sesgos y estereotipos de género. Digo “evitar de mejor manera”, porque tampoco hay garantía de que se los pueda evitar completamente. ¿Para qué? Para optimizar la garantía de acceso a la justicia e imparcialidad judicial y, en general, la tutela de los derechos.

Esas y otras preocupaciones nos han llevado a preguntarnos también sobre las relaciones entre el poder y el derecho, a pensar divergentemente su arquitectura. La evidencia —y esto nos lo ha proporcionado esta teoría del conocimiento nueva, que nos ha empezado a mostrar otra casuística— nos ha mostrado que las instituciones que crean y aplican el derecho, en particular parlamentos y tribunales, han excluido sistemáticamente a las mujeres del seno de

sus espacios de toma de decisiones, lo que se traduce en afectaciones y subprotecciones de sus derechos.

Y cuando se acumuló la evidencia en este sentido, esta se volvió problemática para los Estados democráticos de derecho, que se supone que cultivamos en nuestros días. Y ahí es donde la perspectiva de género adquirió una relevancia en la discusión no solo jurídica, sino también en la discusión política.

Dadas las características particulares de las constituciones, como normas que están destinadas a reflejar los grandes acuerdos sociales, la organización del poder y la tutela de derechos; no es extraño que la discusión constitucional se haya transformado en un terreno fértil, aunque sea en potencia, para que se desarrolle esta perspectiva. El espacio constitucional es a la vez —y esto hay que tenerlo presente— un reflejo descarnado de la exclusión de lo femenino, pero también una oportunidad de cambio, aparentemente más promisoría que otras áreas del derecho.

¿Por qué es un reflejo de la exclusión? Ya lo dijo antes la profesora Jaramillo, así que solo voy a resumirlo: uno de los pilares del constitucionalismo es la relación entre subjetividad, derechos y ciudadanía, y esta relación ha sido tan accidentada como ignorada en la teoría y en la práctica constitucional. Basta mirar los textos de las constituciones y sus interpretaciones para comprobarlo con mayor o menor nitidez. Por eso, este ejercicio de pasar los instrumentos para buscar la expresión “mujeres” en textos, en doctrina, en sentencias, si bien no determina completamente cuál es el peso de este olvido, de esta omisión, sí es bastante indiciario de que ese fenómeno existe.

Las constituciones no solo han sido regularmente escritas por hombres y para hombres, han propiciado también que lo masculino se transforme en el verdadero descriptor de lo humano y de lo político, y esto tiene consecuencias prácticas, por extensión, en el núcleo alrededor del cual orbita el paradigma constitucional. Esto explica por qué las mujeres se han beneficiado menos que los hombres del constitucionalismo,

46 incluso cuando han proliferado las cláusulas de género. Varias de nuestras constituciones o de nuestras leyes complementarias a las constituciones, tienen cláusulas de género y esas normalmente tropiezan con obstáculos en su interpretación y aplicación.

Como sabemos, en el caso chileno, dado la coyuntura, se planteó la posibilidad de que el proceso constituyente se transformara eventualmente, además de un instrumento para resolver otras controversias de la sociedad chilena, en un instrumento de igualdad de género, un proceso constituyente con rostro de mujer. Como explica Ruth Rubio (2020), el giro participativo del constitucionalismo en la redacción de las constituciones, esto que hayamos dejado de redactarla entre cuatro paredes y hayamos optado, en general, por asambleas constituyentes, se transformó en una ventana de oportunidad que fue utilizada de más en más por las mujeres. Por eso, el proceso constituyente chileno en su etapa pasada no era precisamente novedoso desde la perspectiva de dar un mayor empuje de la participación femenina; sí lo fue respecto a las cláusulas que obligaban un cierto resultado en ese sentido.

Como es sabido, el reciente proceso constituyente chileno se zanjó con un plebiscito en septiembre de 2022, en el que se rechazó la propuesta de la Convención Constitucional, que era el órgano constituyente en la etapa pasada, y ese rechazo significó, en algún sentido, la frustración de las expectativas que se habían depositado en el proceso. Esas expectativas tenían que ver con la convergencia entre un órgano redactor estrictamente paritario —ahí estaba la novedad del caso chileno—, la revitalización del movimiento feminista y un ambiente que podríamos decir que era propicio para la discusión de las cuestiones de género en el marco de un debate constituyente.

De hecho, esa expectativa fue tan recurrente en la ciudadanía durante el proceso pesado, que la academia chilena tuvo que improvisar una reflexión sobre esta nueva especie de constitución feminista, que no aparecía en ninguna taxonomía constitucional previa y que daba cuenta, simplemente, de una pulsión ciudadana y de otros elementos que catalizaron o hicieron acariciar esa idea.

Aunque esta expectativa aparezca a la luz de los hechos, de lo que hemos sabido, desmesurada y también poco realista, probablemente de cara al proceso constituyente que estamos enfrentando en Chile; me parece que el fracaso político de la propuesta de la convención constitucional no puede ni debe interpretarse, ni tampoco traducirse en la práctica, en un fracaso del proyecto de un constitucionalismo de género que sea más justo con las mujeres.

Creo, en primer lugar, que la reciente experiencia chilena ofrece, incluso habiendo sido un fracaso, una experiencia invaluable para responder a interrogantes que hasta ahora estaban en un plano más bien especulativo. Entre otras, vale la pena preguntarse qué efectos tendría una abultada presencia de las mujeres, una masa crítica más estable en la discusión constitucional, ¿qué materias son discutidas y desde qué ángulos se discute?, ¿pueden las condiciones de discusión ser determinantes en la forma en la que se entiende y traza, por ejemplo, la frontera entre lo público y lo privado?, ¿qué intereses se entiende que configuran derechos?, ¿cómo se relacionan los derechos con las cargas sociales? Creo que, en ese sentido, la experiencia chilena ofrece mucho que mirar para ser tenida como una experiencia importante de cara a otro tipo de proyectos en el futuro.

¿Qué preguntas fueron respondidas? Se demostró que la composición de los órganos sí importa a la hora de debatir, esto ya lo venía mostrando las cuotas, y, por supuesto, a la hora de redactar una constitución o adoptar decisiones jurídicas o políticas de gran envergadura. La presencia femenina en el caso chileno operó como un revulsivo, cristalizó normas procedimentales que orientaron el trabajo del órgano constituyente pasado e incluso normas sobre presidencia de pleno, comisiones, uso de la palabra, prohibición de formas de acoso y violencia, y normas en el proceso constituyente de conciliación entre la vida pública y familiar.

En segundo lugar, me parece que demostró que las reglas de paridad despliegan todo su potencial cuando se nutren del combustible de una ciudadanía femenina empoderada. Y creo que —voy a volver enseguida— la erosión que ha tenido en la discusión constituyente presente, la de la etapa actual, lo que se había ganado en la regla de paridad, tiene que ver también con un cambio en ese contexto, que antes fue muy favorable y hoy quizás no lo es tanto.

Cuando hay un contexto favorable, se vuelven protagónicos los intereses olvidados e incluso expulsados de la política constitucional tradicional, como ocurrió en la propuesta pasada con los derechos sexuales y procreativos, y los cuidados. Ya sabemos que, en general, las constituciones tienen muy pocas reglas o si hay reglas, son reglas con sesgos o con estereotipos en esta materia. El texto pasado no solo contenía un denso tejido de cláusulas de género, una treintena de cláusulas de género para ser más específica; también reflejaba, y esto es lo que a mí me parece más importante, una teoría de la justicia y de los derechos humanos que apostaba por universalizar y relevar como asunto público a la experiencia femenina en torno al cuidado, en lugar de singularizarla o de tratarla solo como una cuestión de las mujeres.

El proyecto pasado reconocía a la interdependencia y al cuidado como descriptores de la condición humana y condicionantes del vínculo entre las personas y la naturaleza; es decir, la noción de cuidado trascendía incluso al cuidado en el plano de la familia y se consagraba como un derecho universal a cuidar, ser cuidado y autocuidarse, y, especialmente, no solo como un derecho para las mujeres a cuidar. Entonces había otra apuesta feminista en eso, de tipo universalizadora, que es la apropiada para el lenguaje de los derechos y de por qué estos son considerados instrumentos poderosos.

La experiencia constituyente pasada también demostró que los instrumentos y categorías que propone la perspectiva de género no están completas ni definitivamente perfiladas. El caso más claro es la discusión sobre paridad, algo que ya se anunciaba en el constitucionalismo latinoamericano —aunque no es una idea completamente asentada en sus contornos— pero que todavía es una idea que está en construcción y es relativamente plástica. La paridad sirve como ejemplo porque respecto a la concepción que subyace a ella, determina las preguntas que se presentaron en el caso chileno, como si se puede o no extender la paridad a otros grupos, en particular a los derechos del colectivo LGBTIQ+, o si la paridad actúa como un piso o como un techo. Esas preguntas se plantearon, se tomaron posiciones, pero muestran que no tenemos una respuesta consolidada en la materia.

Esto también se evidencia respecto de los espacios y de las organizaciones de poder que comprenden el concepto de paridad. En el caso chileno, como probablemente saben, no solo las reglas de paridad apostaron por este modelo en el espacio del parlamento, sino también se extendió a otros órganos de poder público, como el Poder Judicial.

48 Es importante, además, la discusión que se presentó respecto a si la paridad llevada a otros terrenos tiene las mismas manifestaciones. La paridad en el parlamento, por ejemplo, ¿se puede pensar solo como una regla de presencia o es otra cosa? y en el caso de cuando se regula ¿da paso a reglas constitucionales en materia de sistema electoral? ¿cuáles serían estas? Junto a estas preguntas, surgen cuestiones sobre si es solo paridad de entrada —que es la discusión que estamos teniendo en Chile— o también paridad de salida; si hay garantía de que las mujeres sean electas también para que los órganos políticos sean integrados de manera equilibrada o no; y si es solo una oportunidad para que eso ocurra. Ya sabemos que no siempre esa oportunidad se transforma, precisamente, en una presencia.

El proceso constitucional chileno de 2022 nos mostró también —y esto es muy importante no olvidarlo— que la perspectiva de género y sus aplicaciones, aun cuando han ganado visiblemente terreno en distintas áreas de la vida social, siguen siendo cuestiones controversiales o, más precisamente, cíclicamente controversiales. Estoy recordando las famosas palabras de —otra vez— Simone de Beauvoir, que alertaba sobre la precariedad de las agendas de género. En el contexto del anuncio del entonces recién electo presidente Giscard d'Estaing, en Francia en 1974, sobre la liberalización del aborto; una joven militante feminista, llena de júbilo, le expresa, alegremente, a Simone de Beauvoir: “Hemos ganado”, ante lo que esta le contestó: “Bastará una crisis económica, política o religiosa para que los derechos de las mujeres sean puestos en cuestión. Estos nunca se dan por adquiridos, deberéis permanecer vigilantes toda la vida”. Esa frase ha resonado mucho, por supuesto, no solo en el caso chileno, también a propósito de la última sentencia de la Corte Suprema en Estados Unidos que dio un vuelco en su jurisprudencia en materia del aborto, y antes de eso, la decisión del Tribunal Constitucional en Polonia, que han mostrado concretamente ejemplos de erosión de los derechos de las mujeres.

En el caso chileno, la agenda constitucional de protección de los derechos está también visiblemente en riesgo dentro de la discusión. Algo distinto es que se pueda mantener por la actividad del Poder Judicial, algo que valoro mucho es este tipo de actividades porque muestran que la construcción de esta perspectiva de género se hace en distintos niveles y puede tener también distintos ritmos.

Pero volviendo a la experiencia chilena, hay varios síntomas de la erosión de esta agenda constitucional de género. La comparación entre la propuesta de la convención que ya les referí y la primera versión del texto de la comisión experta, arrojan un visible adelgazamiento de la perspectiva de género. Si en la versión propuesta por la convención era posible —como les decía— identificar una treintena de cláusulas relacionadas directamente con las cuestiones de género, en el texto aprobado —que es su primera versión, pero que ya es un punto de partida— las cláusulas de género aparecen diezmadas, estando presentes en unos pocos desdoblamientos ocasionales propios del intento de evitar un lenguaje no sexista; hasta en eso, en el texto anterior había un ejercicio más rotundo en este sentido.

Solo encontré tres cláusulas que parecen referirse a eso: el Artículo 123, que se refiere al acceso igualitario a mandatos y cargos electorales entre hombres y mujeres —que sería una cláusula de paridad— pero que ya no utiliza el lenguaje de paridad que estaba en el texto anterior, sino que habla más bien de igualdad de acceso, como la cláusula francesa. La cláusula francesa en su momento era revolucionaria, pero ha pasado mucha agua bajo el puente, sobre todo en Chile, donde ya teníamos otra formulación. Otra cláusula es la

relacionada con la igualdad salarial, que es también una buena noticia, si se mantiene. Y la última, relativa a la promoción de mecanismos de participación equilibrada en los órganos colegiados de partidos políticos, pero no como garantía, sino más bien como una especie de incitación a que eso ocurra.

Yo creo que la discusión de la paridad es —y quienes estamos en Chile lo hemos visto recientemente— una discusión que está mostrando esa erosión, particularmente porque ha habido una arremetida contra la paridad que ha sido muy visible. Tengo que admitir que no soy muy optimista respecto a la posibilidad de mantener la fórmula de paridad, no solo como paridad de salida, sino incluso en los mismos términos de su fraseo; es decir, como una garantía de participación equilibrada. Creo que es bien probable que la fórmula de paridad, en el texto que se ofrezca a la ciudadanía para ser aprobado en el plebiscito de salida que tenemos en el futuro, sea una fórmula mucho más tenue, con las consecuencias que sabemos que eso tiene en un sistema jurídico: las decisiones de regresión de una cierta nomenclatura.

Para finalizar, creo que, en cambio, la consolidación de un constitucionalismo centrado en las cuestiones de género por la vía de los trabajos que viene haciendo la propia Corte Suprema o los trabajos que está haciendo, de manera redoblada la academia —en términos de formar en esta perspectiva— pueden ser también un elemento para contrarrestar esta regresión, que es posible que ocurra en el caso chileno; pero al mismo tiempo están demostrando lo que les mencionaba que decía Beauvoir, ya que son derechos especialmente frágiles, por lo que el constitucionalismo tiene que tomar nota de esta cuestión cuando lo discuta.

Referencias

Rubio-Marín, R. (2020). Mujeres y procesos constituyentes contemporáneos: Retos y estrategias de participación. *Revista de estudios políticos*, 187, 43-69.



Segundo Panel:
Alcance de la perspectiva de
género en el razonamiento
judicial

Escanea para ver este panel
en Youtube

Segundo Panel: Alcance de la perspectiva de género en el razonamiento judicial



Dra. Flavia Carbonell Bellolio
Chile

Académica Universidad de Chile.

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción (2002) y Abogada (Corte Suprema, 2003). Es Doctora en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid (2013). Desde el 2020, es la Directora del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Chile y Presidenta de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.



Sr. Diego García-Sayán
Perú

Ex - Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados periodo 2016 - 2022.

Fue magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante dos mandatos consecutivos. Tiene una amplia experiencia trabajando para organizaciones multilaterales como las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos.



Dra. Marcela Paz Araya Novoa
Chile

Ministra Corte de Apelaciones de Copiapó.

Doctora en derecho por la Universidad de Girona (España). La ministra Araya ingresó al Poder Judicial en 1996 y desempeñó diversos cargos. Su primera designación fue como secretaria del Juzgado de Letras de Puerto Varas. Posteriormente y por ocho años, sirvió como relatora de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt y en 2003 juró como jueza del Juzgado de Garantía de esa ciudad, cargo en el que se desempeñó hasta su asunción como ministra.



UNIVERSIDAD
DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

La perspectiva de género en la actividad racional judicial

Flavia Carbonell Belloio



La perspectiva de género
en la actividad racional
judicial

Escanea para descargar esta
presentación en PDF

I. La perspectiva de género en la actividad racional judicial

Flavia Carbonell Bellolio
Universidad de Chile

Comienzo agradeciendo breve pero sinceramente a la ministra de la Corte Suprema, Andrea Muñoz Sánchez, y a su equipo de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, particularmente a María Soledad Granados Zambrano y Diana Maquilón Tamayo por la invitación a participación en este gran seminario.

Dividiré mi intervención en dos partes: en primer lugar, me referiré a la racionalidad en la actividad judicial y, en segundo lugar, a la perspectiva de género como parte integrante de esa racionalidad.

1. La racionalidad en la actividad judicial

La racionalidad en la actividad judicial es un ideal regulativo. Es decir, se espera de jueces y juezas que ejercen jurisdicción de manera racional, es decir, que cuando apliquen el derecho para resolver conflictos de relevancia jurídica, lo hagan de manera racional. No hay consenso absoluto sobre qué significa aquí “racional”, aunque hay algunos acuerdos sobre la fisonomía que debiese adoptar una decisión judicial para ser considerada racional. Ello sucede, por una parte, porque hay distintos conceptos de racionalidad, que a veces se distinguen por el “apellido” que les acompañan, tales como “racionalidad epistémica”, “racionalidad metodológica”, “racionalidad teleológica”, “racionalidad comunicativa”¹, “racionalidad económica”, “racionalidad lógica”, “racionalidad sistémica”, adjetivación que ocurre no solo, ni principalmente, en el derecho, sino en otros ámbitos del conocimiento (filosofía de la ciencia², filosofía moral, economía, teorías de la argumentación³, entre otros). Por otra parte, los desacuerdos provienen de la coexistencia de distintos

1 La racionalidad comunicativa persigue el entendimiento intersubjetivo de los hablantes, posibilita “una orientación por pretensiones de validez” (Habermas, 2001, pp. 65-66), y “asegura a los hablantes un mundo de la vida intersubjetivamente compartido” (p.107); de esta forma, garantiza también un mundo objetivo único de referencia. La racionalidad de este uso comunicativo del lenguaje depende de que los actos de habla sean comprensibles y aceptables.

2 Bergström (1980).

3 La noción de racionalidad como opuesta a la arbitrariedad se emplea igualmente por las teorías de la argumentación. No obstante, como sostiene García Amado, no existe un único criterio de racionalidad argumentativa, sino que varios, que generalmente se combinan en propuestas teóricas o normativas concretas: a) racionalidad como justificación; b) racionalidad como explicitación de valoraciones (y que ello permita su control); c) racionalidad como corrección lógica de la argumentación; d) racionalidad como prelación entre argumentos y como ponderación de consecuencias; e) consenso como criterio de racionalidad (e.g. apelaciones a valores intersubjetivamente compartidos o que serían aceptables en un determinado grupo); f) racionalidad sistemática; g) racionalidad procesal (como resultado de un procedimiento). García Amado (1986, 167 y ss).

54 conceptos y concepciones de derecho, de la interpretación, del razonamiento probatorio, de la aplicación del derecho, y, al mismo tiempo, de distintas maneras de concebir el rol de juez o jueza por los juristas y por los propios jueces y juezas.

Dicho esto, el uso más extendido de “racionalidad” dentro de la teoría del derecho y de la dogmática que estudia la actividad judicial es el de hacer equivalente decisión racional a decisión judicial justificada. Si se mira con atención, este modo de usar “racionalidad” incluye alguno de los usos antes mencionados (racionalidad lógica, epistémica, sistemática). De acuerdo con este uso, una decisión judicial es racional si está justificada. Esto, como se advierte fácilmente, no hace más que desplazar el problema al término siguiente, es decir, “justificada”: ¿qué significa que una decisión judicial concreta esté justificada? o, abstractamente, ¿cuáles son las condiciones necesarias y suficientes que debiese reunir una decisión judicial para que la consideremos justificada?

Según una de las teorías más extendidas, que resulta ser la que me parece con mayor capacidad explicativa, una decisión judicial está justificada si, por una parte, sus premisas lo están (las llamadas premisas normativas y fácticas) o está justificada desde el punto de vista del derecho y de los hechos y, por otra parte, si esa decisión se sigue de las premisas. La justificación interna o lógico-deductiva es una condición de racionalidad formal que refleja el principio de no contradicción; la justificación externa puede ser normativa o probatoria según el tipo de premisas a las que se refiera y es condición de racionalidad sustantiva que refleja el principio de razón suficiente (Chiassoni, 2011, p. 56).

A este proceso de justificación racional se le suele denominar “razonamiento judicial”, que no es más que el conjunto de operaciones que realizan jueces y juezas para justificar su decisión en un caso concreto, operaciones que son principalmente de conocimiento y de valoración. Para ello, muy simplificado, deben identificar el derecho aplicable, argumentar en favor de una determinada interpretación de los textos normativos, mostrar cómo la prueba rendida en un proceso brinda o no respaldo a una de las hipótesis fácticas en competencia y, finalmente, para el caso de que consideren que se han probado “los hechos” y que ellos son subsumibles en aquellas cláusulas generales previstas por la norma, deben aplicar la consecuencia jurídica correspondiente.

La premisa normativa es el resultado de una cadena de enunciados interpretativos y argumentos que los apoyan y que sirve de premisa mayor al silogismo. Contiene una norma que describe en forma general y abstracta una conducta o supuesto de hecho, atribuyéndole una determinada consecuencia jurídica. La mayoría de estos enunciados son enunciados interpretativos, es decir, aquellos que atribuyen significado a las disposiciones normativas de fuentes del derecho, que se respaldan en razones o argumentos que solemos usar. Dicho brevemente, es que para “aplicar el derecho” se requiere interpretar, y al interpretar el derecho se debe argumentar o dar razones para justificar que se trata de una interpretación aceptable, buena o correcta. Estos argumentos interpretativos son aquellos generalmente usados y aceptados por una cultura jurídica determinada para fundamentar la atribución de significado o para producción intersticial de derecho, y para evaluar el resultado de esas operaciones: el argumento gramatical o del tenor literal, el sistemático, el histórico, el teleológico, el de uso de principios o de la equidad, etc., son algunos de los más conocidos y utilizados.

La premisa fáctica es un enunciado que resulta de una serie de pasos y/o decisiones fraccionadas que “transforman” los hechos brutos en hechos del caso. Así, en primer lugar, y sobre la base de las interpretaciones que se realizan de las disposiciones normativas, se individualizan los hechos del caso y se determinan las circunstancias relevantes del mismo que han de ser objeto de prueba. En segundo lugar, deben usarse las normas que rigen la prueba de los hechos en un sistema jurídico dado. En tercer lugar, la jueza debe valorar la prueba de acuerdo con el sistema de valoración que rija en el ordenamiento jurídico respectivo (prueba legal o tasada, sana crítica o libre valoración) y aplicar reglas de estándares de prueba. En cuarto lugar, el juez acepta como probados los hechos y los describe en el lenguaje de la regla de derecho sustantivo a aplicar.

Esta actividad justificativa deriva de la incorporación de la obligación jurídica de motivar las decisiones judiciales. Como dice Daniela Accatino (2003), desde el punto de vista histórico, la comprensión de la sentencia judicial como decisión deliberada y racional, fundada en pruebas y en el derecho, va de la mano de esta obligación de motivar, a la vez que se erige como un mecanismo de control tanto jurisdiccional como de las partes, los ciudadanos y la opinión pública en general. De otro lado, la exigencia de razones por parte de jueces y juezas va unido al proceso de desacralización de la autoridad judicial, que ahora se legitima a través de la aceptabilidad de las razones que fundamentan su decisión, o en palabras de Habermas, de la “coacción sin coacciones del mejor argumento” (Habermas, 2002, p. 48). Así, el ejercicio de la jurisdicción, en tanto poder o potestad de jueces y juezas, goza de auctoritas —en tanto “saber socialmente reconocido”— cuando resulta de la aplicación del derecho al caso concreto (i.e. cuando la decisión puede ser reconducida al derecho) y cuando puede generar aceptación y reconocimiento, por parte de la comunidad jurídica, de las razones que justifican la decisión judicial.

Es, además, desde el punto de vista del ciudadano, esta obligación de motivar es un derecho que forma parte de la garantía del debido proceso.

Como decía antes, el uso más extendido de racionalidad referido a la actividad judicial concentra su atención en el momento de la decisión judicial final que resuelve la controversia jurídica. Sin embargo, podría sostenerse, y así se ha hecho por personas presentes e instituciones representadas en este seminario, que aquella “racionalidad” es necesaria durante todo el desarrollo y avance del proceso. Si esto es así, la exigencia de “racionalidad” se amplía más allá de las decisiones judiciales intermedias (por ejemplo, que resuelven medidas cautelares o incidentes) y finales de un proceso, y abarcaría las distintas actuaciones judiciales dentro del proceso (e, incluso, alcanzaría la actuación de auxiliares o colaboradores de la administración de justicia relevante para la marcha del proceso). Gran parte de estos otros usos de racionalidad referidos a la actividad judicial o a la administración de justicia se asocian bien al seguimiento de las respectivas reglas procesales que permiten u obligan a la magistratura o a las otras partes intervinientes a actuar de determinada manera en las distintas etapas, o bien resaltan que el ejercicio de las respectivas competencias de los funcionarios y funcionarias públicas tiene como límite los derechos fundamentales de las personas.

Finalmente, otro uso interesante de racionalidad en la actividad judicial se vincula con el denominado “autoprecedente”, que no es otra cosa que una regla que obliga al tribunal o jueza que dictó una decisión previa a incorporar en la decisión de un caso similar futuro las mismas razones jurídicas allí utilizadas. Según Marina Gascón, el autoprecedente es “una regla de racionalidad cuyo único fundamento reside en esa

56 exigencia de la justicia formal que es el requisito de la universalización” (Gascón, 1993, p. 38). Racionalidad, aquí, equivale a interdicción de la arbitrariedad y asume ya no la perspectiva (sincrónica) de una decisión individualmente considerada, sino una perspectiva diacrónica, de distintas decisiones en el tiempo.

Sintetizando esta primera parte, los usos que me parecen relevantes de la idea de racionalidad en la actividad judicial serían los siguientes:

1) Racionalidad como justificación de las decisiones judiciales.

a. que la premisa normativa se encuentre respaldada por argumentos interpretativos usados y aceptados por la comunidad jurídica y que los argumentos se encuentren adecuada y coherentemente conectados (coherencia normativa).

b. que la premisa fáctica se obtenga respetando las reglas epistémicas y jurídicas de valoración y estándar de prueba y que se construya a partir de una cadena coherente de enunciados (coherencia narrativa).

c. que la decisión se siga de las premisas (corrección lógica).

2) Racionalidad como seguimiento de reglas procesales.

3) Racionalidad como respeto a los derechos fundamentales en el ejercicio de las competencias públicas.

4) Racionalidad como proscripción de la arbitrariedad (respeto autoprecedente).

2. Perspectiva de género y racionalidad

Las aproximaciones a la perspectiva de género en la decisión judicial oscilan actualmente, me parece, entre dos extremos.

Por una parte, hay quienes, caricaturizando, señalan que la perspectiva de género en el razonamiento judicial es una moda, un discurso ideológico, una herramienta que puede producir discriminación respecto de aquellos contra los cuales se hace valer esta categoría en un proceso judicial, favoreciendo incluso dicen “al margen del derecho” a quien invoca el género como categoría a considerar en la decisión. Se ve alterada, de esta manera, la garantía de imparcialidad judicial.

¿Por qué tendrían los jueces y las juezas que incorporar esta “ideología de género o ideología feminista” y no otras o la de su preferencia?, ¿Qué tiene que ver el ejercicio de la jurisdicción, o la administración de justicia, con la reivindicación social, especialmente de las mujeres, consistente en eliminar la discriminación histórica y cultural de las que han sido víctimas?

En un artículo de 2019 de una revista colombiana indexada se dice lo siguiente, advirtiendo de los peligros del fenómeno de perspectiva de género:

el enfoque que se está adoptando en México más bien pareciera como una metástasis que se está irrigando por el cuerpo jurídico en su conjunto, pues resulta innegable que la mal entendida perspectiva de género ha penetrado en todos los campos de la sociedad, hasta tal punto que juristas de gran solvencia intelectual predicán sorprendentemente un menos precio [sic] a la dogmática y sobre todo al sentido común, mostrándose complacidos y abducidos por el sentido político y caprichoso de tal perspectiva, pues no cabe duda de que hoy día cualquier razonamiento que se muestre contrario a tales pretensiones de género resulta perverso, misógino y machista, sin importar la razón jurídica que ello aporte y que estén en juego los principios jurídicos e interpretativos construidos arduamente durante cientos de años.

Por otra parte, hay quienes piensan que la perspectiva de género puede ser el único fundamento de una decisión judicial, sin que importe si se trata de decisiones contra legem o incluso que, invocándola, puede prescindirse de las reglas jurídicas preexistentes que resulten aplicables. La fuerza de la reivindicación por hacer desaparecer toda forma de discriminación basada en consideraciones de género; correcta en mi opinión, yerra en la manera de promover aquella finalidad, en tanto deposita sus esperanzas en el derecho y en la jurisdicción, como si el derecho fuese capaz de solucionar este problema milenario con algunas decisiones y producir, velozmente, transformaciones en la sociedad. No es un antídoto contra la desigualdad de género, ni puede pensarse que es el único interés, bien o derecho que hay que considerar en la solución judicial de problemas de relevancia jurídica.

Esta representación de dos posturas extremas acerca de la perspectiva de género cual movimiento pendular es un fenómeno esperable y ninguna podría adjudicarse el calificativo de "racional". Al igual que en otras materias o aspectos de la vida en sociedad, esta perspectiva proviene de demandas sociales estructurales, profundas e insatisfechas y que impactan en la creación y aplicación del derecho. Y, como sabemos, el péndulo, en algún momento debiese volver a un punto cercano al centro, a una posición de equilibrio.

Este seminario internacional y todo el dedicado y excelente trabajo que ha hecho en estos pocos años la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema, me parece, está en esa línea, que es mostrar la importancia y el lugar de la perspectiva de género en las decisiones judiciales dentro del marco normativo vigente, alejando el péndulo de estos extremos (caricatura y activismo).

Y eso lleva a la pregunta de determinar en qué consiste la perspectiva de género, en qué no consiste y en qué sentido es también una exigencia de racionalidad.

Algunos autores han sostenido que la perspectiva de género en materia de razonamiento probatorio, por ejemplo, no es nada diverso a la aproximación racionalista de la prueba. Estas TRP tienen como núcleo los siguientes presupuestos, como los identifica Accatino (2003): 1) la tesis de la verdad como fin preferente de la prueba jurídica, que reconoce a la averiguación de la verdad respecto de los hechos del caso prioridad como fin de la actividad probatoria y de la regulación jurídica de la prueba, y b) la tesis, derivada de la anterior, de la justificación probatoria como caso especial de la justificación epistémica general, que afirma la debida aplicación a la valoración de la prueba de los criterios de la racionalidad epistémica general, mediante la construcción de inferencias inductivas basadas en generalizaciones empíricas que permiten justificar conclusiones de carácter probabilístico.

58 Si me permiten refutar esta postura con un ejemplo, alguien podría pensar que una ley como la ley antidiscriminación dictada en Chile el año 2012 era una redundancia o era innecesaria, ya que la prohibición de la discriminación existía desde hace muchas décadas en los textos constitucionales. Sin embargo, la ley fue una reacción ante una situación de hecho considerada intolerable: el asesinato de Daniel Zamudio, en manos de un grupo neonazi, por su orientación sexual, y para evitar o prevenir actos de este tipo, es decir, discriminaciones graves hacia personas en razón de características o motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, el sexo, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad (las llamadas categorías sospechosas). Allí, y hasta la erradicación de estas prácticas, se hizo necesario abordarlas como un problema independiente.

En el mismo sentido, no es suficiente ocultar la perspectiva de género en la decisión judicial bajo el manto de la “racionalidad” (para que no se malentienda, no se trata de una racionalidad como atributo típicamente masculino a la que se enfrentan los feminismos jurídicos), sino que, como se ha enfatizado, es necesario erigirla como una categoría independiente, con el objeto de “reconocer, identificar, la situación de desigualdad y discriminación de hombres y mujeres en la sociedad, así como la de algunas mujeres en relación con otras, y asumir la necesidad de desarrollar acciones concretas para transformarla”.

¿Por qué emplear perspectiva de género como herramienta metodológica para la adopción y justificación de las decisiones judiciales refuerza su racionalidad? Porque es ineficaz el discurso racionalista para visibilizar y desarticular prácticas de discriminación de género, tan profundamente enraizadas en nuestra sociedad; en muchísimos años, no ha permitido el cambio, sino que ha perpetuado las situaciones de desigualdad.

La perspectiva de género es un “método o herramienta de análisis destinado al estudio de las construcciones culturales y las relaciones sociales que se tejen entre hombres y mujeres, identificando en su trasfondo, aquellas formas de interacción que marcan pautas de desigualdad y discriminación entre los géneros”.

Junto con todo lo ya dicho, y como directrices aún generales y sencillas que vinculan a jueces, juezas y tribunales, puede decirse que:

- Parece importante, al aplicar el derecho, considerar contextos de vulnerabilidad generales (por ejemplo, el argumento de la discriminación histórica o el de violencia contra la mujer bien en general, bien en un tiempo y espacio determinado, caso famosos CIDH Campo Algodonero, años 90 y 2000 Ciudad de Juárez) y particulares del caso (edad de la víctima, tiempo transcurrido entre el hecho y el testimonio, habitualidad, efectos traumáticos de la agresión, insertarse la víctima en una familia de abusos, lesividad de la violencia).
- Existen conocimientos científicos particulares sobre contextos de violencia contra las mujeres que debiesen tomarse en consideración tanto durante el proceso como al valorar el material probatorio. Como por ejemplo, que los testimonios de las víctimas pueden no ser coherentes o incluso no detallados, por stress post traumático o por estructuras judiciales revictimizadoras o que despliegan violencia institucional.

- La perspectiva de género no propone condenar siempre al victimario cuando la víctima es una mujer, ni absolver siempre a la mujer que se rebela contra su tirano y le da muerte, sino que jueces y juezas realicen su labor de acuerdo con los márgenes legales que impone tanto el derecho interno como el derecho internacional (e.g., la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW).

Juzgar con perspectiva de género, en fin, consiste en cumplir con el deber de fallar conforme a derecho, tanto en la interpretación del derecho como en la valoración de la prueba, respetando el derecho a la igualdad y no discriminación.

Las teorías sobre la argumentación jurídica y prueba han propuesto algunas herramientas conceptuales y metodológicas que pueden ser útiles para, por una parte, promover la igualdad y no discriminación de las mujeres en los procesos judiciales y reforzar el juzgamiento con perspectiva de género y, por otra, analizar y evaluar sentencias judiciales individualmente consideradas o corpus de sentencias de un mismo o distintos jueces y tribunales.

Interpretar el derecho con perspectiva de género consiste en evitar, en el ejercicio de atribuir significado a las disposiciones normativas aplicables, producir efectos discriminatorios hacia las mujeres, teniendo en cuenta las construcciones culturales y la estructura de las relaciones sociales entre hombres y mujeres, y eventuales contextos especialmente desfavorables y peligrosos para la mujer: violencia contra la mujer, relaciones asimétricas de poder y determinadas condiciones de vulnerabilidad de las mujeres (niñas y adolescentes, pobreza, migrantes, indígenas; es decir, considerar interseccionalidad).

En materia probatoria, podemos distinguir entre inclusión, valoración y decisión con perspectiva de género.



60 Que ya la inclusión probatoria cumpla con la perspectiva de género quiere decir, por ejemplo, que en esta etapa debiese atenderse a reglas de investigación en el proceso (típicamente, el penal) que eviten la discriminación y den protección a las mujeres: por ejemplo, que se establezca un deber de investigar con la debida diligencia, oportuna y exhaustivamente delitos de violencia contra las mujeres. Asimismo, es relevante que la producción de prueba no afecte los derechos de las víctimas, se garanticen contextos adecuados para las declaraciones de la víctima, se evite que quien recibe la denuncia reste credibilidad a la víctima mujer o la someta a tratos que producen revictimización. En la misma línea, los informes periciales debiesen resguardar, en la aplicación de una determinada metodología, los derechos de las mujeres que intervienen en un proceso como el penal.

Valorar con perspectiva de género consiste en construir relatos e inferencias probatorias que tengan en cuenta los contextos históricamente desfavorables para las mujeres, evitando el uso de estereotipos de género, y tomando en cuenta los contextos y elementos propios de las conductas y/o delitos abusivos y violentos, en su caso.

Decidir con perspectiva de género requiere atender a algunos problemas que puede generar la aplicación de un estándar de prueba exigente en contextos de dificultades probatorias o en los que existan otros bienes jurídicos y/o intereses que deseen protegerse, como lo es el caso de los delitos de violencia contra mujeres y, específicamente, en los delitos de violencia sexual.

Finalmente, y como conclusión, solo me queda decir que la perspectiva de género es una herramienta que permite cumplir con el deber de fallar conforme a derecho, tanto en la interpretación del derecho como en la valoración de la prueba, respetando el derecho a la igualdad y no discriminación, en tanto ilumina contextos y operaciones que, de otra manera, esconden prácticas discriminatorias.

Referencias

- Accatino Scagliotti, D. (2003). La Fundamentación de las sentencias : ¿Un rasgo distintivo de las judicatura moderna?. *Revista de derecho*, 15.
- Bergström, L. (1980). Some Remarks Concerning Rationality in Science. En Hilpinen, R. (ed.), *Rationality in Science. Studies in the Foundations of Science and Ethics* (pp. 1-11). University Centre of Post-Graduate Studies.
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica*. Marcial.
- Colina Ramírez, E. (2020). ¿Juzgar con perspectiva de género? Análisis sobre sus posibles consecuencias en el ámbito jurídico-penal. Especial referencia a las causas de justificación. *Derecho Penal y Criminología*, 40(109).
- García Amado, J. A. (1986). Del método jurídico a las teorías de la argumentación. *Anuario de filosofía del derecho*, 3.
- Gascón Abellán, M. (1993). Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica. *Anuario de filosofía del derecho*, 10.
- Habermas, J. (1989). *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Editorial Cátedra.
- Habermas, J. (2001). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.
- Poder Judicial (2019). Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva género en la administración de Justicia. Disponible en https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/CBP/CBP_30052019_HR1.1.pdf
- Poder Judicial (2019). Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva género en la administración de Justicia. Disponible en https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/CBP/CBP_30052019_HR1.1.pdf



la perspe

en la ad

justicia e

1

- M

S

II. Análisis integral de la perspectiva de género: su vínculo con la garantía estándar de imparcialidad

Diego García- Sayán
Ex - Relator Naciones Unidas

Muchas gracias por tu generosa presentación, Marta y gracias a todas y todos, y en particular a la ministra Andrea Muñoz, con la que hemos interactuado tantas veces, que con tanta eficiencia y calidad personal ha organizado este encuentro y todas las actividades tan importantes que viene haciendo desde su función en la Corte Suprema de Chile.

Mientras escuchaba la presentación anterior pensé en cómo puede haber una articulación entre las experiencias personales, la presencia de determinados profesionales y una racionalidad para poder conseguir que un tribunal falle con enfoque de género.

Cuando llegué a la Corte Interamericana, todos los miembros de la Corte, siete en ese momento, éramos hombres, y eso era lo normal, lo usual, a nadie se le ocurría decir: “¿por qué no ha habido mujeres?”. Hasta que salieron unos fallos muy importantes y desde entonces aparecieron dos mujeres, una colega chilena y una colega de Jamaica. Y hubo un caso importantísimo, que es probablemente un rompe aguas de la Corte Interamericana y que la obliga a incorporar en su jurisprudencia un enfoque de género: el caso de Campo Algodonero.

En ese caso ya estábamos con la gran colega chilena Cecilia Medina Quiroga, profesora durante años de la Universidad de Chile. El caso de Campo Algodonero que, para quienes no lo tienen presente, ocurrió en Ciudad Juárez, en la frontera de México con Estados Unidos, un lugar muy sensible, zona de maquilas, de mucha delincuencia, con grupos no muy apegados a la ley operando y actuando, y con decenas o centenares de mujeres jóvenes secuestradas, desaparecidas y violadas. Y el caso que llega a la Corte Interamericana es el de tres de estas chicas, una de ellas era menor de edad, quienes habían sido secuestradas y asesinadas. En este caso, la responsabilidad del Estado mexicano no estaba en atribuirle la acción que llevó a la pérdida o al homicidio, sino la falta de protección y de condiciones adecuadas para evitar que eso ocurriera.

Entonces, cuando se dicta la sentencia de este tribunal que tenía una nueva composición —no digo que únicamente por eso, pero sí fue un ingrediente importante, porque la base del derecho se hubiera encontrado, seguramente, de cualquier otra forma— se determinó que la responsabilidad del Estado por no haber actuado de manera debida tenía que traducirse en reparaciones, y en orientaciones concretas y vinculantes por parte de la sentencia de la Corte Interamericana, sobre las acciones que el Estado mexicano tenía que hacer. Entre

64 estas disposiciones se encuentran, por ejemplo, orientaciones sobre cómo organizar sus fuerzas de policía en detalle y cómo recibir las quejas y las denuncias de los familiares en caso de que algo le pasara a una de sus integrantes y no decir, como les dijeron: “Ya regresará, es una chica guapa, seguramente se ha ido con su novio, regresará en dos o tres días”. Pero nunca regresaron.

Entonces, para mí mismo fue una experiencia muy importante entender que ese componente era el enfoque de género, de decir, actuar con toda la racionalidad y todos los componentes que nos ha explicado brillantemente Flavia, pero diciendo: “Bueno, esto se traduce en este caso no solo en orientaciones sino también en decisiones vinculantes que el Estado mexicano tiene que cumplir para evitar que algo así se repita en el futuro”.

Entonces, esta introducción me permite decir dos cosas que quiero compartir con ustedes hoy. Primero que, como relator de Naciones Unidas para la Independencia Judicial, uno de los últimos informes que presenté ante la Asamblea General de Naciones Unidas abordaba algo que es central para los temas como el que estamos tratando ahora, que es la presencia de mujeres en los tribunales, y, particularmente en las altas Cortes. Lo anterior porque la presencia de mujeres hoy en el sistema judicial, en casi todas las regiones de mundo con algunas pocas excepciones de países en el Medio Oriente, es importante y en muchos casos supera la mitad, pero no ocurre lo mismo en las altas Cortes.

En el caso de América Latina, el promedio de participación de mujeres en las altas Cortes fluctúa entre 27 y 30 %, aunque en Chile es un poquito más. En el contexto de la pandemia, que es cuando preparé este informe, tuve una serie de reuniones regionales con altas magistradas de distintos lugares del mundo: América Latina, Norteamérica, Asia, África, Europa y las dos Europa, la Europa occidental y la Europa “perfecta” —la de Noruega, Finlandia y Suecia, en donde todo funciona bien y todo es un modelo—.

Bueno, sin excepción, en todas las regiones encontramos los mismos problemas para llegar a una conclusión similar: que las mujeres en las altas Cortes tenían muchísimas dificultades de acceso, por las condiciones que se planteaban, por las exigencias que se daban, que eran, curiosamente en Noruega o en Bolivia, más o menos las mismas.

Tres cuestiones centrales salieron de ese examen y voy a resumir solamente algunas particularidades. La primera es que, conforme se asciende en la carrera judicial, como regla universal se van reduciendo las posibilidades para las mujeres; eso se puede comprobar con pocas excepciones, no hay ni una norma que lo diga, simplemente ocurre así porque buena parte de las decisiones se toman, por lo general por personas del otro género.

Segundo, que opera también casi a nivel universal, un poco menos en Europa y en Estados Unidos, el estereotipo sobre que la mujer tiene que ser asignada básicamente a determinados temas, no a los temas del gran crimen o el crimen organizado, sino a los temas sociales, los temas laborales, los temas que tienen que ver con asuntos de familia, etcétera.

Y luego, que hay una serie de sesgos y estereotipos que funcionan en la dinámica cotidiana, que hacen que la mujer siempre tenga que sortear prejuicios en sus posibilidades. Las condiciones de trabajo son uniformemente exigidas, no toman en cuenta muchas veces los tiempos que la mujer pueda utilizar para sus embarazos y eso a veces no se contabiliza para los efectos del ejercicio profesional, de los ascensos y de la carrera; de manera que hay un impacto diferenciado y una afectación en la capacidad económica.

Y muchas veces se exige también, en general, para los ascensos, condiciones o exigencias que a veces las mujeres —me lo decían incluso magistradas de las altas Cortes de países en donde los niveles de ingresos son muy altos— no pueden cumplir o son difíciles de cumplir, como cursos en las noches, complementarios a la actividad laboral, o un doctorado adicional para poder hacer ese ascenso, cuando en la realidad lo que importa es si la persona está calificada jurídicamente y si es honesta para ocupar esa función judicial. Por esto, muchas mujeres se autoexcluyen por consideraciones que en la práctica producen que las mujeres tengan una carga extra por su desempeño de la vida familiar, que acaba siendo objetivamente mayor al margen.

Las propuestas que hice a la Asamblea General y que fueron, en general, muy bien recibidas, con una excepción, se pueden resumir en cuatro, que son las fundamentales. La primera se relaciona con un objetivo concreto conforme a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas para el 2030, que propone para el 2030 que el 50% de los cargos en las altas Cortes estén ocupados por mujeres. Que, en el caso de un país como Chile, no significa pasar de cero a 100, si no es subir un poco para establecer condiciones que son fácilmente cumplibles, si es que hubiera la decisión para hacerlo. Hay países en donde recientemente se han incorporado algunas nuevas funcionarias judiciales, como en el caso de la Suprema Corte de México, que han sido, si no me equivoco, hasta dos mujeres que se han incorporado sucesivamente. Este es un tema que todos los países respaldaron, salvo uno, la Federación Rusa, que dijo que no había necesidad, porque ya había un montón de mujeres en las altas Cortes, cosa que creo, en ese caso, no es fácilmente verificable y que sería algo con lo que ellos no estarían de acuerdo. Segundo, el sistema de cuotas. Este tema se ha discutido bastante, incluso en esta misma reunión. Pero más allá de proponerlo como una regla general, es una situación en la que se busca un objetivo específico en un lapso muy preciso de siete años, puede ser una herramienta indispensable para llegar a ese objetivo.

Cuando me tocó estar en la comisión que designó a los integrantes de la Justicia Especial para la Paz en Colombia (la JEP) no se puso una cuota de 50%, pero sí se hizo un llamado público, reiterado —y repito la palabra, “reiterado”— porque fue así: “Preséntense mujeres, preséntense mujeres” y se presentaron muchas mujeres. De los 1.200 postulantes que llegaron, la mayoría eran mujeres. Y el resultado fue que, al final, la mayoría de las personas seleccionadas fueron mujeres, porque fueron alentadas a que iban a tener garantías, y la primera presidenta de la JEP, como saben los amigos colombianos aquí presentes, fue también una mujer. Es decir, el sistema de cuotas puede alentar, pero puede haber otras herramientas para estimular y dar las garantías, pero tiene que haber una decisión institucional para lograrlo.

En tercer lugar, está un tema que es delicado porque tiene que ver con particularidades nacionales que hay que respetar: los requisitos formales, que a veces están llenos de academicismo, al exigir doctorado, maestrías y etcéteras, en donde se llenan de cartones que a veces son muy serio y otras no lo son tanto. Solo puedo hablar por mi país, que es el conozco más, en donde hay una serie de universidades de “garaje” que expiden maestrías y doctorados al que paga, sin necesidad de hacer nada ni de presentar nada o con

66 tesis que no pasarían ningún examen en cualquiera de estos buscadores de plagios. Y cuando hay gente excelente, que probablemente no ha hecho un doctorado, pero que podría estar perfectamente calificada, esos requisitos hacen que se excluya a personas que no tienen el tiempo o las condiciones económicas para seguir cursos extras. Este es un asunto que debiera ser revisado.

Y, por último, un aspecto que se debe eliminar son los encasillamientos en ciertos temas destinados como si fuera natural a las mujeres, y esto es un aspecto que va más allá de las altas Cortes.

Entonces, es toda una línea de acción que puede ir en esa perspectiva. Yo veo que en América Latina no estamos absolutamente fuera de foco, estamos en un continente que sí tiene un porcentaje razonable de mujeres en el cuerpo alto de los sistemas de justicia y hay pues mujeres en las altas Cortes, y también a veces hasta predominio. En mi país, por primera vez en 200 años, ha habido una presidenta de la Corte Suprema, que terminó su gestión en diciembre del año pasado.

¿Cómo todo esto se puede articular con las decisiones concretas? O ¿cómo esto puede ayudar al razonamiento que Flavia nos acaba de exponer de manera precisa y fundamental? Y otra vez quiero recordar mi experiencia en la Corte Interamericana, porque no podría hablar de ningún tribunal, ni siquiera del tribunal del Perú, porque no quiero meterme en lo son sus competencias propias. Pero las instancias internacionales pueden ser un referente muy importante para ejemplificar con ellas los elementos de concepto, donde se puede hacer una verificación de la Convención de Belém do Pará, con una serie de planteamientos que se publican periódicamente, como las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que son vinculantes. Varios países lo han establecido clara y expresamente en su jurisprudencia interna y en su constitución, como puede ser el caso de Colombia, México, Perú y Argentina. No obstante, todos los países que son integrantes de la Corte Interamericana pueden nutrirse de esa jurisprudencia.

Y, entonces, hay ahí elementos muy ricos que pueden ser recogidos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vinculantes clarísimamente en varios países, en fuentes calificadas para las decisiones en derecho interno que pueden ser ahí utilizadas y en donde el enfoque de género está siendo parte central desde esta sentencia que se produjo en el caso mexicano.

Porque a partir de ahí se estableció un asunto muy importante para países como los nuestros, que sufrimos esta ola de criminalidad donde a veces no son simplemente crímenes que ocurren, sino organizaciones criminales que tienen un poder igual o superior al del Estado, a veces articulado con agentes del propio Estado. De manera que la forma en que las políticas públicas se desempeñan frente al crimen o el crimen organizado no solo es de interés público en una sociedad democrática, sino central dentro de lo que puede ser el enfoque de género, sobre el cómo funciona un Estado y cómo funciona un sistema de justicia.

Y por eso, este caso del Campo Algodonero pudo ser visto de una manera totalmente distinta. Pudo ser visto como un caso donde el Estado no ejerció su deber de protección y no hubiera tenido mayormente ninguna relevancia, porque era gente que va a una comisaría a quejarse de que a un familiar lo han asesinado, y es algo que ocurre todos los días en nuestros países y no lo convierte en un caso internacional. Pero sí se convierte en un caso internacional, cuando hay un patrón que muestra que no es simplemente que desaparecen y

mueren personas al margen de su género, sino que desaparecen y mueren mujeres de un rango de edad determinada, correspondiendo a un estilo de criminalidad, que es el que prevalecía en ese entonces en esa zona de frontera.

Y en el curso del proceso fue muy interesante encontrar que no había una metodología de procesamiento policial para ese tipo de quejas, que no había formación para ello, que tampoco había una logística para poder actuar si es que en ese momento el destacamento policial que recibía la información tenía que hacer algo; solo podían estar recibiendo denuncias por incendios, por robos y por otras cosas, porque no había manera de actuar frente a la violencia de género.

Entonces, cuando el enfoque de género entra a decir: “las víctimas son mujeres”, no quiere decir que solo sean mujeres, sino que fueron víctimas porque el Estado no fue capaz de entender que las personas jóvenes que estaban siendo sujetas de secuestros y asesinatos en esa zona del país, requerían una respuesta preventiva por parte del Estado, para organizarse de manera específica para ese tipo de cuestiones, que no debía abordarlo la misma brigada que veía los crímenes ocurridos en los bares o los asaltos producidos en las calles.

Entonces, con esta reflexión y con este recuerdo de la Corte Interamericana voy cerrando mi presentación. Me encanta el aplauso que surgió cuando nombré a Cecilia Medina porque creo que esa interacción entre presencia de mujeres en las Cortes influye en la toma las decisiones y la posibilidad del enfoque de género. Sin embargo, no diría que es una condición sine qua non, porque los hombres también podemos tener un enfoque de género al momento de analizar y de fallar, así como puede haber mujeres que el enfoque de género no les interesa.

Pero, naturalmente, en un proceso de selección de mujeres, un criterio importante es considerar si las mujeres y en general todos los que postulan a altos cargos judiciales, tienen un enfoque de género o no. Lo que no quiere decir que sean feministas, eso ya es un tema de opción de cada cual, pero debe haber un criterio de análisis particular a un requerimiento y a una problemática que también es particular y requiere de una respuesta específica. Entonces, esa articulación entre la realidad y los estándares internacionales es una de las tantas herramientas de las que disponemos, más allá de lo que nos dan los recursos nacionales que, por supuesto, son y serán fundamentales.

la p
en
jus



III. La Perspectiva de Género como Garantía de Acceso a la Justicia de las Mujeres

Marcela Araya Novoa
Ministra Corte de Apelaciones de Copiapó

Introducción

El presente esfuerzo tiene por objetivo principal posar la mirada en el derecho fundamental de acceso a la justicia y su imbricación con la violencia de género, haciendo caudal sobre la amplitud de este y, por ende, en su carácter de garantía pluridimensional. Del mismo modo, se busca correr el centro de gravedad en su desarrollo, pensado de ordinario en clave exclusivamente jurisdiccional, hacia confines no explorados o escasamente relevados como son el concurso de los agentes, órganos e instituciones encargados de la persecución penal y la indagación de los delitos y su incidencia en la efectivización de un crisol de derechos de las mujeres víctimas, los que pueden ser precisamente operativos a través del acceso a la justicia.

Centro de estos afanes es el develar cómo el enfoque de género resulta imprescindible para hacer efectivo el acceso a la justicia, barrer con la discriminación y la afectación al mandato de igualdad, que se despliegan principalmente a través de la reproducción y pervivencia de los estereotipos nocivos de género. Para lo cual resulta ineludible poner en evidencia lo inocuo de este enfoque en la garantía de imparcialidad, enarbolada por los detractores de la mirada de género para oponerse férreamente a su ingreso en el juzgamiento.

Finalmente, se procura ilustrar todo lo afirmado mediante el repaso de causas emblemáticas de desconocimiento del acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia de género, principalmente aquellas conocidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo Corte IDH), los que constituyen casos muy crudos y gráficos, que se dejan ver como suficiente demostración de que, sin la integración de la perspectiva concernida, en la investigación y juzgamiento de los delitos machistas, difícilmente se puede avanzar en hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia de todos y todas, especialmente de las mujeres que sufren o han sufrido violencia patriarcal.

1. El Acceso a la Justicia, una Garantía Multidimensional

¿Qué es el acceso a la justicia? Del acceso a la justicia se han dicho muchas cosas, v. gr. que “es un derecho humano como el derecho a la educación, a la salud, al trabajo. Obstaculizar el derecho de acceso a la justicia (...) es violatorio de los derechos humanos” (Birgin y Gheradi, 2008, p. 1); que incluye, en una mirada amplia, “procesos y resultados” y que se trata de un derecho “bisagra” (Heim, 2016, p. 40); que constituye “un verdadero derecho al Derecho” (Cançado, 2012, p. 297); que se trata de un derecho que actúa como “puente entre el derecho material y el derecho procesal” (Vargas, 2019, p. 251) y que “es un derecho que efectiviza otros derechos” (Ramírez, 2019, p. 98).

De lo anterior resulta imperioso relevar que se trata de un derecho fundamental que está estrechamente ligado al imperativo de igualdad y no discriminación y en este sentido, un componente ineludible de toda sociedad que se pretenda democrática; que se ha desmarcado hoy en día, de su concepción limitada al acceso a la jurisdicción, fuertemente empapada de influjos formalistas, articulado entonces, desde una mirada más amplia, como comprensivo de criterios de justicia material o sustantiva.

En esta vertiente se le ha conceptualizado como “la posibilidad que tiene toda persona, independiente de su condición económica o de otra naturaleza de acudir al sistema previsto por el Estado, para dar solución a sus conflictos jurídicos y la vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular” (Ventura, 2005) ⁴.

Si bien es posible reconocer que se trata de un derecho cuyas fronteras son fluidas y difusas, lo que se irradia al ámbito de su protección y las consecuentes obligaciones de los Estados para ello, nadie discute hoy en día que se trata de un derecho humano y que se encuentra en permanente evolución y en nuestro ámbito regional, reconoce un desarrollo robusto que reflexiona sobre la interpretación armónica y complementaria que le imprime la Corte IDH, a los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) ⁵.

El sistema interamericano de derechos humanos consagra el derecho de las personas a ser oídas y de contar con los recursos judiciales en condiciones de igualdad, lo que supone:

Un ámbito formal y procesal (en el sentido de asegurar el acceso con las debidas garantías al órgano competente que determinará el derecho reclamado) y por otro, un ámbito de protección material (que implica garantizar la capacidad del procedimiento para producir el resultado para el que fue concebido, aun cuando no se le dé la razón a la parte que reclama). De otro lado, se exige que los recursos que los Estados suministren a las víctimas de una violación de sus derechos humanos sean efectivos a los fines de determinar si ha ocurrido dicha violación y proveer lo necesario para remediarla. (Piqué, 2017, p. 310)

⁴ Citado por Cuaderno de Buenas Prácticas, Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema chilena. Disponible en línea en <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/9-proyectos/24-eurosocialmas>

⁵ Suscrita por la Organización de Estados Americanos en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978.

Esta garantía fundamental es particularmente crucial para personas que se encuentran en posiciones sociales de vulnerabilidad -como las mujeres⁶- y constituye la forma de enderezar el control sobre el accionar político y administrativo y sobre el comportamiento de aquellos grupos hegemónicos. A pesar de lo dicho, se advierte una paradoja en la materia concernida, que consiste en que la posibilidad de acceder a la justicia y de utilizar las instituciones legales se encuentra distribuida de manera desigual (Ramírez, 2019, p. 100). Por ello, “Se parte de la base de que cuando se habla de acceso a la justicia se presupone la existencia de desigualdades sociales, de desequilibrios y asimetrías en la distribución del poder y los recursos dentro de un mismo contexto social” (Heim, 2016, p. 39). El principio de igualdad es un pilar esencial sobre el cual se edifican las democracias modernas, por lo que la existencia de barreras u obstáculos que posicionan a determinados grupos de individuos de manera desigual en lo relativo a la tutela efectiva de sus derechos, socava los cimientos de aquella edificación.

Siendo un derecho de contenido amplio, se ha señalado que es pluridimensional⁷, pudiendo reconocerse, sin ánimo de exhaustividad, las dimensiones preprocesal, procesal y de ejecución. La primera de las dimensiones puede ser caracterizada como la igual posibilidad de todas las personas para acceder a las instancias de defensa de los derechos y se extiende a todos los procesos y gestiones previas a estos, tanto a aquellos que se cristalizan en vías alternativas a la resolución judicial de los conflictos, abarcando también el conjunto de políticas públicas destinadas a informar y concientizar a las personas sobre sus derechos. Implica también el conocimiento que deben tener de los mecanismos que permitan conocer “la existencia” de los tribunales y la forma de encaminar en ellos sus pretensiones o de entes encargados de prestar asesoría para ese fin; conocer lo necesario para hacer viable las denuncias o requerimientos, para, en fin, poner en movimiento la justicia de manera efectiva y oportuna.

La segunda dimensión, la procesal, es aquella que transitan las personas en la búsqueda de que una institución del sistema emita un pronunciamiento con carácter sustantivo de justicia en tiempo adecuado (Ramírez, 2019, p. 98). Se podría corresponder a lo que Vargas (2019) denomina el derecho a recurrir a los tribunales -ser oído- y obtener una respuesta estatal susceptible de ser efectivamente cumplida, implica el derecho a obtener una resolución fundada, congruente y sobre el fondo del asunto debatido (p. 245).

La tercera dimensión del acceso a la justicia es la ejecución, que apunta al cumplimiento del pronunciamiento emitido previamente.

En este mismo orden de ideas, Bernal (2019) distingue tres etapas que se corresponden básicamente con la disección referida: el acceso, el proceso con todas las garantías, y el cumplimiento fiel y oportuno de la sentencia.

6 Las mujeres se encuentran “en inferioridad de condiciones en términos de legitimación, poder y acceso a los recursos, se encuentran también más desprotegidas en el momento de requerir asistencia legal para asegurar la vigencia de sus derechos” (Birgin y Gherardi, 2008, p. 6).

7 En esta parte sigo a Ramírez (2019, pp. 98 y ss.).

72 2. El Enfoque de Género, las Desigualdades y el Acceso a la Justicia

Señalé que el derecho que se examina está estrechamente vinculado con la aspiración de hacer efectiva la igualdad, aspiración que se desvanece muy frecuentemente en el caso de las mujeres. Ello por cuanto, en el sistema de dominación patriarcal en que están inmersas las mujeres, se les reconoce socialmente subordinadas y discriminadas.

Lo anterior, pese a que se han masificado y multiplicado las cláusulas de igualdad entre hombres y mujeres y las que proscriben la discriminación por razón de sexo e incluso en el ámbito universal de protección de los derechos fundamentales, se ha suscrito el gran tratado específico sobre la materia: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁸, que exhibe la virtud de conjugar la igualdad entre hombres y mujeres, con la prohibición de discriminación por razón de sexo y el principio de responsabilidad estatal. Instrumento que según Facio (s.f.):

No se conforma con imponer una obligación general a los Estados de reconocer a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley, así como una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad, sino que detalla las obligaciones estatales en relación a una serie de derechos humanos para lograr esa igualdad. Además, no solo prohíbe la discriminación contra la mujer, sino que la define muy detallada y extensamente. (pp. 72-73)

La misma autora también sostiene que, las razones por las cuales, a pesar de los esfuerzos anotados, todavía la discriminación sexual pervive muy intensamente, son la falta de voluntad política de quienes tienen el poder para erradicarla; las concepciones religiosas que, abierta o solapadamente, atentan contra la igualdad entre los sexos, las costumbres y las tradiciones misóginas que entronizan la superioridad del sexo masculino, los estereotipos sexuales que mantienen la inferioridad de los roles femeninos, entre otras (Facio, s.f., pp. 71-72).

Además, por cuanto los roles masculinos y femeninos son socialmente construidos y mantenidos a través de la cultura patriarcal, la CEDAW establece en su artículo 5 que los Estados Parte están obligados a tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales y los estereotipos, así como eliminar los prejuicios y las prácticas culturales que estén basadas en ideas sexistas.

Es necesario poner el acento en que cuando hablamos de discriminación contra la mujer, no se la entiende respecto de un caso específico sino enfocada en el conjunto de conductas y actitudes que evidencian discriminación hacia las mujeres en general, por el solo hecho de ser mujeres. No se trata del enfoque de la igualdad del liberalismo clásico, de corte individualista, sino de una igualdad estructural, que incorpora datos históricos y sociales que dan cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática en que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad, entre ellos las mujeres (Pinto, 2016, p.51).

⁸ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.

Resulta insoslayable traer a colación lo que se consigna en la Recomendación General 33 del Comité de la CEDAW (2015)⁹ sobre el acceso de las mujeres a la justicia, el cual refiere en su N° 3, que:

En la práctica, el Comité ha observado una serie de obstáculos y restricciones que impiden a la mujer realizar su derecho de acceso a la justicia en pie de igualdad, incluida una falta de protección jurisdiccional efectiva de los Estados parte en relación con todas las dimensiones del acceso a la justicia. Estos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias y las prácticas y requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres. Todos estos obstáculos constituyen violaciones persistentes de los derechos humanos de las mujeres.

Lo anterior está muy vinculado con los lineamientos contenidos en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, que fuere elaborado por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en marzo de 2008, en las que se desarrollaron los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún, 2002), en especial lo relativo al acápite titulado “Una Justicia que protege a los más débiles”. Este conjunto de reglas, devela que los sistemas judiciales están obligados a reconocer la existencia de personas que no pueden acceder de forma efectiva a la justicia, para la protección de sus derechos y en consecuencia deben bregar más intensamente para superar esas desigualdades de inicio, vencerlas o mitigarlas. Declara este estatuto que “poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho” (Exposición de motivos).

No se elaboran estas reglas con un afán meramente teórico, sino que recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial, no solo limitado a la elaboración de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

En este instrumento se señalan las causas específicas de vulnerabilidad al indicar como tales la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

Como se puede advertir, el género también es considerado como una causal específica de vulnerabilidad, indicándose que la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que ocurra alguna otra causa de vulnerabilidad (artículo 8.17).

9 Recomendación General 33 del Comité de la CEDAW sobre acceso de las mujeres a la justicia, de 3 de agosto de 2015.

- 74 En relación especialmente a este eje, determina el instrumento expresamente que se deberán impulsar las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva. Añadiendo que se prestará una especial atención a los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna (artículo 8.20).

3. Un Análisis en Dos Capas de la Discriminación Contra las Mujeres

Lo anteriormente reflexionado obliga perentoriamente a hacer una disección en la materia objeto de estas líneas y hacer un análisis en dos planos. El primero, nos compele a reconocer que las mujeres pertenecen a aquellos grupos que se encuentran en condiciones de desventaja, por cuanto sus derechos son sistemática y estructuralmente conculcados producto de la discriminación que admite como punto de partida el modo en que las diferencias sexuales son valoradas en la sociedad.

Existe una imbricación entre discriminación y violencia contra la mujer, lo que fuera puesto de relieve por el Comité de la CEDAW hace unas décadas. Así en la Recomendación General 19¹⁰ (1992) lúcidamente se consignó “En la definición de la discriminación (artículo 1º de la Convención) se incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, además de puntualizar que la violencia de género “es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”.

Se entiende por violencia de género, a la luz de la Convención de Belém do Pará¹¹ el ejercicio de la violencia que refleja la asimetría existente en las relaciones de poder entre varones y mujeres, perpetuando la subordinación y desvalorización de lo femenino frente a lo masculino. La diferencia entre este tipo de violencia y otras formas de agresión descansa en que el factor de riesgo o vulnerabilidad está dado por el hecho de ser mujer.

La conceptualización que la Convención Belém do Pará realiza de la violencia machista se deja ver en extremo amplia¹², por lo que honrando este paradigma se incluyen en el concepto las violaciones sexuales, el asedio sexual en el trabajo o en las instituciones educacionales, la violencia sexual contra mujeres privadas de libertad, la violencia contra las mujeres desarraigadas y el tráfico de mujeres, la violencia obstétrica, la violencia producida en el espacio doméstico o en el marco de las relaciones familiares y/o afectivas, las que son solo muestras de sus variadas expresiones concretas. Algunas de estas prácticas o sus consecuencias, han sido tipificadas como delitos en las legislaciones de los países de nuestra cultura jurídica.

10 Actualizada por la Recomendación General 35 del Comité de la CEDAW Sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General 19 de 26 de julio de 2017.

11 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. Adoptada en Vigésimo Cuarto Período de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos con fecha 9 de junio de 1994.

12 Artículo 1. Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Sin embargo, de lo anterior, el fenómeno de la discriminación contra la mujer puede ser analizado igualmente desde otro prisma, que no es más que la contracara de una misma realidad, en un ejercicio similar al que se realiza cuando se mira a través de un caleidoscopio. Lo que pretendo graficar es que, cuando las mujeres aspiran a hacer efectivo el acceso a la justicia, a fin de reestablecer los derechos que le son amagados, precisamente por su condición de mujer, tropiezan con barreras existentes en las normas escritas y, fundamentalmente, en su interpretación; en prácticas, usos, asunciones e instituciones impregnadas de la discriminación de la cual intentan denodadamente escapar.

Es preciso entonces poner el énfasis en la “cuestión de las mujeres en el ámbito jurídico”¹³ que nos pone alerta sobre las implicaciones de género de las reglas y las prácticas que se nos presentan como neutras u objetivas, pues el derecho no es neutro, abstracto, completo ni objetivo. El derecho y los sistemas de justicia —incluidas las instancias y gestiones preprocesales— son intensamente androcéntricos, pues no pueden escapar de los influjos de la discriminación social y estructural a que aludí previamente, porque está pensado y construido por y para los varones.

Así, esta alerta nos dice que:

La ley, las instituciones jurídicas (incluidas tanto las de derecho sustantivo como procesal) y los mecanismos tradicionales de acceso a la justicia no son neutrales, en sentido general, sino que son masculinos, en un sentido específico: han sido construidas mayoritariamente por los hombres o desde un punto de vista androcéntrico... (Heim, 2016, p. 105)

Resulta muy gráfico lo que se ha reflexionado en torno a este tópico en el sentido de que:

La tergiversación judicial de las diversas clases de violencia social que sufren las mujeres termina por producir otra clase de violencia encadenada: la violencia institucional. Cuando los tribunales transforman las violencias reiteradas y diversas que sufren las mujeres, en fenómenos puntuales, descontextualizados, banalizados y resituados en el universo de las relaciones privadas, no solo desposeen simbólicamente a las mujeres de sus cuerpos. También perpetúan prácticas estatales discriminatorias e instauran barreras de acceso a la justicia no previstas en los enunciados legales. (Zúñiga, 2018, p. 238)

La manifestación más potente de lo que se viene comentando lo constituye la victimización secundaria o revictimización, que se construye en referencia a la “victimización primaria” que dice relación con los efectos perniciosos y al daño natural que sufre una persona como consecuencia de la comisión de un delito. La victimización puede ser reexperimentada a raíz de ciertas acciones y omisiones que ocurren después y a causa del delito; es lo que se denomina -en clave de victimología- revictimización o victimización secundaria, fenómeno que consiste en los efectos que ocasiona la respuesta de las instituciones y de los individuos que las conforman hacia los clamores de la víctima o el daño que sufren las víctimas directas, indirectas y los testigos, durante el tránsito de acceso a la justicia y que es experimentada como una nueva violación de sus derechos

13 Tomo la expresión de Heim (2016, p. 105).

76 fundamentales. Se ha dicho igualmente que “constituye una estigmatización social que incluye además otros efectos psicosociales negativos que impactan en la vida cotidiana de la víctima (...); desde la intensificación del sufrimiento a partir de reacciones poco compasivas e incluso culpabilizantes” (Piqué, 2017, p. 318).

Lo anteriormente perfilado demanda enérgicamente según Heim (2016):

La puesta en marcha de una compleja serie de medidas para facilitar el acceso a la justicia de las mujeres, lo que no se limita a llevar a las mujeres ante los tribunales ni a proporcionar respuestas de tipo individual (...) sino que debe incluir criterios de justicia restaurativa (la reparación del daño causado y la protección de las víctimas) y de justicia social (la prevención y erradicación de nuevas violencias y la eliminación de la desigualdad estructural que está sobre la base de la violencia de género). (p. 189)

Las Reglas de Brasilia, en relación a la victimización (Nº 11) expresan que se estima que se encuentra en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización, destacando en este sentido a las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.

De lo reflexionado hasta aquí surge ineludible la pregunta, de por qué es necesario garantizar especialmente el derecho de acceso a la justicia de las mujeres. Ello por cuanto se señaló que las mujeres y otros grupos especialmente vulnerables son aquellos que se encuentran más desprotegidos a la hora de hacer efectivos sus derechos, tales como minorías sexuales, indígenas, ancianos, personas en situación de discapacidad, etc. y la respuesta la proporciona sólidamente Medina (s.f.), quien sostiene que las mujeres constituimos cualitativamente más de la mitad de la población mundial, por lo que tenemos presencia en todos estos otros grupos, por tanto, el acceso de las mujeres a la justicia lo es también de aquellos (p. 239).

Perfilado así el panorama, es posible adelantar que un sistema de justicia y, especialmente de justicia penal, diseñado o, al menos, operado sin perspectiva de género incrementará la discriminación que el derecho y los sistemas jurídicos tienen por misión exorcizar.

4. La (Ideología de la) Perspectiva de Género

En los tiempos que corren se ha hecho habitual escuchar del enfoque o mirada de género y la necesidad de incorporarla en los más variados ámbitos de nuestras interacciones sociales. En el afán de dar contenido a que alude el concepto perspectiva, es posible predicar que en las artes gráficas se utiliza para designar una representación, generalmente sobre una superficie plana, de modo tal como es percibido por la vista, de forma que se pueda intuir su configuración tridimensional. Entonces, a contraluz del concepto, cuando aludimos al uso de la perspectiva de género lo que se pretende graficar es la forma en que debe ser mirada la realidad social a fin de comprender en el campo de visión realidades que, de no mediar, esta mirada permanecerían invisibles.

Respecto del término “género”, se ha señalado que se trata de un “conjunto de prácticas, creencias, representaciones y prescripciones sociales que surgen entre los integrantes de un grupo humano en función de una simbolización de la diferencia anatómica entre hombres y mujeres” (Lamas, 2002, p. 134). Se trata de una expresión que ya no es nueva, y que se ha masificado, pues “la popularidad de la expresión género ha transformado esta categoría conceptual en el verdadero rótulo que se utiliza para nombrar a la tradición de pensamiento de la cual proviene, esto es; el feminismo” (Zúñiga, 2013, p. 193) y puede decirse que se trata de una definición estipulativa ya que ha permitido introducir un nuevo término técnico.

A la luz de lo anterior es que la perspectiva de género cobra su real significación y se presenta como una opción metodológica, es decir: “una visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres, que propone eliminar las causas de la opresión de género como la desigualdad, la injusticia y la jerarquización de las personas basadas en el género. Promueve la igualdad entre los géneros a través de la equidad, el adelanto y el bienestar de las mujeres; contribuye a construir una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan el mismo valor, la igualdad de derechos y oportunidades para acceder a los recursos económicos y a la representación política y social en los ámbitos de toma de decisiones”¹⁴.

Se ha señalado que el enfoque tratado es una obligación jurídica que tiene por objeto identificar estereotipos que hayan podido introducirse en un proceso judicial (lo que se condice con el uso del término perspectiva, que hace visibles ángulos que de no mediar el enfoque serían invisibles); además de probar que han producido consecuencias nocivas (lesión al principio de no discriminación) para alguna de las partes y que obliga a tomar decisiones, conforme a derecho, que eviten reproducir dichos estereotipos y sus efectos.

En el ámbito forense, entonces, puede ser articulada como:

Una metodología de análisis de la cuestión litigiosa, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en la búsqueda de soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género. (Poyatos, 2019, p. 8)

De esta manera, en la judicatura resuena fuertemente la interpelación a juzgar con perspectiva de género, respecto de lo cual debo realizar ciertas precisiones, particularmente en cuanto a lo que se entiende por “juzgar”. En torno al vocablo, desde el punto de vista jurídico (solo) aparentemente existiría consenso en cuanto a su alcance; no obstante la actividad de juzgamiento que realizan los jueces puede ser entendida de múltiples formas, caracterizándose en un primer momento a éstos, al decir de Montesquieu: “como la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza ni el rigor de la ley” hasta entenderlos como artífices de la creación del derecho ya sea interpretando preceptos; supliendo lagunas; resolviendo antinomias; etc.

¹⁴ Artículo 5. IX de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Primera Sección Diario Oficial de la Federación Mexicana, 1 de febrero de 2007. Disponible en https://oig.cepal.org/sites/default/files/2017_mex_ref_leygralvidalibredeviolencia.pdf

78 Habida cuenta que hemos asumido que el derecho no es un sistema completo y cerrado de normas, que exige las más de las veces un trabajo interpretativo por parte de las personas juzgadoras, por lo que podemos afirmar con cierta propiedad, que en él tiene cabida cómodamente la herramienta hermenéutica que constituye la perspectiva de género. Lo anteriormente reflexionado, va muy amarrado con el rol que se asigna hoy día a jueces y juezas en un estado democrático de derecho y que es precisamente la protección de los derechos fundamentales de las personas. Así se ha señalado que, “el derecho resuelve conflictos de intereses y realiza valoraciones, y el juez imparcial es el que incorpora los balances de intereses y valores que no siempre, ni mucho menos, se sitúan precisamente en el punto medio” (Aguiló, 1997, p. 77), añadiendo que ser leal a las reglas no es solo serlo a su tenor literal sino que principalmente a los fines promocionales y protectores del derecho, haciendo efectivo los derechos fundamentales de las personas y en ello, el acceso a la justicia en alianza con la perspectiva de género, tienen un indiscutido rol protagónico.

Atento a las reflexiones vertidas en el acápite anterior, vanos resultan los esfuerzos de los Estado por diseñar un sistema de justicia accesible con mecanismos expeditos y eficientes, si al tiempo de hacerlo operativo, los sesgos, preconcepciones y prejuicios de género, de que son portadores los seres humanos, quienes deben precisamente hacerlo funcionar, se yerguen en barreras u obstáculos que impiden a las mujeres u otros grupos desaventajados acceder a la protección de los derechos que le son amagados; por lo que atender los ruegos, que el caso de las mujeres que enfrentan violencia de género, se torna en extremo urgente.

La mirada de género precisamente permite, en primer término identificar esos sesgos y estereotipos que muchas veces permanecen invisibilizados y normalizados, para luego una vez identificados, desactivarlos, evitando que los efectos dañinos se perpetúen o irradian a otras personas.

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se ha precisado que el acceso a la justicia en los casos de violencia contra las mujeres requiere de una perspectiva de género en el acceso a la justicia, de forma que hay obligaciones reforzadas. Así se ha señalado en el “caso Fernández Ortega y otros Vs. México”¹⁵, que se “obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De tal modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección”. En un reciente pronunciamiento se determinó que “a raíz de las consideraciones precedentes, la Corte concluye que el Estado no tomó las medidas necesarias para evitar la revictimización de Brisa, ni tampoco condujo el proceso penal con perspectiva de género y niñez, y en atención al deber de debida diligencia estricta y reforzada y de protección especial que se requería ante una denuncia de violación sexual en contra de una niña”¹⁶.

15 Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010”, Serie C núm. 215 (párr. 193).

16 Corte IDH, Caso Brisa De Angulo Losada Vs. Bolivia. “Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022”, Serie C N° 475 (párr. 124).

5. Casos Emblemas de Denegación de Acceso a la Justicia

Pese a que se escuchan aun por estos días, voces que enfáticamente predicán que el género es una ideología peligrosa, perniciosa o inútil, que produce afectación a la garantía de imparcialidad perjudicando al género masculino y que, en fin, su utilización desoiría la obligación de igual aplicación de la ley, la realidad, sin embargo, contrasta con aquellos postulados, lo que es apreciable, en la praxis, en numerosas situaciones reales en que a las mujeres se les priva de acceder a la justicia o se les brinda, en los hechos, un acceso a las instituciones que deben materializarlo, lleno de obstáculos, complejo e insuficiente. Existen en los tiempos que corren en los sistemas de persecución penal, las instancias preprocesales y procesales que, en teoría pudieran resguardar los derechos amagados de las mujeres y otros grupos desaventajados, pero que al ser puestas en movimiento se tornan estériles o de muy baja efectividad, de ordinario por la intromisión de preconcepciones de cómo debe ser o de cómo debe comportarse una víctima en un determinado trance.

5.1. Barreras de Acceso a la Justicia en la Investigación de Casos de Violencia de Género

En lo referente a la fase preprocesal de acceso a la justicia, la Corte IDH ha conocido numerosos casos en que aborda la garantía que se examina. Uno de ellos es la causa seguida contra el Estado de Guatemala “caso María Isabel Veliz Franco Vs. Guatemala”¹⁷ (ocurrido en 2001), que trató sobre la desaparición y posterior muerte de la adolescente de 15 años, que se produjo en un contexto estructural de violencia e impunidad contra adolescentes y mujeres jóvenes de barrios populares en Guatemala. Efectuada la denuncia por la madre, hubo discriminación en el despliegue de la investigación y un trato altamente vejatorio a la madre. Así, por vía ejemplar, entre la denuncia y el hallazgo del cadáver transcurrieron un par de días en que las policía y el ministerio público no realizaron ninguna diligencia para encontrar a María Isabel y darle protección; se perdieron evidencias recopiladas en el sitio donde fue encontrado el cadáver; hubo conflicto de competencia entre los juzgados a los que les correspondía investigar el caso, el que, además, al tiempo de dictarse sentencia por la Corte IDH, llevaba 12 años en etapa de investigación sin avanzar; no se realizaron diligencias obligatorias en caso de sospecha de violencia sexual; los policía y fiscales se referían al “caso de la loca” en presencia de su madre, a quien se le interrogó por la conducta sexual o social de su hija; sobre conexiones con mareros y se le culpabilizó de no tener control sobre la adolescente, entre otras cosas.

Sobre lo anterior, el alto tribunal internacional señaló “la Corte colige que pese a indicios de que el homicidio de María Isabel podría haberse cometido por razones de género, la investigación no fue conducida con una perspectiva de género y se demostró que hubo faltas a la debida diligencia y actos de sesgo discriminatorio en la misma. La investigación, ha sobrepasado excesivamente el plazo razonable y aún continúa en su fase investigativa inicial”, añadiendo que “concluye que la investigación abierta a nivel interno no ha garantizado el acceso a la justicia de los familiares de María Isabel Véliz Franco, lo cual constituye una violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la

¹⁷ Corte IDH, Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014”. Serie C N° 277.

80 Convención Americana, y el derecho a la igualdad ante ley consagrado en el artículo 24 de la Convención, en relación con las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, y con los artículos 7.b y 7.c de la Convención de Belém do Pará (...).

En el “caso de Claudina Velásquez Paiz”¹⁸ estudiante de derecho y de 19 años a la fecha de los hechos (2005), se aprecian similitudes con el anterior, pues existieron a la par investigaciones torpes y en extremo lentas; desidia en dar protección a la víctima, diligencias realizadas negligentemente que hubo que corregir e implicaron sanciones a los responsables, como ocurrió con la autopsia realizada, pues es posible inferir que Claudina no fue digna, en concepto de los investigadores, de la debida diligencia imprescindible en estos casos, pues se vestía de una manera determinada, transitaba por la vía pública en horas “inadecuadas” y el sitio en que fue hallado su cadáver olía fuertemente a alcohol. La Corte IDH señaló, en este caso, que “(...) el derecho de acceso a la justicia, debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido, e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables” (párr. 142)¹⁹.

Resulta ineludible que el acceso a la justicia posea una dimensión material, por cuanto nadie podría negar que la mayoría de los sistemas de persecución penal, al menos en el papel, poseen los mecanismos para procurar dar protección a las víctimas y reestablecer sus derechos. No obstante lo afirmado, se puede constatar que en la práctica se produce denegación del derecho del que se ha hecho caudal, respecto de la víctimas y sus familiares (o víctimas indirectas), pues no solo las normas jurídicas poseen impronta androcéntrica sino que igualmente las prácticas jurídicas, las asunciones y las tradiciones o costumbres cuya erradicación importa remover la desigualdad estructural de base entre hombres y mujeres.

Otro aspecto a destacar en la materia concernida, y que muchas veces suele ser inadvertido, es el que dice relación con el impacto que las investigaciones negligentes producen en el acceso a la justicia de las víctimas (mujeres, víctimas indirectas y personas en situación de vulnerabilidad), en la realización de juicios orales y sus aspiraciones de lograr el castigo del agresor. Ello, por cuanto en los sistemas penales que se despliegan bajo el paradigma acusatorio, la actividad de investigar está entregada a un organismo autónomo o, al menos independiente, como lo es el ministerio público, el que dirige exclusiva o preminentemente la investigación y recopilación de elementos de juicio, que luego serán desahogados en la audiencia de juicio oral²⁰.

De la manera anotada, se produce un crossover entre las dificultades probatorias inherentes a la mayoría de los delitos de violencia patriarcal y la actividad investigativa deficiente. Así, se impide colmar el principio epistemológico que señala que a mayor y más relevante prueba, mayor posibilidad de éxito en la decisión (de condena o absolución), por lo que, desde la perspectiva de la víctima, con escasa prueba de cargo, de

18 Corte IDH, Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015”. Serie C N° 307.

19 El caso más paradigmático de aquellos que presenta las particularidades de que se ha dado cuenta en este acápite es el de “Campo Algodonero González y otros Vs. México”, cuyos hechos datan de 2001.

20 Si bien la víctima como querellante o directamente puede procurarse prueba de cargo, se debe convenir que quien está en mejor pie para ello, sin duda será el órgano de persecución penal creado para tal cometido.

deficiente calidad epistémica y habiéndose cerrado en muchos casos líneas de investigación que conducirían al esclarecimiento de los hechos, se estrechan las posibilidades de obtener condenas y se amplía el margen de impunidad.

5.2. Barreras de Acceso a la Justicia en el Juzgamiento de la Violencia Contra la Mujer

Respecto de la dimensión procesal del acceso a la justicia, es notable el asunto que conoció la Corte IDH, “Caso Linda López y otros Vs. Venezuela”²¹, el que se trató de la privación de libertad, durante un lapso de cuatro meses, de una mujer de 18 años a la época de los hechos (2001), por parte de un particular (con quien había tenido una relación informal), tiempo en el cual fue sometida a diversos actos de violencia física, verbal, psicológica y sexual, que le provocaron diversas lesiones tales como quemaduras con cigarros en la cara, mordeduras, fracturas, hematomas, etc. producto de las cuales debió permanecer hospitalizada cerca de un año y someterse a quince cirugías. Los hechos fueron investigados en sede penal, se llevaron a cabo dos juicios orales, ya que el primero fue anulado y “(...) en la segunda sentencia, que también lo absolvió del delito de violación por falta de pruebas, desacreditando el valor probatorio de la declaración de Linda Loaiza, requirieron que lo dicho por la víctima fuera corroborado por pruebas adicionales o se valoró supuestos antecedentes de la vida sexual de la víctima, en contravención con los parámetros internacionales. La Corte recuerda que una garantía para el acceso a la justicia de víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas” (párr. 238).

En este caso, se produjo una fractura en orden a la credibilidad de la afectada, en el juzgamiento penal por los tribunales internos, pues se le creyó en relación a todas las imputaciones, lo que conllevó la condena del autor, salvo en lo que respecta al delito de violación, a la par que da cuenta de investigaciones unilineales, sesgadas, torpes y negligentes con anclaje en el desajuste entre la víctima ideal y la concreta, y la eventual relación sexo-afectiva que unía a la víctima con su agresor.

En el célebre “caso la Manada” (España), más allá de las consideraciones de dogmática penal en cuanto a la concurrencia de un delito de abuso sexual con prevalimiento en modalidad de acceso carnal y no de violación, en lo que aquí nos interesa recalcar, el defensor de los acusados presentó como prueba de descargo, publicaciones en redes sociales de la víctima extraídas de Instagram en que, dos meses después de los hechos, aparecía junto a unas amigas y vestía una camiseta que tenía impresa la frase “hagas lo que hagas, quítate las bragas”. Uno de los informes de los investigadores privados que la obtuvieron de redes abiertas, fue presentado como prueba de descargo en la primera sesión del juicio oral y admitido por el tribunal (Gimeno, 2020, p. 119).

21 Corte IDH, Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. “Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018”. Serie C N° 362.

82 En el también célebre “Caso del calzón de encaje rojo” el Tribunal Superior de Justicia de Ica (Perú)²² utilizó como argumento, entre otros, para absolver al acusado del delito de violación el que “resulta extraño que la supuesta personalidad que presenta la misma [víctima/tímida] no guarde relación con la prenda íntima que utilizó el día de los hechos, pues por las máximas de la experiencia este tipo de atuendo interior femenino [ropa íntima de encaje rojo] suele usarse en ocasiones especiales para momentos de intimidad, por lo que lleva a inferir que la agraviada se había preparado o estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado”.

Respecto del “caso La manada” se aprecia la existencia de información que no debería haber traspasado el filtro de admisibilidad por irrelevante²³, concretando así líneas de litigación que deberían ser igualmente inadmisibles. El mismo fenómeno se deja ver en el denominado “caso N. R.R.”²⁴ el que se trató de una mujer joven que, en la ciudad de Coyhaique (Sur de Chile) donde residía, fue agredida brutalmente por su ex conviviente, quien en la vía pública la golpea con bloques de concreto y con las llaves de su auto le saca los ojos, abandonándola muy gravemente herida, pese a lo cual N. logra sobrevivir. Esta causa, por la crudeza de la violencia empleada, causó conmoción pública, producto de lo cual fue exhibido -en un matinal de uno de los canales de televisión abierta- el resultado de su informe ginecológico, lo que se corresponde con la estrategia desplegada por la defensa en juicio, para restarle credibilidad y resaltar que N. no se ajustaba al molde de buena víctima.

Respecto a estas prácticas forenses, diversas normas internacionales e internas proscriben, como estrategia de litigación, la introducción a juicio (eventualmente también durante la investigación, como fuera relevado supra) de información relativa a la conducta sexual o social, previa o posterior de la víctima. Las reglas de procedimiento del Estatuto de Roma²⁵, que establece diversos principios en este tema, ha señalado, por ejemplo, “...la credibilidad, la honorabilidad o disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrá inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo” (regla 70).

El art. 54 del Convenio de Estambul²⁶ prescribe que “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que en cualquier procedimiento, civil o penal, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima no sean admitidas salvo que sea pertinente y necesario”.

22 Sentencia Corte Superior de Justicia de Ica (Perú) expediente 002822-2019-1401-JR-PE-0 de 08 octubre 2020.

23 “La relevancia es un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos” (Taruffo, 2008, p. 38).

24 Caso N. R. R. Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique, Chile. Rit N° 1-2017.

25 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas.

26 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, suscrito por el Consejo de Europa en la ciudad de Estambul en mayo de 2011, entró en vigencia el 1 de agosto de 2014.

Frente a lo recurrente de estas violaciones al derecho de acceso a la justicia de las mujeres, la Corte IDH ha señalado que “Según determinadas pautas internacionales en materia de violencia contra la mujer y violencia sexual, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima son en principio inadmisibles, por lo que la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género”²⁷.

En la dimensión procesal del derecho de acceso a la justicia es igualmente advertible su afectación, al momento de valorarse la prueba, pues muchos estereotipos o prejuicios de que son portadoras las personas juzgadas se inmiscuyen en la construcción argumental de la premisa fáctica, lo que resulta muy gráfico en el “caso del calzón de encaje rojo” que fuera aludido, por cuanto sabido es que, el sistema de sana crítica racional que gobierna el proceso penal en el ámbito de los países de nuestra cultura jurídica, obliga a desprenderse de las reglas legales que predeterminan un resultado probatorio -en abstracto- y remiten a los cánones de la epistemología general, en este ejercicio.

No hay cabida, entonces, para las reglas o tasas legales que establecen ex ante un determinado valor probatorio de los elementos de prueba que se desahogan en el juicio oral, entre ellos, la declaración de la víctima, lo que es un gran aliciente para que ingresen al proceso y sustenten la declaración de hechos probados, las corazonadas, los pareceres o las preconcepciones de juzgadores y juzgadas, pero igualmente de acusadores y defensores.

En el sistema que se viene analizando, el razonamiento probatorio se despliega a través de inferencias probatorias empíricas (González Lagier, 2018, pp. 16-17), las que permiten transitar racionalmente del dato conocido: los elementos de juicio, datos probatorios o medios de prueba a lo desconocido: las hipótesis sobre los hechos de la causa, para lo cual son necesarias las generalizaciones empíricas que lo hacen posible, fungiendo de enlace o conexión. Estas generalizaciones son las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, que se nutren en el establecimiento de los enunciados probatorios, del conocimiento comúnmente compartido que, de ordinario, representa la visión masculina como la única posible.

Los estereotipos y los prejuicios nocivos de géneros se infiltran en el razonamiento probatorio, desplazan a las máximas de la experiencia, ocupando su lugar o, en otras ocasiones, el de la inferencia, provocando conclusiones sesgadas, valoraciones prejuiciadas y, eventualmente, decisiones injustas, lo que impacta eventualmente, en la conculcación de sendas garantías de las mujeres, tales como, el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la prueba y formando parte de este, el derecho a una valoración racional; la garantía de la imparcialidad y el derecho de acceso a la justicia.

²⁷ Corte IDH, Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014”. Serie C N° 277 (párr. 209).
En Chile se dictó la ley 21.523 Modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización, 31 diciembre de 2022, que contiene normas en similar sentido a las aquí revisadas.

84 La Corte IDH ha señalado sobre el tópico que, “se reconoce la necesidad que se lleve a cabo una adecuada apreciación y selección de la prueba a fin de neutralizar la posibilidad de que se produzca algún defecto que lesione la dignidad humana y sea fuente de impunidad”²⁸ y que “la influencia de los patrones socioculturales discriminatorios pueden dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos”²⁹.

5.3. La violencia contra la mujer y la discriminación múltiple

Una causa muy llamativa y de reciente factura es el “caso Brisa De Angulo Losada Vs. Bolivia”³⁰, el que se trata de una niña de 16 años (los hechos datan del 2001), a cuya casa llegó a vivir su primo de 26 años, quien aprovechando la confianza depositada en él por la familia y por el ascendiente que tenía sobre Brisa comenzó a ejercer actos de violencia sexual en su contra, consistentes en violaciones reiteradas y abusos sexuales, los que realizaba ejerciendo actos de agresión y amenazas en contra de la niña, pero no propiamente en el acto de la violación. Desde el momento en que se devela la noticia y el padre hace la denuncia, la niña y su familia se ven enfrentadas a una investigación sesgada y discriminatoria, a la par de un proceso judicial que exhibió similares tintes.

En este contexto, la afectada tuvo que declarar en varias oportunidades y se relata que la fiscal ante la cual se prestó una de aquellas declaraciones le habría espetado “no le contaste a nadie después de que te violó la primera vez, ¿correcto? ¿Estás segura que no querías? Porque sería muy raro no decirle a alguien que te violó”, “si sigues contando esto vas a destruir a tu familia y a la de él”, y “si estás mintiendo, me voy a asegurar que vayas a la cárcel. Es muy peligroso lo que estás haciendo”. Según la madre, al terminar la entrevista, Brisa salió descompuesta y le contó lo sucedido (párr. 49).

Respecto del examen médico forense de que fue objeto la niña, se dejó asentado por la Corte que “no se permitió que la madre de la presunta víctima la acompañara durante la realización del examen. Por ende, la Corte considera acreditado que en la evaluación practicada a la presunta víctima intervinieron profesionales y/o estudiantes de sexo masculino. Brisa pidió que los estudiantes no estuvieran en la sala, pero su solicitud no fue atendida e incluso algunos de ellos emplearon la fuerza para obligarla a abrir sus piernas cuando realizaron la revisión médica, a pesar de que Brisa manifestó claramente que tenía dolor y estaba incómoda, lo cual fue ignorado por los presentes”.

El proceso judicial, en extremo lento y engorroso, permitió que el agresor huyera del país y fuera muy difícil su ubicación y captura, además que, de oficio, los juzgadores modificaron la calificación jurídica de violación a estupro, título por el cual fue condenado a 7 años en un primer juicio, determinando el tribunal que no se daban los elementos el tipo penal de violación ya que “no se había demostrado convincentemente que

28 Corte IDH, Caso Espinoza González Vs. Perú. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 20 de noviembre de 2014”, Serie C N° 295, (párrafo 278).

29 Corte IDH, Casos Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala, “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017”. Serie C N° 357, (párrafo 170) (énfasis añadido).

30 Corte IDH, Caso Brisa De Angulo Losada Vs. Bolivia. “Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022”, Serie C N° 475.

hubiera concurrido el elemento de ‘violencia física’ en los sucesivos abusos sexuales” y tampoco se demostró, “de modo indubitable”, la intimidación. Asimismo, el Tribunal aseguró haber vislumbrado “ciertos rasgos de la personalidad de [...] Brisa”, como su “personalidad fuerte”, a partir de los cuales “no es posible concebir que Brisa haya sido intimidada por [el imputado]” (párr. 60). En el segundo juicio, el imputado fue absuelto con base en que “no había evidencia de que las conductas de E.G.A. hayan anulado la libertad sexual de Brisa”. Además, concluyó que “no había sido posible identificar en la conducta del imputado culpabilidad o dolo porque la relación sexual entre primos causa incomodidad en la sociedad, pero no es un delito, y que la agravante aplicable a la violación entre parientes requiere violencia” y “en el caso de autos no se apreció violencia ni intimidación” (párr. 65). Después de la extensa tramitación de la casación, se dispuso la realización de un tercer juicio oral, el que no se pudo verificar por cuanto el acusado había huido estando fuera del país y no prosperó la solicitud de extradición, por haberse invocado la prescripción.

Señaló el alto tribunal interamericano en relación a la existencia de discriminación en el acceso a la justicia basada en motivos de género y niñez, y la violencia institucional, que “la utilización de estereotipos de género por funcionarios y autoridades del sistema de justicia durante un proceso judicial vulneran la referida obligación que tienen los Estados de adoptar una perspectiva de género en las investigaciones y procesos penales” y además que “los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima” (párr. 163).

En síntesis, señala la Corte que el caso debe ser estudiado en base a un enfoque interseccional entre género y niñez, pues el hecho de ser la víctima, mujer y niña a la época de los hechos la colocó en una situación de doble vulnerabilidad, frente al agresor como también ante el proceso judicial que se seguía en contra de este.

Otros casos, en que se aborda la interseccionalidad, pero desde el prisma de mujeres imputadas que son víctimas de violencia institucional, son el de la “caso de la Pastora aimara Gabriela B.”³¹ que fue conocido por la judicatura chilena, en el año 2007 y el “caso Manuela vs. El Salvador”³² en que la Corte IDH determinó la responsabilidad del Estado de El Salvador; ambos distantes en tiempo y geografía, pero que exhiben en común sendas condenas injustas, en que la insuficiencia probatoria fue suplida por el estereotipo prescriptivo que mandata que las mujeres deben ser madres y no comportarse de cualquier modo en ese rol, sino que deben satisfacer el estándar de la “buena madre”. Igualmente están cruzados por discriminación múltiple, pues se trató de mujeres, en situación de ruralidad y extrema pobreza, analfabetas y en el caso de Gabriela, perteneciente además a una etnia, la aimara.

En el caso de Manuela la Corte IDH señaló que “Este Tribunal advierte que la utilización de estereotipos de género en procesos penales puede evidenciar una violación del derecho a la presunción de inocencia, del deber de motivar las decisiones y el derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial” (párr. 134) y que

31 Caso Gabriela B. Tribunal Oral en lo Penal de Arica, sentencia Rol 221-2009 de 15 de abril de 2010.

32 Corte IDH, Caso Manuela y otros Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021” Serie C Nº 441.

86 “Adicionalmente, este Tribunal resalta que la utilización de estereotipos de género para fundamentar una decisión judicial puede demostrar que la decisión fue basada en creencias preconcebidas en lugar de hechos. Por tanto, la estereotipación puede mostrar falta de motivación, violaciones a la presunción de inocencia y comprometer la imparcialidad de los jueces” (párr. 151).

A modo de colofón

Con el desarrollo de los casos que se han presentado en el acápite anterior, se pretende acallar aquellas voces que se manifiestan en contra del enfoque de género, poniendo de relieve la realidad por sobre afirmaciones afiebradas y sin sustento que procuran ver en las aspiraciones de un trato igualitario y libre de todo tipo de discriminación, la pérdida del poder hegemónico del género dominante y la consecución de privilegios -inmerecidos- para las mujeres.

Lejos de aquello, lo que se busca mediante la utilización de la herramienta interpretativa examinada, es precisamente, develar la existencia de barreras en el acceso a la justicia de las mujeres a fin de que puedan ser identificadas y luego removidas, con el fin último de obtener investigaciones eficientes y juzgamientos justos e imparciales. Nada más, pero nada menos que eso.

Referencias

- Aguiló, J. (1997). Independencia e Imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica
- Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. (6), 71-79. <https://www.cervantesvirtual.com/obra/independencia-e-imparcialidad-de-los-jueces-y-argumentacin-juridica-0/>
- Bernales, G. (2019). Acceso a la justicia y debido proceso, Oporto, Juruá.
- Birgin, H. y Gherardi, N. (2008). El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres. En A. Etchegoyen (Ed.), Mujer y acceso a la justicia. El mono Armado.
- Cançado, A. (2012). El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión. Librotecnia.
- Facio, A. (s.f.). El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, pp. 66-78. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22083.pdf>
- Gimeno, M. (2020). ¿Qué es juzgar con perspectiva de género? Thomson Reuters, Aranzadi.
- González Lagier, D. (2018). Distinciones, estipulaciones y sospechas sobre los criterios de valoración y los estándares de prueba. En J. Benfeld y J. Larroucau (Eds.), La sana crítica bajo sospecha (pp. 5-10). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Heim, D. (2016). Mujeres y acceso a la justicia. Didot.
- Lamas, M. (2002). Cuerpo: diferencia sexual y género. Taurus.
- Medina, C. (s.f.) Género y acceso a la justicia. Defensoría General de la nación (Ed.) (pp. 237-246). Disponible en <https://corteidh.or.cr/tablas/r29463.pdf>
- Pinto, P. (2016). Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las

mujeres en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Pensar en derecho*, 5(9), 49-72. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45789-discriminacion-y-violencia-comentario-sobre-derechos-mujeres-marco-del-derecho>

Piqué, M. (2017). Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional. En J. Di

Corleto (comp.), *Género y justicia penal*, Didot.

Poyatos i Matas, G. (2019). Juzgar con perspectiva de género: Una metodología

vinculante de justicia equitativa, *Iqual. Revista de género e igualdad*, (2), 1-21. <http://dx.doi.org/10.6018/iQual.341501>

Ramírez, B. (2019). Acceso a la justicia como derecho en clave de género:

Intersecciones entre los estándares internacionales y el rol de la justicia constitucional en Casos de violencia contra las mujeres en Perú y Colombia, *Anuario de Derechos Humanos*, 15(1), 97-11. Disponible en: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/53144/56768>

Taruffo, M. (2008). La prueba. En J. Ferrer y L. Manríquez (Trads.), *Marcial Pons*.

Vargas, M. (2019). ¿De qué hablamos cuando hablamos de acceso a la justicia? Un

intento por iluminar el debate. En J. Larroucau, y P. Machado (Coords.) *Estudios de derecho procesal* (pp. 233-252). Der Ediciones

Zúñiga, Y. (2018). *Cuerpo, género y derecho*, Apuntes para una teoría crítica de las

relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad. *Rev. Ius et Praxis*, 24(3), 209-254. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v24n3/0718-0012-iusetp-24-03-00209.pdf>

Zúñiga, Y. (2013). *Igualdad y diferencia en la teoría feminista: el debate conceptual*

sobre la justicia, la familia y la diversidad. En F. Muñoz (Ed.) *Igualdad, inclusión y derecho. Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria* (pp. 193-214). Lom.



Tercer Panel:
Contribuciones de la perspectiva de género para abordar los estereotipos en el razonamiento probatorio (primera parte)

Escanea para ver este panel
en Youtube

Tercer Panel: Contribuciones de la perspectiva de género para abordar los estereotipos en el razonamiento probatorio (primera parte)



Dra. Lidia Casas Becerra

Chile

Directora del Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales

Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad Diego Portales (1999). Es Doctorada en Derecho (Ph.D.) por la Universidad de Ottawa, Canadá (2016). Además posee un Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Toronto, Canadá (2005) y el grado de Bachelor of Arts en Desarrollo Regional y Urbano, Universidad de Saskatchewan, Canadá.



Dr. Federico José Arena

Argentina

Investigador Adjunto en Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas y Profesor en la Universidad Blas Pascal.

Abogado (2004) por la Universidad Nacional de Córdoba y Doctor Europeo en Filosofía del Derecho y Bioética Jurídica (2008-2011) por la Università di Genova, Italia. Desde julio 2014 es Investigador del Conicet - UNC, Argentina. Además, es Profesor Asociado de Filosofía y Lógica Jurídica en Universidad Blas Pascal, Córdoba, y Profesor de Metodología de la Investigación del Crimen (Epistemología jurídica) en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.



Dr. Raymundo Gama Leyva

México

Profesor asociado en el Departamento Académico de Derecho del ITAM

Licenciado en Derecho por el ITAM (Instituto Tecnológico Autónomo de México). Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Es profesor titular en el Departamento Académico de Derecho y profesor distinguido en la Universidad de Alicante. Su investigación está enfocada en el razonamiento jurídico, la argumentación, la prueba de los hechos y teoría del derecho. En el marco de estos temas se ha ocupado de la perspectiva de género en el razonamiento jurídico tanto en publicaciones como en docencia y capacitación en poderes judiciales.



I. Estereotipos y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Lidia Casas Becerra
Universidad Diego Portales

Gracias, ministra, por su presentación. Buenas tardes a todas y todos los que aquí se encuentran. Me encuentro particularmente honrada de poder asistir a esta cumbre, porque no es la primera vez que me ha tocado participar en una de ellas, una de las cuales fue y se realizó en Santa Marta, en Colombia, ya hace una buena cantidad de años atrás. Solo quiero decir algo que no dijo la ministra Muñoz, es que ella, además, fue mi profesora de Derecho Civil, entonces compartimos, de alguna manera, muchos años juntas. Y tampoco dice, que no solamente fue profesora, sino que también fue decana, aunque no le guste reconocerlo.

Bueno, mi ponencia, así como se señaló, trata sobre los estereotipos. Y voy a decir “estereotipos de género en la jurisprudencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Hay una frase que podría resumir mi presentación: “El sistema internacional de protección llega tarde. Llega tarde a discutir las cuestiones sobre las mujeres y, particularmente, el sistema interamericano. Pero para llegar hacia la Corte, definitivamente, tenemos que hacer el camino a través de la Comisión Interamericana”.

La experiencia de las mujeres a la luz de estándares internacionales de derechos humanos y las consideraciones de género en el Sistema Internacional de Protección, han sido, en general, muy tardías. Tal como expresa la profesora Hilary Charlesworth en uno de sus trabajos, los problemas que enfrenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no son necesariamente tan distintos a lo que ha enfrentado el derecho doméstico. Así, por ejemplo, en general, es un derecho concebido por varones y desde la realidad de los varones e interpretada, en sus inicios, fundamentalmente por varones.

Un ejemplo de ello, lo podemos encontrar en el IV Convenio de Ginebra de 1949, que entra en vigencia en 1950, relativo a la protección de la vida de las personas civiles en tiempos de guerra. Ahí, la consideración de género está inscrita, está inserta en la norma misma, en que se prohíbe la violación a las mujeres, violación, enfatizo “a mujeres”, en el contexto de guerra; porque la violación en sí misma era como concebida como una vulneración al honor solo de las mujeres. Así, su integridad física y la de cualquier otra persona que no fuese un cuerpo femenino, no fue incorporado como una violación a la dignidad o a la integridad de cualquier ser humano, sino al honor de las mujeres.

Por lo tanto, en relación con lo tardío, se puede decir que más allá incluso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la construcción misma de la norma, la interpretación y su aplicación, están atravesadas por nociones estereotipadas. Podemos pensar, por ejemplo, cómo la Declaración Universal de Derechos Humanos, que tiene consagrado el derecho a la vida, al igual que la mayoría y todos y cada uno de los

92 convenios, los tratados internacionales de Derechos Humanos, no tiene relación, necesariamente, con la vida cotidiana de las mujeres, cuyas vidas e integridad física y psíquica han sido y son afectadas fundamentalmente por agentes privados: sus parejas, sus familiares, entre otras personas.

La esfera doméstica parecía no ser alcanzada ni por el derecho doméstico —aunque existían y aún existen las normas dispuestas en nuestros códigos penales— ni tampoco por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Fue un desarrollo muy posterior, de parte de innumerables juristas feministas, que permiten reconocer cómo el derecho a la vida está íntimamente relacionado con el deber de debida diligencia de parte de los Estados.

Pero no solamente respecto a materias de violencia, sino también en otros ámbitos de la protección del derecho a la vida y en esta construcción de cómo entendía el Derecho Internacional el “derecho a la vida”. Por ejemplo, no solamente analizando los actos realizados por terceros, sino también por las omisiones del Estado para proteger la vida y la integridad. Un ejemplo de ello es mirar la relación entre derecho a la vida y las muertes maternas, como diría la profesora Rebecca Cook; aquellas muertes que se producen durante el embarazo, el parto y el puerperio, es decir, 40 días después del parto.

Esas causas son mayoritariamente previsibles y evitables, por lo cual, desde el punto de vista de la salud pública constituye una obligación incumplida cuando no se adoptan las medidas adecuadas para proteger la vida y la salud de esas mujeres. Sabemos que la preeclampsia, por ejemplo, es una condición que puede llevar a la muerte de mujeres al igual que la ruptura de membranas durante un embarazo. Sin embargo, ¿cuál es el rol de los Estados frente a la protección al derecho a la vida, frente a esas mujeres que están en riesgo vital? Y tenemos innumerables razones para pensar en que la ley no cambia, las prácticas médicas no cambian, a veces el razonamiento judicial no cambia, porque detrás de ello está una idea preconcebida basada en que las mujeres están ahí para ser madres y que, de alguna manera, servimos a un orden que solamente permite cumplir ese mandato a través, incluso, del riesgo de sus propias vidas.

En el caso de las Américas, por ejemplo, la preocupación del Sistema Regional de los Derechos Humanos se centró por razones más que entendibles en las graves y sistemáticas violaciones a los Derechos Humanos en nuestros países: la desaparición forzada, las ejecuciones arbitrarias, la tortura como prácticas prevalentes en las décadas de los 60, 70, 80 e incluso en los años 90 del siglo pasado. Lamentablemente, hasta la fecha algunas de estas denuncias todavía siguen llegando al Sistema Internacional de Protección.

Pero la presión y las nociones de prejuicio y estereotipos, podemos advertirlas lentamente en este camino del Sistema Internacional de Protección y lo va trazando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de casos como el de Maria da Penha versus Brasil, un caso de violencia doméstica en el cual no solamente existía una discriminación de jure, ante la existencia de una norma en el Código Penal que permitía formas de defensa a los hombres denunciados por violencia doméstica, relativa a la exculpación de estos a través de la defensa de su honor. Es decir, un hombre podía golpear a una mujer e incluso provocarle su muerte, en virtud del honor o el deshonor que le producía la supuesta infidelidad de una mujer.

La importancia de las consideraciones de género radica en el reconocimiento y la existencia de los estereotipos, esta constituye una primera premisa. Así, en *Maria da Penha*, es el reconocer que, por razones históricas, a los varones se les permitía disciplinar a sus cónyuges. El disciplinamiento, la obediencia, es una escala que lleva a la adscripción de una mujer subalterna en una relación afectiva y, por ello, el derecho permitía su disciplinamiento y la obediencia marital.

Así, el estereotipo es causa y una manifestación de desigualdades estructurales que enfrentan las mujeres, pero también que afecta a hombres al asumir ciertos roles de los que se les ha privado por razones culturales, como es la crianza y el cuidado de sus hijos; como podría advertirse en el caso *Fornerón versus Argentina*.

Ustedes, como jueces y juezas, están convocadas muchas veces a tener que discernir sobre el cuidado personal y, en ese sentido, la pregunta que suele hacerse es quién está en mejores condiciones para el cuidado. Si la idea sobre el cuidado es que las mujeres, por una razón natural, están convocadas a cuidar, lo único que reiteramos es la profundización de esos estereotipos que, a veces, por buenas razones, mantenemos para que el cuidado tiene que quedar en las manos maternas sin consideraciones sobre quién es, realmente, el mejor cuidador y no quién está pensado “naturalmente” que lo sea.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, particularmente, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer en su Artículo 5° llama y convoca a los Estados a establecer la eliminación de los estereotipos. Y el estereotipo se va a concebir como la existencia de un relato de lo que es una persona o lo que debe ser esa persona, donde vamos a establecer atributos, características y roles. Constituye, claramente, un guion de conducta, un deber ser, frente a que lo que es propio a una mujer, en este caso, o la forma en que esta debe conducirse.

Y el estereotipo, tal como dijo la ministra Muñoz, se basa en generalizaciones de características que pueden ser o no comunes a personas que son parte de un grupo o no, y que se proyectan a todas las personas de ese grupo; teniendo como base que para algunos casos sea cierto, pero que, en definitiva, cuando el prejuicio, el estereotipo y el prejuicio van unidos, pueden desarrollar y pueden provocar un daño, una limitación respecto a las potencialidades de cada persona, las aptitudes, las condiciones y las circunstancias específicas de esas personas, y la posibilidad o no del ejercicio de sus derechos.

Podríamos admitir que, fundamentalmente, los estereotipos afectan a las mujeres por razones históricas que se han transformado en culturales. Si bien el caso de *Elena Téllez Blanco con Costa Rica* no llegó ante la Corte Interamericana, este en sus elementos de fondo viene a plantearnos cómo la idea del estereotipo y los roles están claramente asignados; pero no en un caso sobre mujeres en su rol doméstico, sino más bien en la proyección del trabajo doméstico hacia la esfera pública.

En este caso, los hechos radican en el tratamiento diferenciado de jornadas laborales para las tías sustitutas o cuidadoras en hogares de internación para niños y niñas, lo que redundó en la discriminación sobre condiciones distintas al resto de los trabajadores. La existencia de jornadas laborales diferenciadas respecto de otras personas que trabajan tiene, además, una doble dimensión de género: el trabajo que realizan estas cuidadoras es precisamente aquello que las mujeres hacen, el cuidado.

94 Esto se proyecta en el caso de mujeres cuidadoras que trabajan en casas para ancianos, en el cuidado de niños, de enfermos, o en el trabajo doméstico. Entonces, no solamente es la proyección de lo doméstico a lo público, sino que también es la idea de tareas que son realizadas por mujeres. Por ello, la Comisión habla este doble impacto diferenciado entre trabajadores según su dimensión de género. Esto produce dos tipos de injusticia: por un lado, la cultural, una idea de que las mujeres cuidan y no importa a qué costo, cuidan en sus hogares y cuidan en situaciones de institucionalización; y por otro lado, desde el punto de vista redistributivo, la injusticia económica, con jornadas laborales extensas.

Hasta no hace muchos años en Chile, por ejemplo, teníamos reglas diferenciadas para las trabajadoras de casa particular —también conocida en algunos casos como las nanas, las empleadas, las domésticas— y no solamente tenían jornadas laborales distintas al resto de los trabajadores, sino que marcos salariales distintos y, por lo tanto, además se producía una suerte de confusión; nuevamente, la proyección entre lo público y privado, en donde la trabajadora es parte de la familia —así era concebida en el trabajo tercerizado—pero sin los derechos ni los beneficios que esto significa.

Esa proyección entre lo público-privado en el tema del cuidado, lo hace la Comisión. Llegó a un acuerdo amistoso con Costa Rica, pero lo interesante es ver cómo en el trabajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se puede ver ese camino que se va atrasando lentamente. Ya dije, los estereotipos afectan a mujeres, pero también a otros grupos históricamente desventajados: indígenas, personas cuya orientación sexual o identidad de género no sigue lo socialmente aceptado, y se proyecta a todas las personas, a lo que una persona es o pueda ser o pueda ser percibida como tal. Y ahí, por ejemplo, quedan claramente establecidos algunos otros grupos o colectividades históricamente, tradicionalmente subordinadas, como son las minorías o las disidencias sexuales.

Y eso lo deja claro el relator de Naciones Unidas contra la Tortura, cuando se refiere a la violencia sexual como violencia de género y dice: “Vamos a tener violencia de género cuando se producen contra las mujeres solo por serlo”, o que “las afecta en forma desproporcionada”, como diría la Corte en el caso penal Castro contra Perú, “pero también cuando se realizan en contra de comunidades gay o lesbianas, o aquellas personas que sean percibidas como pertenecientes a ese grupo”. Esa proyección, la generalización, el estereotipo con un prejuicio que produce menoscabo, va a llevar a conducir al maltrato, la tortura, u otros vejámenes, como dice el relator.

Y la Corte ha ido identificando muy bien la existencia de esos prejuicios ha desmantelado las visiones sesgadas que hacen diversos actores de un sistema judicial. En Campo Algodonero, podemos ver los tres tiempos: el momento de la denuncia ante la policía, el momento de la investigación de quienes tienen la labor de investigar, y la construcción y reconstrucción del estereotipo que va a hacer el aparato judicial. Por lo tanto, no es solamente un eslabón, sino la cadena completa lo que se va construyendo y donde la Corte va señalando.

Ciertamente, también, en el caso Atenco contra México, un caso del año 2018, donde la protesta social nuevamente es la proyección y la ruptura de mujeres que participan como manifestantes. Mujeres que quiebran el esquema de estar en un espacio privado, que ingresan a un mundo público, un mundo político y

donde la policía maltrata de una forma determinada, con una mirada determinada, hacia el disciplinamiento de aquellas que se atreven e ingresan al mundo público en tanto manifestantes y que, siendo mujeres rurales, claramente, no son sumisas, se organizan.

Pero aquí también participan de la represión y de la victimización otros actores, como el mundo de la salud, donde también se proyectan representaciones sobre las mujeres en la relación médico-paciente en una dinámica de poder. Por ejemplo, en el caso Espinoza González versus Perú, en donde la víctima detenida, a través del peritaje, donde es torturada y caracterizada como una persona que es histriónica, por lo tanto, manipuladora si es asertiva. En este caso la Corte fue identificando paso a paso lo que se iba produciendo en cada una de estas situaciones.

O también, por ejemplo, si miramos los casos Véliz Franco versus Guatemala, o el Velásquez Paiz contra Guatemala, uno del 2014 y del 2005, donde se puede advertir la presencia y la creación de estereotipos muy claros sobre aquella niña y aquella adolescente o mujer que no se comporta de acuerdo con cierto tipo de estándares.

Quizás el caso más emblemático, a mi juicio, y donde algunas de las que estamos aquí participamos, como la profesora Ximena Gauché, es el caso Guzmán Albarracín contra Ecuador. En este, nuevamente, aparece no solo el estereotipo establecido en la ley, discriminación de jure, sino también en las prácticas establecidos por los operadores de justicia y que la Corte releva para dar cuenta de los resabios de la ley penal, que hablan de aspectos como la doncellez. En ese contexto, se va a tener y considerar elementos probatorios, cuestiones que ustedes van a analizar posteriormente, que se relacionan con el comportamiento de una niña de 14 años, que es seducida por el vicerrector de su establecimiento escolar, un hombre de 65 años. Y todo aquello que se realiza en torno a lo que se reproduce desde el sistema judicial y también en la escuela.

Uno de los desafíos que queda pendiente es que muchas veces nos quedamos pensando solo en las mujeres. El género se construye, también, a partir de otros elementos que constituyen a la persona, como la sexualidad y la Corte, si bien lo ha reconocido en casos como Atala Riffo en el año 2012, también están los casos Azul Rojas Marín versus Perú o Vicky Hernández versus Perú, donde hay un voto disidente. Estos dos casos son los últimos que involucran a mujeres transgéneros y en donde todavía hay cierta dificultad para concebir y entender las condiciones de mujeres trans que son violentadas a partir de, precisamente, miradas prejuiciadas.

El Derecho Internacional no está exento de críticas y quizás esos últimos dos casos que he señalado todavía constituyen un desafío para el Sistema Internacional de Protección.



Utilidad de la perspectiva de género: estereotipos y valoración de la prueba.

Escanea para ver esta presentación en Prezi

II. La incidencia de estereotipos en la determinación de los hechos.

Criterios para la evaluación de su rendimiento epistémico

Federico José Arena
CONICET-Argentina

1. Introducción

El Tribunal de apelaciones de Cagliari, en una sentencia del año 2015¹, absolvió al imputado por violencia sexual, que había sido condenado en primer grado, pues consideró que no había razones suficientes para sostener que el acto sexual no había sido consensual. Entre los argumentos de prueba utilizados se encuentra el siguiente:

Por lo tanto, el uso del preservativo es coherente con la consensualidad del acto, en los términos indicados por el imputado. Y, de todos modos, el hecho mismo de que la reconstrucción de la víctima sea vea puesta en duda sobre un punto calificante de la acción, impide considerar creíble su relato respecto de la naturaleza coactiva del acto sexual.

Además, consideró poco creíble el testimonio de la víctima sobre la base, entre otros, del siguiente argumento:

Desde este punto de vista, la necesidad, surgida en la mañana [posterior al hecho], de consultar urgentemente a una ginecóloga por las secuelas de la actividad sexual del día anterior, podría ofrecer a la denunciante la oportunidad de atribuir esas consecuencias a una agresión sexual. De esta forma, la denunciante [‘una mujer madura’ (sic)] podía asegurarse de no poner en peligro su reputación, especialmente con la obstetra de ese pueblo, que la conocía bien y servía también para para obtener una consulta médica rápida, y al mismo tiempo le permitía vengarse del acusado que había abusado de ella cediendo a la pasión erótica en un momento de su vida en el que estaba particularmente perturbada”

Refiriéndose a este caso, el Comité CEDAW su Dictamen 148/2019 recomendó al estado italiano

1 Por razones de protección de datos personales no se consignan mayores datos sobre la sentencia.

98 Desarrollar, aplicar y supervisar estrategias para eliminar los estereotipos de género en los casos de violencia de género que incluyan: poner de relieve los daños que provocan los estereotipos de género judiciales mediante investigaciones basadas en pruebas [...], hacer un seguimiento de los precedentes y las tendencias de los razonamientos judiciales.

En efecto, en su comunicación presentada ante el Comité, la autora señalaba, entre otros, los siguientes estereotipos de género en los que se basó el tribunal y que condujeron a la absolución:

a) una violación tiene una dinámica normalizada y puede descartarse cuando se haya utilizado un preservativo; [...] e) una mujer soltera y ‘no muy joven’ debería estar siempre preocupada por su reputación, que podría verse perjudicada por una relación sexual ocasional con un hombre más joven.

Este es solo un ejemplo de la incidencia que los estereotipos de género pueden tener en el razonamiento probatorio y, en consecuencia, de la exigencia ampliamente compartida de evitar los efectos distorsivos que producen en la empresa de conocer la verdad.

En este sentido, la introducción de la perspectiva de género en el razonamiento probatorio, en cuanto exige evitar los efectos distorsivos de los estereotipos de género, no implica privilegiar una finalidad (ponerle fin a la discriminación contra la mujer) a expensas de la búsqueda de la verdad. Por el contrario, la evitación de los estereotipos en el razonamiento probatorio permite reducir las desviaciones que alejan de la verdad a quienes tienen que reconstruir los hechos, desviaciones que históricamente han perjudicado a las mujeres en determinados tipos de casos. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos humanos ha señalado que “una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas” (Corte IDH, Espinoza González vs. Perú, párr. 278).

Esta exigencia es no solo compatible con las concepciones racionalistas del proceso probatorio, sino que es una implicación directa de ellas. Como es sabido, a diferencia de una concepción persuasiva, la concepción racionalista considera que la finalidad principal del proceso judicial es lograr la correcta aplicación del derecho sustantivo y, para ello, entre otras exigencias, es necesario que el juez aplique la consecuencia normativa si y solo si se han verificado los hechos relevantes previstos por la norma (Anderson et al., 2015, pp. 115-128; Ferrer Beltrán, 2007, pp. 62-66; Taruffo, 2010, pp. 114-125). La verificación de esos hechos puede únicamente ser constatada si son verdaderos los enunciados que los describen. El problema con los estereotipos es que, al usarlos, el juez se aleja de la posibilidad de conocer los hechos tal como sucedieron.

Sin embargo, la exigencia de evitar los estereotipos en el razonamiento probatorio genera una dificultad que merece ser abordada; a saber, los estereotipos suelen funcionar de manera similar a las generalizaciones y las generalizaciones son, a su vez, un elemento fundamental e imprescindible del razonamiento probatorio (Anderson et al., 2005; Limardo, 2021; Taruffo, 2010). Así, el estereotipo según el cual las mujeres adultas se sienten atraídas por hombres jóvenes o el estereotipo según el cual los extranjeros provenientes de países limítrofes son mendaces, son creencias que se expresan en enunciados de la forma “los miembros del grupo A poseen el rasgo B”. En el primer ejemplo, el estereotipo afirma que, por lo general, quienes pertenecen al grupo identificado por el rasgo de ser mujer adulta poseen la característica de sentirse atraídas por hombres

más jóvenes. En el segundo ejemplo, afirma que, por lo general, quienes pertenecen al grupo identificado por el hecho de ser extranjero de país limítrofe poseen el rasgo de ser mendaces. Los enunciados con esta forma son generalizaciones, tal como lo es un enunciado del tipo “los alimentos con la etiqueta ‘Sin TACC’ no contienen gluten”. Según este enunciado, el grupo de alimentos identificados por la etiqueta “Sin TACC” posee el rasgo de no contener gluten. Y, por lo general, emplear la generalización para atribuir el rasgo de no poseer gluten a un producto que se encuentra en la góndola del supermercado y que posee la etiqueta “Sin TACC”, aumenta la probabilidad de acertar en el caso individual.

El punto que quisiera abordar en este trabajo es bajo cuáles condiciones una generalización aumenta las probabilidades de acertar en el caso individual y, en su caso, de qué manera tales condiciones pueden ser empleadas para evaluar la calidad epistémica de la aplicación de un estereotipo. Es decir, para evaluar en qué condiciones aplicar un estereotipo a un caso individual aumenta o disminuye las probabilidades de acertar en el caso individual.

A tales fines comenzaré por presentar con algo más de detalle el rol de las generalizaciones en el razonamiento probatorio y cómo los estereotipos pueden desempeñar ese rol. Luego me detendré en cinco criterios que, desde mi punto de vista, permiten evaluar la calidad epistémica de un acto de aplicación de un estereotipo. Los criterios son los siguientes: (1) apoyo estadístico; (2) relevancia; (3) calidad de la información individual; (4) sensibilidad epistémica; (5) normatividad del estereotipo.

2. Generalizaciones y apoyo estadístico

Que las generalizaciones desempeñan un papel fundamental en el razonamiento probatorio es una afirmación que carece ya de toda novedad. (Anderson et al., 2005; Limardo, 2021; Taruffo, 2010). Así, por ejemplo, una de las tareas principales de lo que suele denominarse “balística interna”, en cuanto se ocupa de lo que sucede dentro de un arma cuando es accionada, es determinar si cierto proyectil ha sido disparado por un arma determinada. Para ello es necesario contar con el proyectil y con el arma, ya que la prueba de la hipótesis “El proyectil 1 ha sido disparado por el arma A” depende de la posibilidad de accionar nuevamente el arma, en un contexto seguro, para obtener el proyectil 2 y compararlo con el 1. Dado que el cañón de cada arma posee un estriado particular en virtud de su morfología, dejará en los proyectiles un rayado característico. Por ello, si el proyectil 1 también fue disparado por el arma A, entonces compartirá ese rayado con el proyectil 2 (Intelisano, 2021, pp. 79-86)². Nótese bien que este procedimiento se apoya en la generalización según la cual los proyectiles disparados por la misma arma comparten un rayado determinado. Es decir, la inferencia que tiene como punto de partida “el proyectil 2 y el proyectil 1 comparten rayado” y como punto de llegada “El proyectil 1 fue disparado por la misma arma que disparó el proyectil 2”, posee como eslabón la generalización mencionada. La aplicación de la generalización según la cual “los proyectiles disparados por la misma arma comparten un rayado determinado” posee calidad epistémica puesto que aumenta la probabilidad de acertar respecto de si el proyectil 1 ha sido disparado por el arma A.

² Recientemente se han expresado ciertas dudas respecto de los fundamentos de métodos forenses basados en comparación de características, dentro de los cuales se encuentra la balística Vázquez, C. (2022). Presentación de la traducción al castellano del Informe del PCAST sobre la ciencia forense en los tribunales penales. *Quaestio facti*, 3, 275-480. De todos modos, aquí interesa resaltar que esa controversia no se refiere a la estructura del argumento sino a la necesidad de mejorar el apoyo estadístico de las generalizaciones empleadas.

Este es precisamente el rol que los estereotipos juegan en los razonamientos de los jueces. Por ejemplo: (1) Dato probatorio: el victimario usó un preservativo; (2) Estereotipo/Generalización: los victimarios que usan preservativo actúan con el consentimiento de la víctima; (3) Enunciado probado: el acto sexual entre la víctima y el acusado fue consensuado.

El punto es ahora determinar por qué, mientras la generalización usada por el experto en balística aumenta la probabilidad de acertar en el caso individual; el estereotipo sobre la relación entre uso de preservativo y consentimiento, no. O, dicho en otros términos, por qué la aplicación del estereotipo carece de calidad epistémica. Como resultará obvio a partir de lo dicho hasta aquí, la respuesta no puede ser que el estereotipo en cuestión sea una mera generalización, puesto que la aplicación de generalizaciones posee en algunos casos calidad epistémica, i.e., aumentan la probabilidad de producir enunciados individuales correctos.

Ello se debe a que la generalización balística cuenta apoyo estadístico. En efecto, la información estadística permite distinguir entre generalizaciones con apoyo estadístico y generalizaciones sin apoyo estadístico. Respecto de este último punto es importante distinguir entre dos sentidos de “falta de apoyo estadístico”. En un sentido fuerte, esa expresión quiere decir que contamos con datos estadísticos que refutan la generalización. Se trata entonces de generalizaciones falsas. En un sentido débil, la expresión quiere decir que se carece de datos estadísticos para evaluar la generalización y que, por ende, no es posible determinar si cuenta o no con apoyo estadístico. Usaré el término “insostenible” para referirme a este sentido débil, pero igualmente relevante, de falta de apoyo estadístico.

Dado que los estereotipos funcionan, a veces, como generalizaciones, también será posible evaluar, sobre la base de información estadística, si describen correctamente las características de los miembros de un grupo³. Ello dependerá de que el estereotipo esté apoyado (o encuentre apoyo) en información acerca del grupo. Los estereotipos sostenibles asocian a los miembros de un grupo una característica que efectivamente poseen según los datos disponibles⁴. Ciertamente, que el estereotipo cuente con apoyo estadístico, es decir, que sea sostenible, no quiere decir que sea verdadero para cada uno de los miembros del grupo estereotipado. Solo quiere decir que es más probable que un miembro del grupo posea el rasgo que le atribuye el estereotipo, que lo posea alguien que no pertenece al grupo. Por ejemplo, la generalización “las mujeres obtienen resultados más bajos que los hombres en los exámenes de matemática para el ingreso a la universidad” tiene, en Chile, apoyo estadístico (del Río et al., 2016). Esto quiere decir que es más probable que una persona pertenezca a la categoría de quienes obtienen un resultado bajo en los exámenes de matemática para el ingreso a la universidad si pertenece además a la categoría de mujeres, que si no pertenece a esa categoría. De ello no se sigue que cada vez que encontremos una persona que pertenezca a esa categoría, inexorablemente tendrá ese rasgo, pero sí quiere decir que atribuir el rasgo de haber obtenido un bajo resultado en el examen

3 Véase, entre otros, Jussim, L., Cain, T. R., Crawford, J., JHarber, K., & Cohen, F. (2009). The Unbearable Accuracy of Stereotypes. In T. D. Nelson (Ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination* (pp. 199-227). Psychology Press - Taylor and Francis. para el ámbito de las ciencias empíricas y Schauer, F. (2003). *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Harvard University Press; y Appiah, K. A. (2005). *The Ethics of Identity*. Princeton UP, para el ámbito jurídico.

4 Se podría reservar el término “estereotipo” para las generalizaciones falsas acerca de grupos sociales. Pero el problema aquí no es meramente terminológico, sino que consiste en advertir que las generalizaciones acerca de grupos, en cuanto poseen pretensiones descriptivas, pueden ser, si bien con limitaciones, contrastadas con la realidad mediante herramientas estadísticas.

de matemática para ingresar a la universidad a una persona, cuando sabemos que es mujer, aumenta la probabilidad de acertar en el caso individual. En ese caso, la aplicación del estereotipo posee calidad epistémica.

3. Relevancia

Si bien el criterio estadístico constituye una herramienta fundamental para una aproximación a la epistemología de los estereotipos, es todavía necesario proceder con precisiones ulteriores que permitan afinar la evaluación de su rendimiento epistémico. En este sentido, Katherine Puddifoot sostiene que, además del criterio estadístico, es necesario verificar la relevancia del estereotipo. Según Puddifoot, la relevancia es un criterio clave para evaluar si la aplicación de un estereotipo produce beneficios o costos epistémicos, puesto que “los individuos no son siempre capaces de advertir si en un contexto determinado la información estadística que pueda estar codificada en un estereotipo es relevante para [un caso individual]” (Puddifoot, 2021, p. 46). Puddifoot introduce una explicación psicológica de por qué se producen estos efectos en la percepción del caso individual. Una explicación basada en el modo en que se originan los estereotipos: el ego herido y el deseo de justificar el sistema social vigente. Por ejemplo, en un experimento se comprobó que las personas que habían obtenido un bajo resultado en un test de inteligencia, lo cual resentía su ego, se encontraban luego más dispuestas a estereotipar negativamente a las personas homosexuales. O, también, personas a las que un médico negro hacía una crítica de su comportamiento, estaban luego, en virtud de esta afectación de su propio ego, más predispuestas a involucrarse en formas negativas de estereotipación racial (Puddifoot, 2021, p. 46). Asimismo, el hecho que la prohibición de la esclavitud haya desafiado el orden social vigente hasta ese momento, produjo la sustitución de estereotipos raciales de contenido paternalista o condescendientes, por estereotipos raciales de contenido negativo que representaban a las personas negras como una amenaza (Puddifoot, 2021, p. 47). Dadas estas causas psicológicas, a menudo los portadores de estereotipos los aplican incluso cuando son irrelevantes. Y, cuando el estereotipo es irrelevante, su aplicación no aumenta la posibilidad de emitir un juicio acertado, aun cuando el estereotipo sea sostenible.

Al respecto es entonces central especificar en qué condiciones un estereotipo es relevante, pues únicamente en ese caso posee rendimiento epistémico. Puddifoot ofrece una definición algo genérica de irrelevancia, entendiéndola como “influir en los juicios sobre otros aspectos de la realidad social”. Es decir, el estereotipo carece de relevancia si es empleado respecto de casos distintos de aquellos a los que se refiere la generalización que expresa. Sin embargo, a partir de uno de sus ejemplos parece plausible atribuirle un sentido más preciso de relevancia. Así, Puddifoot se refiere a dos casos de irrelevancia. Primero, el ejemplo de un hombre negro que comete una infracción de tránsito menor y recibe, de parte del oficial de policía que lo detiene, la aplicación del estereotipo que asocia a las personas negras con el crimen. Segundo, el ejemplo de la mujer que ingresa a una universidad para trabajar en disciplinas STEM y recibe, de parte de un colega, la aplicación del estereotipo que asocia más a los hombres que a las mujeres con la experiencia científica. En ambos casos, la irrelevancia parece surgir del hecho de que las personas estereotipadas no están dentro del alcance de una formulación más precisa del estereotipo.

En efecto, la sostenibilidad de esos estereotipos, que se concede para la construcción del ejemplo, se produce únicamente respecto de formulaciones más precisas. Formulaciones tales como “Las personas negras más ciertas condiciones adicionales relacionadas con el contexto son propensas a ciertos tipos de

delitos” y “Las mujeres con ciertas características adicionales tienen menos experiencia científica que los hombres”. Pero tales formulaciones no alcanzan a las personas estereotipadas y, por ello, los estereotipos carecen de relevancia para atribuir a esas personas la característica que la generalización asocia con el grupo. Independientemente de que cuente con apoyo estadístico. Cuando el estereotipo es irrelevante en este sentido, no mejora la probabilidad de acertar en el caso individual pues se aplica a un caso no incluido en el alcance de la generalización. Además, dadas las diferentes causas psicológicas que llevan al uso de estereotipos irrelevantes, su aplicación aumenta la probabilidad de efectos distorsivos.

La relevancia, entendida en este sentido, es entonces un elemento clave para evaluar el rendimiento epistémico de la estereotipación. La razón es que un acto de estereotipación tiene calidad epistémica (produce beneficios epistémicos) cuando se aplica a un individuo que pertenece al grupo asociado por la generalización con determinado rasgo y cuando esa asociación expresa una relación que tiene base estadística. El estereotipo según el cual las mujeres chilenas obtienen peores resultados que los hombres en los exámenes de matemáticas para el ingreso a las universidades tiene base estadística y producirá beneficios epistémicos solo si se aplica a una mujer que se ajuste a la descripción: una mujer chilena que ha tomado el examen de matemáticas. Su aplicación a casos diferentes no produce ningún beneficio epistémico y, además, dadas las posibles causas psicológicas de su aplicación, aumenta el riesgo de efectos distorsivos.

4. Calidad de la información individual

Los estereotipos que cuentan con apoyo estadístico ofrecen información acerca del grupo y es por eso que, su aplicación a un caso individual posee calidad epistémica. Ahora bien, ese beneficio epistémico no se producirá cuando la información individual desplace al estereotipo. Por supuesto, ello es así salvo que tengamos otras razones para dudar de nuestra capacidad perceptiva actual o de la calidad de la información obtenida. En este sentido, Lee Jussim sostiene que, si la información individual es ambigua, entonces la aplicación del estereotipo conservará calidad epistémica. Para entender el punto vale la pena parafrasear un ejemplo de ese autor (2016). La aplicación de la generalización según la cual en Río de Janeiro hace más calor que en Toronto posee calidad epistémica, puesto que es bastante probable que como resultado de ella acierte en un caso individual acerca de la diferencia de temperatura entre las dos ciudades. La aplicación conserva su calidad epistémica incluso si un amigo brasilero me dice que hoy está fresco en Río y otro amigo canadiense me dice que hoy es un día cálido en Toronto. Esa información individual es ambigua puesto que las sensaciones térmicas de personas habituadas a cierta temperatura pueden incidir en su valoración del estado del clima. Ahora bien, si cuento con la medición de un termómetro respecto de la temperatura de hoy en cada ciudad, y resulta que en Toronto la temperatura es mayor que en Río, entonces la aplicación de la generalización carece de calidad epistémica y debería atribuir el rasgo de la temperatura a cada ciudad según la información individual no ambigua.

Lo mismo sucede con la aplicación de un estereotipo. Si una estudiante chilena que acaba de rendir el test de matemática muestra un certificado de examen en el que consta que ha obtenido un resultado muy bueno, la generalización acerca de los resultados de las mujeres quedará desplazada, i.e., su aplicación carecerá de calidad epistémica frente a esa información individual. Salvo, claro, que la información sea escasa (por

ejemplo, sabemos de alguien que festejó el resultado del examen, pero no sabemos más nada acerca de las razones del festejo) o ambigua (como sucedería si, en lugar del certificado, quien dice que la estudiante ha obtenido un buen resultado es una persona que tiene con ella una relación de estrecha amistad).

En definitiva, la aplicación de un estereotipo, incluso si posee apoyo estadístico y es relevante, no posee rendimiento epistémico frente a información individual de calidad que lo contradice. En ese caso el estereotipo debe ser desplazado en beneficio de esa información. Esto tiene consecuencias muy importantes en el contexto del proceso penal, pues implica que la exigencia de evitar los efectos distorsivos de los estereotipos no puede limitarse al momento de la valoración de la prueba, donde toda la información ya ha sido recolectada. Por el contrario, la exigencia ha de ser extendida, también a las etapas previas, de investigación, donde es fundamental evitar que el estereotipo produzca el efecto de holgazanería epistémica, reduciendo los esfuerzos investigativos que puedan llevar a obtener información individual que lo contradiga. La relevancia de extender esta exigencia a todo el iter probatorio ha sido, ciertamente, señalada también por quienes defienden la introducción de la perspectiva de género en el proceso (Di Corleto & Piqué, 2017).

5. Sensibilidad epistémica

El siguiente criterio se refiere al modo en que debe ser llevada a cabo la verificación de los tres criterios anteriores. En efecto, diferentes trabajos en psicología muestran que los estereotipos producen ciertos efectos en sus portadores en virtud de los cuales es probable que tiendan a distorsionar la información individual. Por ejemplo, Puddifoot indica la existencia de evidencia psicológica según la cual “la aplicación del estereotipo hace que la información diagnóstica específica del caso se vuelva inaccesible o distorsionada” (Puddifoot, 2021, p. 48). Puddifoot presenta varios hallazgos en psicología que muestran que los estereotipos pueden distorsionar la información específica de un caso de diferentes maneras y conducir a una percepción errónea de los rasgos individuales:

pueden conducir a (i) que evidencia ambigua sea malinterpretada como ajustada al estereotipo; (ii) que la información sea recordada de manera distorsionada; (iii) que se pasen por alto detalles de cada persona individual asumiendo la homogeneidad dentro de cada grupo y las diferencias hacia afuera; (iv) que se desarrollen explicaciones falsas; (v) que se produzca injusticia y asfixia testimonial; (vi) que se hagan asociaciones inexactas o que no se hagan asociaciones precisas. (Puddifoot, 2021, p. 73)

Estos factores ilustran la complejidad de la tarea de recopilar información individual y constatar los rasgos de una persona individual. Cuando se produce alguno de estos efectos, la aplicación del estereotipo carece de calidad epistémica, dado que la información individual no se recopiló ni corroboró adecuadamente. Tomemos el ejemplo, ofrecido por Puddifoot, de la abogada negra que sufre la aplicación del estereotipo que asocia a los abogados con ser hombres y blancos. Este estereotipo, si bien posee apoyo estadístico (según el ejemplo de Puddifoot se ajusta a la información estadística), puede producir costos epistémicos dado que las personas no se darán cuenta de que una mujer negra puede no compartir la característica del grupo estereotipado y, por lo tanto, no se darán cuenta de que ella es abogada. También puede producir costos epistémicos dado que las personas tenderán a tomar la información “una mujer negra que ingresa al edificio de tribunales o a la sala de audiencias” como no ambigua (como compatible únicamente con el rasgo imputada) cuando en realidad es ambigua (como compatible o bien con el rasgo imputada, o bien con el rasgo abogada). Son

casos en los que la información individual no fue tomada en consideración de la manera correcta, pues en el contexto del acceso a un edificio judicial o sala de audiencias, la información “una mujer negra” debe tomarse con cuidado para descartar ambigüedades.

El mismo riesgo distorsivo se puede producir en virtud de estereotipos referidos a la edad. Aun cuando la generalización según la cual las personas de cierta edad comienzan a ver reducidas algunas habilidades y capacidades tenga apoyo estadístico, es posible que produzca algunas distorsiones en nuestra percepción de casos individuales. Por ejemplo, puede darse el caso de que durante una reunión de trabajo con una persona mayor, esta logre atrapar una botella de vidrio que se estaba cayendo de la mesa, evitando así que se estrelle contra el piso. Durante la misma reunión, mientras habla con sus colegas, esa persona no advierte que alguien llama a la puerta de su oficina. Dado el estereotipo, probablemente recordaremos el segundo evento y no el primero, y eso puede llevarnos a hacer juicios individuales inexactos sobre sus capacidades.

En virtud de estos efectos distorsivos, la aplicación de estereotipos sostenibles y relevantes, incluso frente a información individual ambigua, exige sensibilidad epistémica, es decir, mantener una actitud atenta frente a la información que pueda provenir del caso individual. No solo respecto de información que confirme la relevancia del estereotipo (i.e., la inclusión de la persona dentro del alcance de la generalización) sino respecto de toda la información que pueda incidir en el rendimiento epistémico del estereotipo.

6. La normatividad de los estereotipos

Finalmente, existe un factor adicional que aumenta el riesgo de que la aplicación de un estereotipo produzca costos epistémicos: la normatividad de los estereotipos. Este rasgo de los estereotipos ha sido señalado por psicólogos (APA, 1991; Burgess & Borgida, 1999) y teóricos políticos (Appiah, 2000), pero, en mi opinión, no ha recibido la debida atención dentro del debate sobre la epistemología de los estereotipos.

En el caso “Price Waterhouse v. Hopkins”, el *amicus curiae* de la Asociación Estadounidense de Psicología incluyó una indicación sobre la importancia de distinguir entre los estereotipos descriptivos y normativos sobre las mujeres. Los autores del *amicus curiae* afirmaron que: “los estereotipos descriptivos caracterizan a las mujeres de una manera que socava sus competencias y productividad; los estereotipos normativos etiquetan a las mujeres cuyo comportamiento es inapropiadamente masculino como desviadas” (APA, 1991, p. 16). Después de una década de investigación adicional, esta distinción se ha generalizado para distinguir entre un componente descriptivo y otro prescriptivo de los estereotipos: “el componente descriptivo de los estereotipos de género consiste en creencias sobre las características que poseen las mujeres, mientras que el componente prescriptivo consiste en creencias sobre las características que debe poseer la mujer” (Burgess & Borgida, 1999, pp. 665-666).

Cuando se usa de forma descriptiva, el estereotipo pretende ofrecer información sobre el mundo, es decir, busca describir un estado de cosas; a saber, los rasgos de un grupo: su dirección de ajuste es un estereotipo a grupo social. Por lo tanto, los estereotipos descriptivos pueden evaluarse en función de su precisión, según reflejen aspectos de la realidad social.

Por el contrario, cuando se usan normativamente, los estereotipos buscan imponer ciertos roles a los miembros de un grupo social. En este caso, el estereotipo tiene una dirección de ajuste de grupo social a estereotipo. Esto simplemente quiere decir que la falta de coincidencia entre el mundo y el estereotipo es, para sus portadores, una razón para modificar el mundo y no es una razón para modificar el estereotipo. Dado que no pretenden describir, los estereotipos normativos no son susceptibles de contraste empírico. Así, en principio, no tiene sentido preguntarse si los estereotipos normativos son precisos o reflejan información estadística. Esto significa que un enfoque sobre los estereotipos que se centre únicamente en el criterio estadístico será ciego a la normatividad de los estereotipos. Sin embargo, los estereotipos normativos también pueden tener consecuencias epistémicas, dado que las normas sobre el comportamiento de los miembros de ciertos grupos pueden distorsionar la percepción de los miembros individuales de ese grupo. El efecto más peligroso es la inversión de la finalidad de la empresa epistémica, en el sentido de que el portador de un estereotipo normativo puede acabar abandonando las metas epistémicas, limitándose a desaprobando la conducta de quienes no se ajustan al estereotipo y construyendo los hechos de tal manera que sea posible infligir algún tipo de castigo. Por ejemplo, un juez portador del estereotipo de mujer decente/honesta, ante una víctima que no se ajusta a ese estereotipo, es decir, una mujer que no se comporta de acuerdo con las exigencias del estereotipo de mujer decente/honesta, puede reaccionar negándole la condición de víctima y descartando la comisión de un delito como una forma de expresar su desaprobación por el comportamiento de la mujer. Es por ello imprescindible que la evaluación del rendimiento epistémico de un estereotipo tenga en cuenta el componente normativo de este para evitar que su aplicación a un caso individual produzca efectos distorsivos que impidan identificar correctamente los rasgos de la persona o el caso individual.

7. Conclusión

En este breve recorrido he procurado ofrecer un conjunto de criterios para evaluar el rendimiento epistémico de los estereotipos como un modo de dar contenido a la exigencia de evitar sus efectos distorsivos en el razonamiento probatorio. Es decir, con el objetivo de precisar bajo cuáles condiciones la aplicación de un estereotipo produce, o bien beneficios, o bien costos epistémicos. El primero, el criterio del apoyo estadístico es ciertamente imprescindible, en cuanto los estereotipos funcionan con frecuencia como generalizaciones. En muchos casos, ese criterio alcanzaría para advertir que el estereotipo no tiene ningún rendimiento epistémico, tal como en el estereotipo que asocia el uso del preservativo con la naturaleza consensual del acto sexual, o los estereotipos de psicología de sentido común acerca del comportamiento de las víctimas que no tienen ningún respaldo en investigaciones científicas. Sin embargo, ese criterio no es siempre suficiente, ya que los efectos distorsivos de los estereotipos pueden producirse incluso en casos en que cuenten con apoyo estadístico. Por ello he propuesto considerar cuatro criterios adicionales: la relevancia, la calidad de la información individual, la sensibilidad epistémica y la normatividad de los estereotipos. Por último, es importante señalar el alcance limitado de esta propuesta. El conjunto de criterios mencionados no tiene pretensiones de constituir un abordaje global de los estereotipos, ya que los efectos negativos de la estereotipación van mucho más allá de su rendimiento epistémico.

Referencias

- Anderson, T., Schum, D., & Twining, W. (2005). *Analysis of Evidence* (2nd ed.). Cambridge University Press.
- Anderson, T., Schum, D., & Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba*. Marcial Pons.

- 106 APA, A. P. A. (1991). In the Supreme Court of the United States: Price Waterhouse v. Ann B. Hopkins. Amicus curiae for the American Psychological Association. *American Psychologist*, 46, 1061-1070.
- Appiah, K. A. (2000). Stereotypes and the Shaping of Identity. *California Law Review*, 88(1), 41-53.
- Appiah, K. A. (2005). *The Ethics of Identity*. Princeton UP.
- Burgess, D., & Borgida, E. (1999). Who Women Are, Who Women Should Be. Descriptive and Prescriptive Gender Stereotyping in Sex Discrimination. *Psychology, Public Policy, and Law*, 5(3), 665-692.
- del Río, M. F., Strasser, K., & Susperreguy, M. I. (2016). ¿Son las habilidades matemáticas un asunto de género? Los estereotipos de género acerca de las matemáticas en niños y niñas de kínder, sus familias y educadoras. *Calidad en la educación*, 45, 20-53.
- Di Corleto, J., & Piqué, M. L. (2017). Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género. In J. Hurtado Pozo & L. C. Silva Ticllacuri (Eds.), *Género y derecho penal* (pp. 409-433). Pacífico editores.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Intelisano, G. (2021). *Elemental, mi querida ciencia (forense)*. Siglo XXI.
- Jussim, L. (2016). *Truth in stereotypes*. Aeon.
- Jussim, L., Cain, T. R., Crawford, J., JHarber, K., & Cohen, F. (2009). The Unbearable Accuracy of Stereotypes. In T. D. Nelson (Ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination* (pp. 199-227). Psychology Press - Taylor and Francis.
- Limardo, A. (2021). Repensando las máximas de experiencia. *Quaestio facti*, 2, 115-153.
- Puddifoot, K. (2021). *How Stereotypes Deceive Us*. Oxford University Press.
- Schauer, F. (2003). *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Harvard University Press.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad*. Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2022). Presentación de la traducción al castellano del Informe del PCAST sobre la ciencia forense en los tribunales penales. *Quaestio facti*, 3, 275-48



La prueba testifical y pericial con perspectiva de género

Escanea para descargar esta presentación en PDF

III. La prueba testifical y pericial con perspectiva de género

Raymundo Gama Leyva
Instituto Tecnológico Autónomo de México

Muy buenas tardes a todas y todos. Voy a centrar mi exposición en algunos puntos que me interesa discutir con ustedes. Particularmente, el enfoque que voy a adoptar se centra en los jueces y juezas de primeras instancias y los retos a los que se enfrentan cuando tienen que dilucidar en qué consiste juzgar con perspectiva de género. En las conferencias de la mañana, las profesoras Yanira Zuñiga e Isabel Jaramillo empezaron planteando qué era lo que ellas entendían por el enfoque de género. Y, básicamente, lo que yo quiero compartir o discutir con ustedes está basado también a partir de estas reflexiones.

La idea de hablar de retos o desafíos a lo que se enfrenta la administración de justicia con perspectiva de género, creo que obliga en primer lugar, a reflexionar sobre cuáles han sido los avances en materia de juzgar con perspectiva de género. Sin embargo, dejaré de lado estos avances aunque sí reconoceré que ha habido en la región, en Latinoamérica y en particular en México, contribuciones significativas respecto de la obligación de juzgar con perspectiva de género.

No es casual que se hayan mencionado los casos de Campo Algodonero y de las Mujeres de Atenco, ya que son producto de una realidad que en México experimentamos, como dijo la Corte Interamericana, como parte de una cultura de la discriminación que tiene un carácter estructural. Los casos de Campo Algodonero se siguen presentando cotidianamente en México. Justo el día de ayer apareció en las noticias un caso relacionado con un feminicidio, y estos casos son noticias de todos los días, desapariciones y muertes de mujeres en ese contexto.

Entonces, me centraré, en particular, en los retos a los que se enfrentan los juzgadores cuando tienen que aplicar la perspectiva de género, focalizándome en el racionamiento probatorio. Y ahí tendría que hacer un trabajo de delimitación porque el tema de la prueba de los hechos es muy amplio, es un tema que ahora está muy presente, muy de moda y que al tratar de abordarlo con perspectiva de género habría que plantear los distintos puntos de conexión entre uno y otro contexto. Voy a acotar todavía más, para abordar el tema de la prueba testifical y la prueba pericial, pero yo diría, en particular sobre algunas reflexiones generales respecto a la aplicación de juzgar con perspectiva de género, para luego tratar de ilustrarlo en relación con la prueba testifical y la prueba pericial.

El contexto que yo abordaré está relacionado con mi participación como docente en capacitación con jueces y juezas en el marco del protocolo para juzgar con perspectiva de género en México, en específico en la segunda versión de este protocolo, donde me ha tocado participar como profesor en la parte relacionada con

110 la obligación de juzgar a partir de hechos y pruebas. Y entonces, trabajando junto con personas expertas en género y, en mi caso, desde las áreas de argumentación y prueba, hemos tratado de avanzar en cómo poder hacer esto de una manera metodológicamente más factible y en qué consiste esta obligación.

Al hacer entonces estas aproximaciones, a propósito de la obligación de juzgar con perspectiva de género en el razonamiento probatorio y enfocándonos en el razonamiento relativo a la prueba testifical y la prueba pericial, y en este contexto de capacitación con jueces y juezas, me he enfrentado con algunas preguntas recurrentes, que son: 1). ¿Cómo incorporo la perspectiva de género en el razonamiento judicial? 2). ¿Qué me exige la perspectiva de género como juez en los juicios que tengo que resolver/en este caso concreto? y 3). ¿Cuál es su alcance? ¿Qué operaciones están permitidas al emplear la perspectiva de género?

Una de las preguntas que se presentan o que me ha tocado ver de manera recurrente gira en torno a cómo incorporar la perspectiva de género en el razonamiento jurídico, en la sentencia, cómo incorporarla en el juicio y esto les llama la atención y les genera perplejidad a los jueces y juezas, particularmente en México donde es mi experiencia, porque ahí han tenido una exposición a cursos, hay muchas publicaciones en materia de juzgar con perspectiva de género y sin embargo, esto no acaba de calar, yo diría, en las primeras instancias. Particularmente muchos de estos esfuerzos, no solamente en México sino en otros países se han llevado a cabo desde las altas cortes; reflexiones que tratan de poner de relieve, desde sentencias de las Cortes Supremas, en qué consistiría esta obligación de juzgar con perspectiva de género. Pero esto creo que no acaba de permear en las distintas esferas del Poder Judicial.

Creo que también la etiqueta de juzgar con perspectiva de género, es una etiqueta empleada, particularmente, en el racionamiento jurisdiccional en muchos sentidos y particularmente en México es empleada, yo diría, para los más variados propósitos. Este pluriempleo de la etiqueta “juzgar con perspectiva de género” en ocasiones oculta, yo diría, por un lado, cuál es el origen de la obligación de juzgar con perspectiva de género y de adoptar el enfoque de género que estaría, particularmente, relacionado con los enfoques feministas; pero, por otro lado, oculta cuáles son las operaciones reales que llevan a cabo los jueces y juezas cuando dicen que están haciendo “juzgar con perspectiva de género”.

Una segunda preocupación que se advierte en el caso de los jueces y juezas es qué me exige a mí la obligación de juzgar con perspectiva de género, ¿cómo la incorporo en este caso concreto? En muchas de las sentencias, de las resoluciones, los jueces y juezas incorporan la perspectiva de género, pero yo diría de, se trata de párrafos obligados al inicio de sus resoluciones y ahí plantean en qué consiste la obligación de juzgar con perspectiva de género, particularmente en México, diciendo lo que la Corte ha venido planteando sobre los elementos para juzgar con perspectiva de género. Pero difícilmente se ve que hagan un ejercicio para tratar de ver cómo esa obligación se trasladaría al ejercicio completo de esa función jurisdiccional. Entonces, creo que se trata de una etiqueta que ha costado trabajo que se haga operativa en el trabajo cotidiano de la magistratura.

Una tercera preocupación estaría relacionada con el tema de cuál es el alcance de la perspectiva de género y cuáles serían las operaciones que estarían permitidas al momento de emplearla. , La perspectiva de género, en el ámbito de la aplicación del derecho en los tribunales, tendría una aplicación gradual que va desde incorporar y hacer cosas muy básicas, particularmente, el análisis de los hechos, incorporar la perspectiva,

incorporar las voces de las mujeres de otros colectivos y no es algo, digamos, una ciencia, no se trata de descubrir el hilo negro, sino que se trata de ciertas preguntas que se deben hacer los órganos jurisdiccionales en sus sentencias y que esto no se traduce en que tengan que adoptar una decisión para favorecer a las mujeres o a otro colectivo.

Entonces, en este sentido, una de las preguntas que también se plantean es: ¿cuál sería el alcance?, ¿qué es lo que me está permitido a mí hacer como órgano jurisdiccional al momento de emplear la perspectiva de género?

Pero creo que también un aspecto que se advierte al momento de analizar lo que hacen los jueces y juezas cuando juzgan con perspectiva de género, es que hay una ausencia de crítica por parte del propio Poder Judicial. En México en particular, cuando la Corte mexicana ha hecho esos esfuerzos por incorporar la obligación de juzgar con perspectiva de género, esto llama la atención, pues yo diría, hay una falta de crítica, una falta de ejercicio por parte de los propios tribunales, en relación con estas obligaciones. A diferencia de, por ejemplo, lo que se puede ver en otros países particularmente en España donde, a partir de algunas reflexiones que hizo el Tribunal Supremo, esto generó por parte de la Asociación de Jueces para la Democracia una serie de publicaciones en la que los propios miembros de la judicatura reflexionaban de manera crítica y planteaban incluso algunos desafíos a lo que se venía planteando en las altas Cortes.

Particularmente, entonces, a partir de estas preguntas y desafíos sobre lo que supone juzgar con perspectiva de género, el trabajo que quiero plantear y mostrar aquí es cómo al momento de analizar en qué consiste juzgar con perspectiva de género, creo que habría que sustituir la etiqueta “juzgar con perspectiva de género” de tal manera que se haga más operativo en qué consisten estas operaciones y que, de esta manera, hiciéramos más claro una perspectiva funcional o realista que pusiera de relieve qué es lo que están haciendo los jueces y juezas cuando dicen que van a incorporar la perspectiva de género en sus resoluciones.

En este sentido, habría que examinar cuáles son esas operaciones concretas y hacerlo a partir de un análisis detallado de los problemas concretos que se les presentan a los órganos jurisdiccionales, de tal manera que se trataría de ir aterrizando la idea de juzgar con perspectiva de género, para ir analizando los problemas que se le presentan a los jueces y juezas. En este sentido, la idea de juzgar con perspectiva de género, creo que es necesario hacer un ajuste y acompañar las ideas de juzgar con perspectiva de género con una preocupación, más metodológica, funcional, operativa acerca de cómo hacerlo. Queda todavía algunos minutos y trataré de mostrar cómo podría llevarse a cabo este trabajo.

Existe un caso ocurrido en México sobre una mujer llamada Dafne McPherson que me parece relevante para ilustrar esto que acabo de decir. Básicamente, los hechos en los que se basó la acusación de acuerdo a los planteamientos que hizo, fueron:

El 17 de febrero de 2015, Dafne se encontraba trabajando en una tienda departamental, aproximadamente a las 18 horas se dirigió a los baños públicos para mujeres que se encuentran ubicados en el segundo piso de la tienda por el departamento de Juguetería y Zapatería de niños, introduciéndose en uno de los baños. Al ingresar al baño, la acusada dio a luz a un bebé de término, del sexo femenino, que pesó 2,950 gramos, midió

112 49 centímetros, respiró y lloró al nacer dentro de un sanitario. Lejos de sacarla del mismo, Dafne impidió que le brindaran ayuda a ella y a su menor hija, negándose a abrir el baño y accionando en repetidas ocasiones la palanca de desagüe hasta provocarle la muerte por asfixia por sumersión a su hija recién nacida.

Esto es lo que planteó la acusación y eventualmente lo que el juzgado de primera instancia, adoptó y consideró como probado. Cuando me ha tocado presentar en los cursos en qué consiste la obligación de juzgar con perspectiva de género en relación con los hechos y pruebas, tratamos de problematizar a partir de casos como este.

La hipótesis en la que se basó la defensa, dice:

El día 17 de febrero de 2015, aproximadamente a las 5:30 pm, Dafne regresaba de su hora de comida en la tienda departamental Liverpool, donde trabajaba, Dafne comenzó a tener dolores abdominales muy fuertes, por lo que llamó por teléfono a la enfermería de la empresa para pedir atención sin recibir respuesta alguna. Enseguida se dirigió al baño y según su propio relato, antes de poder sentarse sintió que algo caía de su cuerpo y que una especie de 'liga' se rompía de ella. Dafne acababa de tener un parto fortuito sin saber siquiera que estaba embarazada.

Entonces, a partir de mostrar la versión de acuerdo a la hipótesis de la acusación y la hipótesis de la defensa, lo que solemos hacer en estos ejercicios prácticos para tratar de mostrar en qué consiste analizar los hechos y pruebas con perspectiva de género, es preguntarles si le parece creíble la hipótesis de la acusación, en primer lugar, y si les parece creíble la hipótesis de la defensa; y preguntarles qué cosa es lo que están presuponiendo cuando están analizando una y otra hipótesis.

Y particularmente lo que asoma el razonamiento de los órganos jurisdiccionales, yo diría, en general, es una idea acerca de una generalización en el sentido de que las mujeres saben cuando están embarazadas. Y a partir de este primer contacto con las hipótesis, vamos mostrando, trabajando datos adicionales, para en efecto de ir cuestionando esta generalización aceptada.

En este sentido, un dato adicional a tomar en cuenta, es que Dafne ya había sido madre en una primera ocasión, tenía una hija de 6 años. Entonces, se trataría de confrontar esta generalización que planeta que todas las mujeres saben cuando están embarazadas, examinarla a la luz de una mujer que ya ha pasado por el trabajo de embarazo y el parto. Cuántas personas y sí, la invitación sería aquí preguntarse si creen que una mujer que ha sido madre previamente y ha pasado por un embarazo y el trabajo de parto y ha dado a luz, es creíble la idea de que un caso concreto pudiera experimentar un parto fortuito sin que se hubiera dado cuenta. Y esto, lo que revela al hacer este tipo de ejercicio, es que efectivamente confirman ese sesgo mostrando que esa creencia que tenían se ve todavía más reforzada cuando se introduce este dato adicional.

Pero otro dato a considerar en relación con este proceso en contra de Dafne, es que además dio a luz en el baño de esta tienda departamental y que previamente había dado a luz seis años atrás, que, además, tenía una enfermedad diagnosticada de hipotiroidismo y que esta producía algunos síntomas que podía generar, que se interrumpiera la regla y también aumento de peso. Entonces, la idea a considerar es hasta qué punto el hipotiroidismo puede generar síntomas que puedan ocultar el embarazo y posteriormente el parto.

Y lo que se plantea es que como consecuencia de esta enfermedad que tenía Dafne, pudo haber afectado para que el día que dio a luz, ella no tuviera claridad de lo que acababa de ocurrir, en el sentido de que, además de la sorpresa de haber parido, estaba en shock provocado por el desgarro perianal y la pérdida de sangre. Y ahí la descripción de los hechos, imagínense ustedes el receptáculo del sanitario, en el que de acuerdo a lo que estaríamos examinando aquí, una mujer se entera en ese momento que acaba de dar a luz, tiene un desgarro perianal y empieza a sangrar y se da cuenta de que acaba de parir. Y ahí hay, lo que habría que examinar es qué cosa es lo que ocurrió, a propósito de cuando acuden los servicios de emergencia, porque en esto hay discrepancias entre lo que la acusación y la defensa planteaban que ocurrió.

Lo que la acusación y eventualmente el juez aceptó en el relato de la acusación, es que había impedido el acceso a los servicios de emergencia, pero cuando se revisaban los testimonios de las demás vendedoras y vendedores que estaban ahí en ese momento, y de los propios testimonios de los servicios de emergencia, esto que parecía un trabajo de impedir que entraran a auxiliarla, era más bien provocado por un retraso de los servicios de emergencia y luego que, derivado de lo que acababa de experimentar Dafne, se encontraba en una suerte de shock que le impidió en ese momento una reacción, pues digamos, normal, esperada, y tuvo otro tipo de reacción. En este sentido, tras estar mostrando estos hechos, la pregunta sería: ¿cuál sería su apreciación de este caso una vez mostrados todas estas peculiaridades?

A propósito del tema de la prueba testifical y la prueba pericial, la pregunta sería: ¿cuáles serían las implicaciones? y ¿cuáles serían los efectos de operar sobre la base de esta generalización estereotipada y qué efectos tendría en el análisis de los hechos, pero también en relación con la admisibilidad de las pruebas y con el tratamiento de la prueba testimonial, en este caso, la declaración de la propia víctima? Y la pregunta entonces ahí es: ¿cómo afectaría la idea de pensar que todas las mujeres saben cuando están embarazadas y que están dando a luz, máxime que alguien o una mujer en particular que ha dado a luz previamente? ¿Cómo impactaría el empleo de esta generalización estereotipada, por un lado, en el análisis de los hechos? Y la idea sería tratar de ir desmontando cómo se produce la afectación o el efecto de incorporar esta generalización.

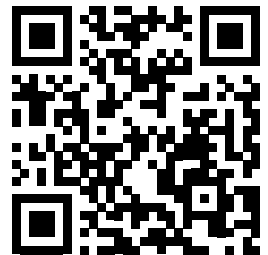
También en relación con la prueba pericial la pregunta es si el empleo de esta generalización, este sesgo por parte del órgano jurisdiccional, pero también yo diría, en este caso de Dafne, nadie le creyó; no le creyeron ni sus compañeras, no le creyeron los servicios de emergencia, no le creyó el policía que la detuvo, no le creyó su abogado, no le creyó —yo diría— hasta que el asunto finalmente llegó a lo que en México se conoce como el amparo.

En particular, con el tema de la prueba pericial la pregunta es si para un órgano jurisdiccional, un juzgado, un juez o una jueza, sería admisible la prueba pericial médica para determinar hasta qué punto esta dolencia, esta enfermedad que padecía Dafne podía haber influido en la reacción que tuvo en ese momento.

Y en este sentido, la relación con el tema de la prueba pericial es que en ocasiones el empleo de estos estereotipos puede operar generando que una prueba que pudiera ser relevante, a partir de esta generalización, se refuerce la idea de que cualquier persona sabe cuándo una mujer estaría embarazada y no hace falta acudir a la pericia médica para resolverlo.

- 114 Con base en esto, recapitulo la idea entonces sería tratar de hacer operativa en qué consiste la obligación de juzgar con perspectiva de género, examinar cuáles son las operaciones concretas que llevan a cabo los jueces y juezas cuando dicen que están juzgando con perspectiva de género y, a partir de esas operaciones, analizarlas de manera crítica y examinar en qué se traduce y cuáles son las áreas particularmente en el razonamiento probatorio donde se estaría incorporando.

Y ahí, una idea que yo recupero de una profesora, Marilyn MacCrimmon, que plantea la idea de que los órganos jurisdiccionales y en general yo diría a todos los operadores jurídicos, actúan sobre la base de una competencia cognitivo universal, que es esta idea de que todos estaríamos habituados para analizar lo hechos y que consideramos que son cuestiones de sentido común. Y lo que plantea Marilyn MacCrimmon es abandonar esta idea de la competencia cognitiva universal sustituyéndola por generalizaciones que incorporen la experiencia de las mujeres, particularmente cuando se enfrentan a este tipo de situaciones.



Cuarto Panel
Contribuciones de la perspectiva de género para abordar los estereotipos en el razonamiento probatorio (segunda parte)

Escanea para ver esta presentación Youtube

Cuarto Panel: Contribuciones de la perspectiva de género para abordar los estereotipos en el razonamiento probatorio (segunda parte)



Dra. Daniela Accatino Scagliotti
Chile

Decana Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

Abogada de la Universidad de Chile y doctora en Derecho de la Universidad de Granada. Ha sido investigadora visitante del University College de la Universidad de Londres y participado como profesora y conferencista en diversas universidades. Actualmente es profesora titular de la Universidad Austral de Chile (Valdivia) y Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



Dra. Julieta Di Corleto
Argentina

Coordinadora del grupo de investigación "Doctrina Penal Feminista" y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Abogada con Diploma de Honor de la Facultad de Derecho, UBA, Máster (LL.M.) por la Harvard Law School y Doctorado en Historia por la Universidad de San Andrés. Es Docente en grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Torcuato Di Tella. Es Defensora Pública Oficial de la Defensoría General de la Nación, donde dirige la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa.



Ministro Rodrigo Cerda San Martín
Chile

Ministro Corte de Apelaciones de Concepción.

Desarrolló sus estudios superiores en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, egresando de dicha casa de estudios en 1986. Posee un magister en derecho penal y procesal penal por la Universidad de Concepción y profesor de Derecho Procesal en la misma casa de estudios.



W
COMISION DE GÉNERO Y EQUIDAD

Los
la p
en
jus

I. El estándar de prueba penal y la perspectiva de género

Dra. Daniela Accatino Scagliotti
Universidad Austral de Chile

Muy buenos días a todas y a todos, es un gusto muy grande estar aquí compartiendo este seminario con ustedes. Quiero agradecer el esfuerzo y la atención que nos ha brindado la organización, la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Internacional Iberoamericana y la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema y, cómo no volver a mencionar a la ministra Andrea Muñoz, quien a la cabeza de un espléndido equipo nos ha acogido en estos días.

Mi exposición se va a referir a los aportes que puede hacer la perspectiva de género en el momento de la decisión probatoria, es decir, cuando el acervo de pruebas está ya determinado a través de la actividad de investigación y búsqueda, en primer lugar, de la admisión y práctica contradictoria en juicio de esa prueba, y cuando la fiabilidad de las pruebas ha sido ya ponderada. Se trata entonces de determinar si las pruebas reunidas son suficientes o no para tener por probada la hipótesis, o si la alegación de la parte sobre la que recae la carga de la prueba. En concreto, yo me voy a referir al proceso penal y, por consiguiente, a la prueba de la acusación, a la luz del estándar de prueba más allá de toda duda razonable.

En otras exposiciones, presentadas, se han referido a la relevancia de la perspectiva de género en otros momentos de la actividad probatoria. Y quiero destacar especialmente algo a lo que apuntaba muy brillantemente Marcela Araya, que tiene conexión también con el punto que yo voy a abordar, esto es la importancia extraordinaria que tiene la perspectiva de género desmantelando estereotipos e identificando discriminaciones, tanto en la etapa de investigación como de recepción de la denuncia y, por consiguiente, en la búsqueda de las pruebas.

En ese momento, la acuciosidad y la celeridad en la búsqueda de pruebas por supuesto que son claves también cuando luego se trata de anticiparnos, a lo que ahora vamos a examinar, el momento en que definido el acervo probatorio debemos determinar su suficiencia.

Esta discusión, como ustedes saben, se ha planteado particularmente respecto de los delitos de violencia de género que están, por su fenomenología propia o típica, sujetos a especiales restricciones de disponibilidad probatoria. Esto porque ocurren en contextos de clandestinidad o de intimidad, privacidad, lo que usualmente hace que no existan testigos directos de los hechos; a veces, no dejan huellas físicas, que sean constatables como pruebas materiales, que posteriormente puedan ser evaluadas a través de peritajes, ya sea por la naturaleza de los hechos en los casos de acoso o de abuso, por ejemplo, o, porque también hay una fenomenología de la denuncia, propia de esta clase de delitos, que hace que estas a veces no sean inmediatas.

Entonces esta fenomenología propia de estos delitos se traducen en ciertas dificultades especiales de disponibilidad probatoria, que ponen de relieve o le otorgan urgencia a la pregunta sobre la suficiencia probatoria y la aplicación de los estándares de prueba.

Y en particular, como ustedes saben, resolver sobre estas cuestiones y, especialmente, sobre esta discusión que se ha denominado “testimonio único” de la víctima es un enorme desafío. Y digo así entre comillas, porque creo que hay muchas ambigüedades en este plano a las que voy a apuntar más adelante.

Lo primero que se requiere es hacer algunas referencias a la noción estándar de prueba, que es un concepto relativamente nuevo en nuestra cultura jurídica. Anteriormente, en esta misma instancia, se apuntaba a que, en general, no tenemos en Iberoamérica formación de pregrado específica en conceptos probatorios y en razonamiento probatorio, entonces creo que es importante detenernos, aunque sea muy brevemente, en su definición y en la función de las reglas de estándar de prueba.

Y con este objetivo, voy a apuntar a dos interpretaciones alternativas de la aplicación de la perspectiva de género respecto del estándar de prueba. Una que voy a denominar *lege ferenda* y otra que identificaré como *lege lata* o *de lege data*.

Partamos entonces con algunas referencias a la función de las reglas de estándar. Las reglas de estándar son reglas de decisión probatoria, es decir, reglas que operan cuando se trata de resolver la suficiencia probatoria; reglas que determinan, usando una metáfora, cuán inclinada debe estar la balanza en que pesamos las pruebas en favor de la alegación, de la parte sobre la que recae la carga de la prueba o de la acusación, en el caso del proceso penal; cuán inclinada tiene que estar la balanza en que pesamos las pruebas, para que tengamos por probadas esas alegaciones.

¿Basta que esté levemente inclinada a favor de esas alegaciones para que podamos tenerla por probada? ¿Basta que el peso sea mayor al de las pruebas que sustenten la hipótesis contrapuesta de la defensa? ¿O es necesario que la balanza se encuentre más inclinada al punto de que llegue a tocar eventualmente el piso de la balanza?

Estas reglas de suficiencia probatoria operan en contextos de libre valoración, donde el marco normativo es de valoración libre, valoración racional o valoración conforme a la sana crítica y no valoración legal o tasada.

En estos contextos, la regla de valoración libre o conforme a la sana crítica nos indica, a quienes juzgamos, a magistrados y magistradas, que debemos valorar la fuerza probatoria conforme a criterios generales de racionalidad epistémica, máximas de la experiencia, principios de la lógica y de leyes científicas. Esta es la fórmula habitual, básicamente referencias a lo que ayer se denominaba generalizaciones empíricas, que deben ser fundadas en evidencias sólidas. Valorar la prueba de esta manera, permite determinar su relevancia, su conexión con los hechos que se trata de probar y su fiabilidad.

Aplicados estos criterios para determinar también la coherencia y la integración de las pruebas, llegaremos a una evaluación respecto del grado de corroboración de las hipótesis que están en juego para determinar en qué grados están confirmadas. La valoración de las pruebas, sin embargo, no puede arrojar, por la propia naturaleza del razonamiento empírico —y esto no pasa solo en el terreno de la prueba judicial, pasa también

en el terreno de la ciencia—, las hipótesis que nunca pueden ser demostradas, en el sentido de que se demuestre su verdad; solo van a ser corroboradas en mayor o menor medida, y las pruebas van a aportar mayor o menor probabilidad.

Y por eso, para justificar la decisión de tener por probada o no una hipótesis, necesitamos una regla de estándar. Las reglas de estándar cumplen una función muy importante, lo ha destacado muy intensamente Jordi Ferrer, para la justificación de las decisiones probatorias, para poder justificar que esa prueba, que corrobora en un cierto grado —en este caso la hipótesis de la acusación— es suficiente.

En los sistemas de prueba legal, a los que en Iberoamérica todavía estamos de alguna manera acostumbrados por los procesos civiles no reformados aún, particularmente en Chile, tenemos una larga historia de aplicación de estas reglas. Estas operan, a la vez, como reglas de valoración y de decisión, y por eso no se necesitan estándares, además de las reglas de valoración legal. En la regla clásica —a la que voy a volver a hacer referencia— son suficientes dos testigos contestes que den razón de sus dichos para tener por probada la hipótesis.

Es una regla de valoración, porque nos dice a qué apuntar para valorar la fiabilidad de esos testimonios. Deben dar razón de sus dichos, deben ser contestes, debe haber coherencia, pero, además, nos dice que si esa prueba reúne esas condiciones, es suficiente. Entonces son reglas de valoración y de suficiencia.

Estos dos aspectos se bifurcan, en cambio, en sistemas de libre valoración. Una cosa es la valoración, analíticamente, y otra cosa es la decisión; valoración libre o decisión sujeta a regla de estándar. ¿Qué es lo que está en juego tras las reglas de estándar? Porque como decíamos, podríamos fijar en distintos umbrales este grado de inclinación de la balanza, pero ¿por qué fijarlo en un punto o en otro? La decisión que justifica un estándar de prueba es una decisión que tiene que ver con la distribución del riesgo de error, es decir, en qué medida nos interesa evitar simétricamente o asimétricamente el riesgo de error al tener por probado o por no probado un hecho. ¿Nos interesa evitar, en la misma medida, el riesgo de error al tener por probado el hecho que se discute en la acusación? Voy a referirme directamente a eso porque estamos hablando del proceso penal, ¿nos interesa evitar en la misma medida el riesgo de error de tener por probada falsamente la acusación, una acusación falsa, que el riesgo de tener por no probada una acusación verdadera? ¿Falso positivo, falso negativo? ¿O creemos que es equitativo, razonable, evitar en mayor medida uno de esos dos riesgos de error?

¿A la luz de qué se adoptará esa decisión? A la luz de los bienes que están en riesgo y los costos de esos errores. ¿Qué bienes son afectados por esos errores? ¿Qué valoración hacemos de esos bienes? Por tanto, se trata de decisiones políticas, valorativas, respecto del valor de esos bienes en juego.

En el caso del proceso penal, el estándar de prueba, más allá de toda duda razonable, es un estándar exigente de prueba que está asociado a una valoración como especialmente grave del riesgo de error al tener por probada una acusación falsa, del riesgo de error que se traduce en la aplicación de penas privativas de libertad a alguien, que, en definitiva, no habría cometido el hecho. Se pretende evitar, especialmente, ese error, al establecer un umbral de prueba especialmente exigente.

Muchas veces se usan metáforas de probabilidad matemática y se dice: “Un umbral del 99%”, en la imagen de la balanza diríamos que la prueba prácticamente llegue a tocar el piso. Ahora, estas son metáforas. ¿En qué se traduce un estándar de prueba exigente? Hay dos dimensiones que definen los estándares: la dimensión del peso, es decir cuán completa es la prueba, y la dimensión de la integración de las pruebas.

En la dimensión del peso, un estándar exigente requiere que la prueba sea tendencialmente completa. Ojo, completa de acuerdo a lo que es esperable que exista como prueba en el contexto, en el marco contextual del tipo de hecho que se trata de juzgar..

Y, en el segundo nivel, la integración requiere que las pruebas sean explicadas por la hipótesis de la acusación y que, en cambio, la hipótesis de la inocencia no explique esas pruebas y resulte refutada a la luz de esas pruebas.

¿Cómo en este contexto podría jugar la perspectiva de género? Yo diría que podríamos sostener dos tesis distintas en la literatura, a veces de manera ambigua, que están presentes.

Una, es la tesis que voy a llamar de *lege ferenda*, que sostiene -o que sostendría, porque la verdad es que yo no he encontrado tal vez formulaciones tan explícitas de esta tesis en esos términos, pero sí se habla- que los delitos de violencia de género requieren estándares “especiales”; es decir, sería necesario, un estándar “especial” de prueba para los delitos de violencia de género. Otras veces también se han desarrollado fórmulas, como las que ha elaborado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la idea de un valor preferente del testimonio de la víctima en delitos sexuales, o en delitos de violencia de género aplicando perspectiva de género, desde estándares especiales.

Por consiguiente, el estándar de prueba más allá de toda duda razonable sería un estándar inadecuado, que no habría que proponer modificar. Y esto es una tesis de *lege ferenda*, porque en general en nuestros códigos penales, rige el estándar de prueba más allá de toda duda razonable.

Espero que las breves referencias anteriores hayan mostrado qué es lo que tendríamos que sostener desde el punto de vista político, desde una deliberación política para sostener esto. Tendríamos que decir que en esta clase de delitos podría ser aceptable un mayor riesgo de error de condenar personas que en definitiva no hayan cometido los delitos que se les imputa, disponiendo estándares menos exigentes.

Yo creo que ese es un camino de argumentación que, no es que no sea posible, pero que es difícil de recorrer cuando, al mismo tiempo, las políticas que apuntan a la prevención de la violencia de género están aumentando las penas de los delitos de violencia de género. Entonces, frente a delitos de penas muy altas, en que, en caso de error, está gravemente en riesgo la libertad de las personas imputadas, creo que es difícil recorrer ese camino.

Pero, además, no es necesario recorrerlo, porque hay una interpretación alternativa, diferente y que ha sido sí sostenida de manera muy valiosa en la jurisprudencia y también en la doctrina, que es una tesis de *lege data, de lege lata*. Es posible realizar una interpretación conforme a la perspectiva de género, que sea no discriminatoria del estándar de prueba más allá de toda duda razonable.

Y, en este sentido, también propongo leer estas referencias que se hacen con cierta ambigüedad a la importancia o lo fundamental del testimonio de la víctima o reglas especiales de amplitud probatoria, como ocurre en el caso argentino; no como formulaciones de estándares diferentes, sino como críticas a interpretaciones sesgadas o prejuiciosas del estándar de prueba más allá de toda duda razonable. En particular, como críticas a la concreción de este estándar bajo una regla o como regla, especialmente aplicable a los delitos de violencia de género, según la cual el testimonio no corroborado de la víctima sería insuficiente.

Y aquí hago un breve paréntesis para decir: “Las reglas de libre valoración y estándar de la prueba podrían, teóricamente y, de hecho, coexisten con reglas de prueba legal, especialmente reglas de prueba legal negativas, que dicen que una cierta prueba es insuficiente”. En el Artículo 340 inciso final de nuestro Código Procesal Penal, tenemos una regla de este tipo, que dice: “No se puede condenar al acusado con el mérito de su sola declaración”; es decir, esta es una regla de prueba legal negativa. No dice cuándo una prueba es suficiente, dice que esa prueba es insuficiente.

Y entonces hubo en los sistemas de *common law*, reglas de este tipo, que se llamen “reglas de corroboración”, que exigen que ciertas pruebas sean corroboradas. Y de hecho, existía, hasta 1993, por ejemplo, en el derecho inglés, una regla de corroboración respecto del testimonio de la víctima en delitos sexuales; una regla especial de corroboración, y otras como , por ejemplo, respecto de menores, que fueron derogadas antes en 1988.

Y aunque en nuestros sistemas no exista esa regla de corroboración, que en realidad es una instrucción más bien para advertir, en este sentido, a los jurados que resuelven en esos sistemas, puede existir, y de hecho la discusión sobre esta cuestión sugiere que, existe una suerte de regla implícita o de criterio implícito, que es aplicado especialmente a estos delitos según el cual el testimonio de la víctima es insuficiente. Es decir, como regla de corroboración negativa, es insuficiente.

Y esto, y camuflado especialmente yo diría en nuestros casos a través de aplicaciones muy ambiguas de esta “supuesta” máxima de la experiencia, según la cual *testis unus testis nullus*. Resulta que justo aparece esta fórmula en los casos de delitos de violencia sexual, cuando hay un testigo que reconoce al imputado en pruebas, en delitos contra la propiedad, nadie se le ocurre decir que *testis unus testis nullus*. Pero en estos delitos sí aparece la fórmula. Entonces, ¿se está jugando encubiertamente una regla de corroboración especial?

Y es eso lo que hay que criticar, porque esa regla es una regla que se apoya en sesgos, en prejuicios que asumen que esas víctimas y sus testimonios son especialmente poco creíble, que hay generalizaciones: “Ah es que la deshonra de una relación sexual extramatrimonial y el embarazo subsiguiente, llevan, pueden llevar a la víctima a denunciar”. Entonces, es una regla implícita o explícita, y por eso fue derogada en Inglaterra, porque se funda en prejuicios. De eso es lo que se trata, de discutir, de criticar con perspectiva de género.

Y también otras reglas implícitas, por ejemplo, la insuficiencia de la prueba indiciaria cuando no tenemos declaración de la víctima en juicio. Este es otro caso que es interesante, que muestra supuestas generalizaciones según las cuales, si la víctima no declara, significaría que probablemente no sea verdadera su declaración y, entonces, la prueba solamente indiciaria no basta. De nuevo, prejuicios.

124 Y falta de atención, que es lo otro que la perspectiva de género como teoría epistémica —decía Yanira en su primera intervención—, llama a relevar: la fenomenología propia de estos delitos. No es casual que haya víctimas que no declaren en juicio, porque hay generalizaciones válidas para esta clase de delitos que pueden explicar que esa víctima no declare.

Entonces, ustedes me dirán: “Ah, pero no se está refiriendo a la cuestión que nos preocupa, ¿qué pasa con el testimonio único, con el testimonio no corroborado? ¿Es o no suficiente?”. Bueno, apliquemos el estándar de prueba con los criterios que lo aplicamos a todos los otros delitos y evaluemos, en primer lugar, si la prueba es tendencialmente completa. Y “prueba tendencialmente completa” no quiere decir que tenga que haber otro testigo externo a la víctima, quiere decir que si se produjo o no lo que es esperable que se produzca como evidencia en esta clase de delitos a la luz de su fenomenología propia y a la luz del relato específico o de los relatos específicos que están en juego.

Si la víctima dijo que comentó —estoy pensando, por ejemplo, en un caso del tablón, que creo que es un caso paradigmático en Chile— que se subió a un taxi, e inmediatamente después consternada, habló con el taxista; habría que ver qué dice ese taxista, esa es una prueba que debiera aportar algún elemento y si lo aporta, es una prueba que corrobora y que va en el sentido de la completitud de esta información. Pero entonces ¿cómo se integra esa evidencia y si esa evidencia explica la hipótesis de la acusación y, en cambio, no resulta explicable por la hipótesis de la defensa?

En definitiva, creo que comparto plenamente algo que afirma Julieta Di Corleto, a quien vamos a tener el gusto de escuchar. La profesora Di Corleto (2017), en un trabajo en el que se refiere a la valoración de la prueba con perspectiva de género dice: “Lo que se requiere es valoración racional o valoración conforme a la sana crítica sin discriminación” (p. 19), eso es lo que requiere la perspectiva de género. Y agregaría yo, en materia penal, decisión conforme al estándar de prueba más allá de toda duda razonable, sin discriminación.

Referencias

Di Corleto, J. (2017). Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género. En *Género y justicia penal*, Editorial Didot.



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
CATEDRA DE DERECHO PENAL



Legítima defensa y género

Escanea para descargar esta
presentación en PDF

II. Discusiones sobre legítima defensa y perspectiva de género.

Un recorrido por la jurisprudencia de Argentina, Chile, Colombia, México y Perú

Julieta Di Corleto¹
Universidad de Buenos Aires

I. Introducción

El término de “legítima defensa y perspectiva de género” no es en sí mismo una categoría legal. Sin embargo, en la actualidad interpela y tensiona viejos conceptos de la dogmática penal y alude a la necesidad de analizar una de las causas de justificación teniendo en cuenta la discriminación estructural contra las mujeres. Mientras la doctrina clásica construyó su modelo de intervención en consonancia con la regla que presume la legítima defensa frente a la intrusión de extraños en el hogar, la teoría legal feminista subvirtió esa imagen enseñando que ese espacio solemnemente protegido por el derecho es el territorio donde las mujeres están más expuestas a la violencia.

Para los feminismos jurídicos, el análisis de la aplicación de esta causal de justificación es clave para visibilizar la desigualdad. Más allá de las pautas que restringen el acceso a la legítima defensa para mujeres y diversidades en general en contextos de violencia, los supuestos más complejos son aquellos en los que la reacción sobreviene cuando el ataque físico no se encuentra próximo y se discute si concurre una causa de justificación, un estado de necesidad exculpante o una conducta enteramente culpable. Para dar respuesta a este problema, muchas investigaciones han reexaminado la dogmática sobre la legítima defensa y, en menor medida, las cuestiones probatorias que la circundan.

En el marco de esa conversación, este trabajo tiene como objetivo, primero, repasar esos debates a la luz de los aportes de la teoría legal feminista; y luego, referenciar algunas de las decisiones de las altas cortes de Argentina, Perú y México; y de los tribunales inferiores de Chile y Colombia, emitidas desde el 2009 al presente. Este mapeo busca abrir una ventana a través de la cual analizar los avances y desafíos de la incorporación de la perspectiva de género en los sistemas de administración de justicia penal. De un lado, la reformulación

¹ Agradezco a Jeannette Laja, Diva Serra, Andrea Ortiz, Camila Correa Florez, Carola Vargas y Gustavo Beade por haberme facilitado el acceso a algunas de las decisiones judiciales que ilustran este trabajo.

de los estándares clásicos de la legítima defensa importa un reconocimiento de los derechos de las mujeres, pero, por otro lado, como herramienta para intervenir en la regulación de la violencia de género, el instituto tiene sus propios retos y puntos ciegos.

II. Dimensiones sustantivas y probatorias de la legítima defensa

No es posible emprender el análisis crítico de la práctica judicial sobre la legítima defensa independizando los problemas dogmáticos de los probatorios. De un lado, una determinada concepción del derecho a defenderse impacta en la definición de los hechos a probar; y de otro lado, la omisión de investigar determinadas circunstancias fácticas incide en la interpretación legal (Di Corleto, Lauria Masaro y Pizzi, 2020). En consecuencia, el estudio interrelacionado de estas dos dimensiones es clave para desentrañar los mecanismos a través de los cuales los Estados trazan una línea que divide a las personas que pueden defenderse a sí mismas, de quienes están expuestas a la muerte o a la prisión².

II. a. Género y dogmática penal: necesidad y racionalidad en la legítima defensa

Los manuales de derecho penal latinoamericanos analizan el instituto de la legítima defensa con marcadas similitudes. Siguiendo la tradición europea continental, para justificar una acción defensiva, los códigos exigen la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o para repelerla; y c) falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende. Asimismo, en general, las regulaciones habilitan la acción defensiva para la protección del hogar frente al ingreso nocturno de terceros³.

Mientras estos códigos penales establecen que el hogar merece una protección prioritaria; para las mujeres ese es el espacio donde están más expuestas a sufrir atentados contra su integridad. A partir de esta paradoja, en tiempos en los que la violencia de género se ha instalado en la agenda pública, las políticas sociales no logran erradicarla y la justicia falla en sus respuestas, los feminismos jurídicos emprendieron una relectura del instituto de la legítima defensa.

En esta materia, la doctrina clásica establece que la actualidad e inminencia es el criterio para identificar cuándo una conducta es una defensa o un ataque. Así, la variable “tiempo”, junto con la mayor o menor cercanía física de los intervinientes, sirve para diferenciar situaciones “sin confrontación”, de escenarios “con confrontación”. A pesar de los esfuerzos para distinguir un supuesto de otro, la distinción no siempre es clara, en particular en situaciones de violencia en las relaciones de pareja, donde su persistencia e intensidad limitan la libertad y exponen a quien la sufre a un peligro continuo. Por ejemplo, en casos en los que la mujer está frente a frente con su atacante, si hubo un instante en el que la violencia se interrumpió, y a pesar del

2 Sobre la relación entre el concepto de ciudadanía y la capacidad de autodefensa, Dorlin realiza un trabajo de reconstrucción genealógica, con foco en diferentes contextos (2018).

3 Presumiendo que existe un peligro implícito, algunos códigos eliminan el deber de retirarse o no confrontar y, por el contrario, autorizan a los particulares a defender su propiedad sin la intervención de las autoridades y sin necesidad de acreditar que su respuesta fue racional o proporcionada. Salvo Perú, que eliminó la legítima defensa privilegiada en 1924, las legislaciones de Argentina, Chile, Colombia y México aún mantienen los presupuestos de la legítima defensa privilegiada sobre la propiedad.

riesgo de reviviscencia, algunos tribunales han juzgado que esa pausa impide que el suceso sea analizado como si fuera “con confrontación”. Donde parece haber mayor claridad conceptual es cuando la mujer actúa estando su pareja inactiva, por ejemplo, ebrio, dormido o distraído; casos que tradicionalmente han sido analizados como excluyentes de la legítima defensa (Di Corleto, Lauria Masaro y Pizzi, 2020; Ezumendia, González y Valenzuela, 2021).

Los estudios de género se han esforzado en argumentar que cuando la víctima se anticipa a un ataque en situaciones “sin confrontación” resulta problemático negar sin más la posibilidad de defensa. Si durante años un hombre ha sometido a su pareja a violencia extrema, se debería indagar en profundidad los efectos de esa vivencia a lo largo del tiempo y los medios disponibles para repelerla. Desde esta perspectiva, la discusión sobre la admisibilidad de la legítima defensa se traslada desde el campo de lo “temporal” al terreno de la “necesidad”. Para Lorenzo Copello, esta segunda pauta interpretativa tiene un sentido diferente al de actualidad o inminencia, exigencia que, por lo demás, es producto de una interpretación doctrinaria y no tiene base legal (2019).

Ahora bien, si la “necesidad de la defensa” no va a estar supeditada, de manera excluyente, a la actualidad o la inminencia; tampoco debería pensarse en otorgarle un alcance tan amplio que suponga la extensión de un “cheque en blanco” para que las mujeres o diversidades maten en cualquier contexto de violencia de género. Sobre esta cuestión en particular, Camila Correa Florez estima que la aplicación de la legítima defensa en situaciones “sin confrontación” debe estar supeditada al cumplimiento de las ciertas condiciones esenciales y otras circunstanciales. Respecto de las primeras, el vínculo observado debería evitar que la víctima tenga otras relaciones; impedir que abandone el hogar; anular su voluntad y autonomía; restringir la libertad de la víctima; o incluir violencia física, psíquica o sexual sistemática o reiterada. A su vez, en cuanto a las condiciones circunstanciales, sugiere que esta defensa en supuestos “sin confrontación” debería habilitarse cuando en la pareja exista una relación de convivencia (2017).

Adicionalmente, en la definición de la necesidad de la defensa también debe examinarse el requisito de la racionalidad del medio empleado. En este punto los estudios de género han llamado a realizar un análisis contextualizado sobre las capacidades de quien se defiende y de quien ataca, y de los dispositivos que ofrece el Estado para prevenir, sancionar y erradicar la violencia y su accesibilidad para las víctimas. Así, el uso de un arma por parte de una mujer que se defiende de un golpe tendrá relación con el tamaño, la fuerza, los efectos acumulativos de las situaciones de violencia previa y las alternativas existentes. Si al ambiente de intimidación sistemática se añade la imposibilidad de obtener ayuda externa debido a obstáculos objetivos, subjetivos e institucionales para denunciar, el requisito de la “racionalidad” no debería perjudicar a quienes no tienen otras opciones disponibles (Di Corleto, 2006).

La propuesta abre algunos interrogantes, en especial en los casos “sin confrontación”: ¿Cuál es la intensidad y persistencia de la violencia de género para habilitar acciones defensivas? ¿Cómo hacer esa evaluación cuando, tradicionalmente, la violencia de género ha sido invisibilizada y naturalizada? ¿Cómo analizar esas situaciones cuando el Estado, el principal regulador de las desigualdades entre varones y mujeres, no ha dimensionado el problema y, con suerte, ha implementado mecanismos que cumplen solo formalmente con la exigencia de prevenir y sancionar la violencia de género?

El argumento de género es que, cuando la violencia es habitual y severa, la agresión es constante y el peligro permanente (Larrauri, 1994 y 2008). El control y la dominación persistente anula la autonomía de la mujer, y frente a la incapacidad del Estado para prevenir o erradicar la violencia, ya sea en términos generales o específicos, negarle la posibilidad de defensa es tanto como aceptar la “legalidad” de la violencia de género.

II.b. Género y proceso penal: medidas de prueba sin discriminación

La legislación procesal de la región regula ampliamente la actividad probatoria, tanto su recolección, producción como valoración. Respecto de cada una de estas etapas, apoyándose en los estándares en materia de derecho internacional de los derechos humanos, los feminismos jurídicos denunciaron los sesgos de género que impactan en la forma en la que se investigan los hechos de violencia de género y su peso en el resultado de los procesos (Di Corleto y Piqué, 2017).

En lo que hace a la determinación de la plataforma fáctica, los casos de legítima defensa en contextos de violencia de género conllevan diferentes desafíos. En efecto, la mayor parte, ya sea que se traten de violencia intrafamiliar o sexual contra diversidades (Correa Florez, 2017; Sánchez, 2019), tienen lugar en espacios íntimos por lo que es necesario realizar esfuerzos adicionales para lograr una reconstrucción fidedigna de lo sucedido. Así, el principio de amplitud probatoria obliga a recurrir a una amplia gama de medios de prueba: testigos indirectos, pericias médicas y psicológicas, inspecciones oculares, peritajes informáticos e informes sociales son algunas de las tantas diligencias que pueden tener un lugar en la recolección de la prueba (Di Corleto, Lauria Masaro y Pizzi, 2020; Di Corleto y Piqué, 2017).

Si se trata de violencia intrafamiliar, considerando que puede manifestarse bajo distintas modalidades (violencia sexual, física, psicológica, económica y simbólica), una adecuada actividad probatoria requiere que se constate si existieron denuncias previas, si se otorgaron medidas de protección, si hubo intervención de autoridades hospitalarias, o incluso si instituciones educativas vinculadas con la familia realizaron algún registro de la situación. Las relaciones de la víctima y el agresor con su grupo social, la existencia de hijos y el vínculo con ellos, los antecedentes familiares, sanitarios, educativos y laborales también permitirán examinar las circunstancias del maltrato. En este punto, la idea de “razonamiento contextual” constituye un término que alerta sobre la importancia de que la recopilación probatoria sea integral (Di Corleto, Lauria Masaro y Pizzi, 2020; Di Corleto y Piqué, 2017).

Con independencia de las reglas que rigen la recolección de la prueba, su valoración también debe realizarse sin incurrir en interpretaciones sesgadas. En este campo, la naturalización de la violencia es una de las prácticas que puede conducir a decisiones discriminatorias. En efecto, la “retórica de la privado” ha dado cabida a inferencias que desconocen la intensidad de la violencia y el grave peligro que engendra. Esta forma de minimizar el maltrato intrafamiliar ha deslegitimado los testimonios de las mujeres que lo denuncian, las ha responsabilizado por su incapacidad para poner fin a la situación, o incluso ha patologizado sus respuestas (Lauria Masaro y Sardaños, 2017). Por esta razón, los estudios de género advierten que para dotar de eficacia investigativa a su tarea los operadores judiciales deben indagar toda sospecha de violencia de género y desterrar cualquier concepción estereotipada sobre las características que distinguen a quienes la padecen (Di Corleto y Piqué, 2017).

III. Violencia de género y legítima defensa: la jurisprudencia de la región

Los países cuyas decisiones son objeto de este trabajo contienen regulaciones similares en materia de recolección, producción y valoración de la prueba, así como también leyes equivalentes sobre legítima defensa. Por otra parte, a pesar de que sus diseños institucionales difieren y que las condiciones para acceder a las más altas instancias de revisión judicial son dispares, la comparación de su jurisprudencia es válida porque, además de las semejanzas regulatorias, todos los países integran el sistema interamericano de derechos humanos.

En efecto, Argentina, Chile, Colombia, México y Perú han estado expuestos a las decisiones y recomendaciones de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órganos que de manera constante han reclamado la incorporación de la perspectiva de género en la administración de justicia. Además, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, responsable del análisis y evaluación del proceso de implementación de la Convención, emitió una recomendación específica sobre cómo debía interpretarse la legítima defensa en contextos de violencia de género. Complementando los cuestionamientos a las falencias del Estado para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, desde el Mecanismo se planteó la necesidad de modificar el paradigma de análisis clásico para erradicar la aplicación de estereotipos de género, que pudieran restringir el reconocimiento del derecho a defenderse (2018).

Tomando como punto de referencia la decisión “Campo Algodonero vs. México” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una sentencia que es considerada parteaguas por ser la primera que ordenó incluir la perspectiva de género en las investigaciones penales, a continuación, se presentan las decisiones más salientes de la jurisprudencia de Argentina, Chile, Colombia, México y Perú en materia de legítima defensa en contextos de violencia, desde el 2009 en adelante. Si bien el objetivo de este trabajo no es analizar el impacto del uso de los estándares internacionales sino identificar nuevas formas de interpretar la ley penal y de emprender la práctica probatoria⁴, la referencia a las decisiones del sistema interamericano se encuentra presente en muchas de las sentencias recopiladas⁵.

4 A partir de la hipótesis de que las decisiones de las cortes internacionales mejoran el debate democrático ya que otorgan argumentos para alcanzar un diálogo más fructífero, un excelente trabajo sobre esta temática evalúa la relación del Estado de Argentina con las decisiones del sistema interamericano considerando tres ejes: resistencia, convergencia e involucramiento. La resistencia es entendida como aquella situación en la cual de forma implícita o explícita el derecho local rechaza el derecho internacional; la convergencia es entendida como el acuerdo entre el derecho local y el derecho internacional y el involucramiento implica el uso del derecho internacional asumiendo que la interpretación del derecho local mejora con la aplicación de estándares internacionales (Ronconi et. al, 2022).

5 Para acceder a la jurisprudencia comentada se sortearon varios obstáculos vinculados con las falencias de los buscadores de la región. Mientras algunos poderes judiciales publican sus decisiones de manera eficiente y transparente, en otros casos el acceso es más opaco. Para ello, el uso de una multiplicidad de palabras clave, la identificación de casos a través de noticias periodísticas, y la ayuda invaluable de referentes académicos de cada uno de los países han sido claves para detectar las decisiones aquí comentadas.

132 III.a. Decisiones de la Corte Suprema de Argentina⁶

La Corte Suprema de Argentina cuenta con varias sentencias que revisaron decisiones de tribunales inferiores sobre mujeres que se defendieron en contextos de violencia de género.

El primer caso relevado es “Leiva, María Cristina”⁷, en el cual la Corte Suprema revocó la condena por el delito de homicidio emitida por un Tribunal Superior de provincia que había sostenido respecto de la imputado, que ella se “había sometido libremente” a la convivencia con el occiso. Además de cuestionar esta argumentación por resultar sesgada, remitiéndose al dictamen del Procurador, la Corte tuvo por probado que la acusada, quien estaba cursando un embarazo, había sido encerrada en su casa por su pareja, quien la golpeó fuertemente con un palo de escoba. Para repeler los golpes y, por temor a perder el embarazo, ella hirió a su agresor con un destornillador en la zona del tórax, causándole la muerte. La mujer quedó internada en el hospital para reponerse a las múltiples lesiones que tenía en su cuerpo, mientras que la única herida que presentaba la víctima era aquella provocada con el destornillador. El Tribunal Supremo cuestionó el análisis sesgado de la prueba, en tanto no se había advertido que la mujer no solo había sufrido violencia momentos antes de la acción defensiva, sino que también acarrea un largo historial de malos tratos, contando la víctima con una denuncia previa en su contra. En este escenario, la Corte agregó que las reglas de la legítima defensa, en especial el requisito de racionalidad de la defensa debía ser analizado teniendo en cuenta que el destornillador utilizado tenía menor capacidad vulnerante que los cuchillos tramontinas que también estaban disponibles en el lugar.

A este precedente le siguió “RCE”⁸, otro caso referido a la acción defensiva en un supuesto de confrontación. Al revisar la condena por el delito de lesiones emitida por la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, remitiéndose al dictamen del Procurador General, y con cita de la recomendación del Mesevci en materia de legítima defensa, el Máximo Tribunal advirtió que no se había hecho un análisis integral de la prueba y que, además, los testimonios recopilados habían sido evaluados de manera sesgada. La Corte tuvo por probado que RCE padecía violencia de género por parte de su ex pareja, con quien convivía por razones económicas. En una oportunidad al llegar a su domicilio y no saludarlo, el hombre la empujó, la golpeó y la llevó hasta la cocina. Allí la acusada tomó un cuchillo e hirió a la víctima en el abdomen. Luego, huyó del domicilio y fue a buscar ayuda policial. Contra lo resuelto en la instancia, la Corte consideró que la acción defensiva había sido racional, teniendo en cuenta los medios disponibles al alcance de la acusada. Finalmente, la Corte advirtió que el requisito sobre la falta de provocación había sido interpretado de manera sesgada ya que se había justificado que la falta de saludo de la mujer al ingresar al hogar desencadenara la violencia.

6 El artículo 34 inc. 6º del Código Penal de Argentina establece: “El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente, respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia”.

7 Corte Suprema de Argentina, Leiva, 1/11/2011.

8 Corte Suprema de Argentina, RCE, 29/10/2019.

“DNL” es otra decisión en la que la Corte tuvo oportunidad de expedirse sobre cómo analizar un supuesto de legítima defensa en una situación de confrontación⁹. La particularidad de este caso es que la acusada del delito de homicidio, trabajadora en una casa particular, era analfabeta y padecía una discapacidad psicosocial. Su versión de lo ocurrido había ingresado al proceso a partir de la declaración de los policías intervinientes, quienes dijeron que la mujer había querido defenderse de la agresión sexual de su patrón. Remitiéndose al dictamen del Procurador, la Corte ordenó la realización de un nuevo juicio para que, adecuándose a los estándares internacionales, el proceso se desarrollara incluyendo una perspectiva de género y de discapacidad. De acuerdo con el dictamen fiscal, a lo largo de la investigación se habían recopilado elementos probatorios sobre la violencia previa ejercida por la víctima sobre DNL y sobre otras mujeres que estuvieron vinculadas laboralmente a él.

Entre estas decisiones, el antecedente que se distingue de los anteriores es “Pérez”¹⁰, un caso en el que se investigó la conducta de una mujer que había sufrido agresiones físicas y verbales, abusos sexuales y constante hostigamiento por parte de su marido. Ya interrumpida la convivencia, el hombre ingresó a la residencia de su exesposa y le sustrajo un televisor. Al advertir esta circunstancia, la acusada fue a buscarlo, primero a la casa de su madre y luego a la de su hermana y lo increpó sobre lo sucedido. En el marco de esa discusión, Pérez extrajo un cuchillo y lo mató. Con remisión al dictamen del Procurador, la Corte convalidó el rechazo de la legítima defensa invocada debido a que no se cumplían los requisitos de inminencia o actualidad de la agresión. No obstante, consideró que sí debió evaluarse el supuesto de emoción violenta alegado por la defensa, para lo cual examinó la prueba y cuestionó su valoración. En calidad de obiter dictum, el Procurador indicó que, en contextos de violencia de género, los supuestos de agresiones en situaciones de “no confrontación” no deben resolverse como situaciones de legítima defensa; sino, cuanto mucho como excluyentes de la culpabilidad.

III.c. Las decisiones en los tribunales de Chile¹¹

En Chile, la jurisprudencia en materia de legítima defensa en contextos de violencia de género está marcada por algunas singularidades; entre ellas, que la regulación del país contiene una norma supuestamente destinada a resolver casos en los que existe una acción defensiva en un supuesto de “no confrontación”. A partir de la sanción de la ley 20.480 del 18 de diciembre de 2010, que incorporó al listado de causales de exención de responsabilidad el estado de necesidad exculpante, la doctrina asoció esta regla a los supuestos de acciones defensivas en contextos de violencia de género (Diva Sierra, 2022; Villegas 2010; Tapia Ballesteros, 2015)¹².

9 Corte Suprema de Argentina, DNL, 23/2/2023.

10 Corte Suprema de Argentina, Perez, 10/12/2020.

11 El artículo 10 inc. 4 del código penal de Chile dispone: “Están exentos de responsabilidad penal: 4.- El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1. Agresión ilegítima. 2. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. 3. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. ... Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4° y 5° precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor, respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1° del artículo 440 de este Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias o, si es de noche, en un local comercial o industrial y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433 y 436 de este Código.”

12 El artículo 10 inc. 11 del Código Penal establece: “Están exentos de responsabilidad penal: 11.° El que obra para evitar un mal grave para su

134

De todos modos, antes de esta reforma legal, la Corte Suprema de Chile no había tenido reparos en reconocer una situación de legítima defensa en un supuesto de “no confrontación”. En su sentencia del 28 de diciembre de 2000, la Corte intervino en el proceso seguido a la nuera de Augusto Pinochet, María Verónica Carrasco, acusada del delito de lesiones graves. El juicio probó que el 31 de julio de 1992, su esposo, Augusto Pinochet Hiriart había arremetido violentamente contra la acusada por su negativa a entregarle un cheque en blanco para pagar las deudas de aquél. También se acreditó que dos días después, el 2 de agosto, María Verónica Molina Carrasco lo lesionó con un arma de fuego cuando este ingresó a su domicilio contra su voluntad y se negó a retirarse. La Corte sostuvo que “una ponderación natural” permitía conjeturar que, ante el ingreso no autorizado, la agresión se reiteraría, deducción que habilitaba a interpretar esa irrupción como una “agresión inminente”. Por otra parte, aunque de manera escueta, agregó que la actividad probatoria había sido deficiente, por lo que dictó sin más un fallo absolutorio.

Ya dentro del período que abarca esta investigación, a partir de 2009, los demás casos reportados fueron dictados por tribunales inferiores en diferentes regiones: Puente Alto, Antofagasta y Concepción. El proceso seguido a Karina del Carmen Sepúlveda Cisterna por el Tribunal Penal de Puente Alto es considerado uno de los más emblemáticos del país¹³. Conforme la descripción de los hechos, el 17 de octubre de 2011, dentro del domicilio conyugal, Karina del Carmen Sepúlveda Cisterna disparó a su conviviente con una pistola calibre 9 mm, mientras dormía y le provocó la muerte. La fiscalía solicitó que se la condenara a 15 años de prisión. Por su parte, la defensa describió las violencias a las cuales había estado sometida la víctima durante 18 años. De acuerdo con los peritajes médicos incorporados, la acusada tenía múltiples lesiones, en la zona de la frente y la cara en general, en la zona del tórax, el abdomen, la espalda, la región lumbar, y en todas las extremidades. Se trataban de heridas cicatrizadas, consolidadas y antiguas, algunas provocadas con objetos romos y punzantes. Por considerar que no había habido una agresión actual e inminente, el tribunal resolvió que concurría la causal de exculpación, pero no una legítima defensa.

Distinta fue la decisión de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, quien revisó la decisión de la instancia previa que había negado la concurrencia de una causa de justificación respecto de Gabriela Mamani¹⁴. Para la Corte, el tribunal incurrió en una “imprecisión conceptual” que llevó a una errónea interpretación del artículo 10 inc. 4° del Código Penal. En el juicio se determinó que la pareja había mantenido una fuerte discusión que concluyó cuando la víctima golpeó incesantemente a la acusada y luego la persiguió hasta su domicilio, atacándola desde afuera con piedras. Tres horas después la acusada salió del inmueble con un cuchillo y al encontrarse con su agresor, se lo clavó en el pecho provocándole una lesión que pudo ocasionarle la muerte. Para la Corte, la actividad probatoria fue desarrollada de manera diligente conforme los estándares internacionales; no obstante, la interpretación legal debió ser rectificada. En concreto, cuestionó que, ante supuestos donde se tiene por acreditado un historial de violencia previa, la agresión ilegítima puede tratarse

persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes: Ley 20480 Art. 1 N° 1 1°. Actualidad o inminencia del mal que se trata de D.O. 18.12.2010 evitar. 2°. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. 3°. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita. 4°. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa”.

13 TOP Puente Alto, de 21 de junio de 2013, causa RUC 1101060685-5, RIT 166 - 2012, seguida a Karina del Carmen Sepúlveda Cisternas

14 Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa RUC N° 1901157164-9, RIT 35-2021, 24 de julio de 2021.

de una “ofensa futura”, ello sumado a que el cuchillo empleado en la defensa guardaba proporcionalidad con la agresión, debido a que, a juicio del tribunal, por la dinámica de la violencia, el uso del arma era la única estrategia disponible para tener una defensa exitosa.

En otro supuesto, la Corte de Apelaciones de Concepción entendió que no cabía absolver a Cynthia Solange Concha Candia por la causal de legítima defensa, aunque sí correspondía eximirla por estado de necesidad exculpante¹⁵. Al confirmar la sentencia se tuvo por probado que la acusada había dado muerte a su pareja estrangulándolo con un cable eléctrico. Si bien ello ocurrió mientras la víctima estaba bajo los efectos de estupefacientes y no podía oponer resistencia alguna, en los momentos previos se había dado un forcejeo en el que el occiso le impidió a la acusada salir de la habitación debido a que se habían quedado sin pasta base. Para resolver, el tribunal evaluó la dinámica de violencia intrafamiliar extrema, así como el consumo problemático de estupefacientes de los involucrados. En esa reconstrucción, se constató que la relación se había extendido entre 2003 y 2019 y que en el último año el occiso había sido condenado en dos oportunidades por lesionar y amenazar a su pareja, inclusive con armas; recibiendo además órdenes de restricción de acercamiento que fueron desacatadas. Basándose en la “sensación de vulnerabilidad, presión y coacción que sobre ella ejerció la situación fáctica en la que se encontraba”, la Corte concluyó que era aplicable la causal de inculpabilidad prevista en el artículo 10 inc. 11 del Código Penal, como estado de necesidad exculpante.

III.d. La jurisprudencia de los tribunales de Colombia¹⁶

Aun cuando la Corte Constitucional de Colombia cuenta con antecedentes que destacan la necesidad de incorporar la perspectiva de género en el análisis de los casos, el relevamiento de la jurisprudencia no permitió identificar decisiones de tribunales superiores en las que se haya debatido la responsabilidad penal de una mujer acusada de lesionar o matar donde alegara legítima defensa (Correa Florez, 2021)¹⁷.

En relación con esta temática solo se tuvo acceso al proceso seguido a Zaida Perez Roperero, quien fue acusada por el delito de tentativa de homicidio ante el Juzgado Décimo del Circuito¹⁸. En el caso se tuvo por probado que la imputada había mantenido una relación afectiva con la víctima por cinco años y que en los dos comenzó un clima de violencia constante. Si bien ella nunca había denunciado la violencia porque dependía económicamente de él, el juzgado tuvo por acreditada la existencia de una situación de control y dominación. El día de los hechos, la discusión había comenzado en un boliche, donde su pareja apenas la vio, empezó a golpearla. De allí se dirigieron a su domicilio donde la agresión continuó y se desencadenó la acción de la acusada. Teniendo en cuenta que la acusada era víctima de violencia reiterada, el Juzgado estimó que era

15 Corte de Apelaciones de Concepción, causa RUC 1900940918-4 y RIT O - 110 – 2021, 8 de julio de 2022.

16 El artículo 32 del Código Penal de Colombia prescribe: “Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.

17 Las sentencias de la Corte Constitucional con perspectiva de género se pueden encontrar en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/equidaddegenero.php?cuadro=1>

18 Juzgado Décimo Penal del Circuito Con función de conocimiento, Bucaramanga. Sentencia CUI-68001 6000258201301700 SP-ORDINARIA 29-06-2021.

posible que ésta hubiera actuado en legítima defensa, para lo cual juzgó pertinente aplicar los estándares internacionales que exigen analizar el contexto de la agresión. En este punto, la absolución de la acusada se dictó a partir de la existencia de una duda razonable sobre la concurrencia de una causal de justificación.

III.e. La jurisprudencia de la Corte Suprema de México¹⁹

A diferencia de lo que sucede con las decisiones de los restantes tribunales de la región, las sentencias emitidas por la Corte Suprema de México contienen una descripción más somera de los hechos. No obstante, de la lectura de sus fundamentos es posible reconocer que el Máximo Tribunal analizó supuestos de legítima defensa en contextos de violencia de género con confrontación y sin confrontación.

La sentencia de revisión 6181/2016 México examinó el caso de una mujer que había sido condenada de matar a su marido mientras estaba dormido²⁰. La recurrente alegó que había vivido en una situación de “peligro permanente” y que no podía prever cuándo podía desencadenarse una nueva agresión que pusiera en riesgo su vida. Al respecto sostuvo que, por la diferente contextura física, la única posibilidad que tenía de defenderse era cuando el sujeto estaba inactivo, y, en consecuencia, que no tenía una vía alternativa de solución ya que no contaba con redes de apoyo y no podía irse de su casa. Encuadrando su agravio en una causal de discriminación, cuestionó la sentencia previa que había minimizado los informes médicos, psicológicos y psiquiátricos, que daban cuenta de su baja autoestima e incapacidad de reaccionar ante las humillaciones y agresiones de su pareja. Con cita de la jurisprudencia interamericana, concentrándose únicamente en cómo se había establecido la plataforma fáctica, y sin referencia alguna a la interpretación legal aplicable, la Corte de México consideró que debía realizarse un nuevo juicio adoptando medidas de prueba que iluminaran el contexto de las mujeres que enfrentan violencia por parte de sus parejas.

En el amparo de revisión 1206/2018 la recurrente había sido condenada a la pena de 35 años de prisión por la muerte de su marido, en un episodio “con confrontación”²¹. La investigación develó que, por los antecedentes de violencia del ex concubino de la inculpada, existía una orden de restricción de parte de una autoridad competente. Además, en violación a esta medida cautelar, la víctima se había presentado en la casa de la acusada a las dos de la mañana y en estado de ebriedad, alegando que quería visitar al hijo de ambos. Con cita a la jurisprudencia interamericana, la Corte resolvió que la investigación del caso no había sido desarrollada con perspectiva de género, por lo que revocó la sentencia y ordenó realizar una nueva pesquisa que permitiera una nueva reconstrucción de los hechos. En este punto, sin referirse a la interpretación legal aplicable, para la Corte las falencias probatorias justificaban sin más que se reiniciara la pesquisa sin invisibilizar los hechos de violencia que pudieron relacionarse con los eventos delictivos.

19 El artículo 15 del Código Penal Federal de México estipula: “El delito se excluye cuando: IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión”.

20 Corte Suprema de México, Amparo de Revisión 6181/2016: 7 de marzo de 2018.

21 Corte Suprema de México, Amparo de Revisión 1206/2018 sesionado el 23 de enero de 2019

III.f. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú²²

La discusión en materia de legítima defensa en contextos de violencia de género también llegó a la Corte Suprema de Justicia de Perú. El primer caso identificado data del año 2018, oportunidad en la que Elizabeth Melissa González recurrió al Máximo Tribunal para obtener la revisión de una condena a 12 años de prisión por el delito de parricidio²³. De acuerdo con la versión de la acusada, el día de los hechos, al regresar a su domicilio, su conviviente le cuestionó el horario de llegada y, con palabras soeces, golpes de puño y con una maniobra típica de ahorcamiento, la increpó para que le dijera con quién había estado. Su hijo intercedió en su defensa, el agraviado empujó al niño, quien cayó al piso y se puso a llorar. En esas circunstancias, la acusada tomó un cuchillo de la cocina, y le causó una lesión en el tórax, que derivó en su muerte. La Corte concluyó que en la instancia previa no se habían valorado las probanzas de manera adecuada ya que las inspecciones oculares, las declaraciones e informes médicos ratificaban la declaración de la acusada. Para la Corte la víctima había agredido ilícitamente a la acusada por celos ya que había llegado tarde a su domicilio y, ante una maniobra de ahorcamiento, la utilización de un arma blanca como mecanismo de defensa no lucía desproporcionada. Por estos motivos, dictó la absolución de la acusada y dispuso su inmediata libertad.

El caso Joselyne Katerin Mitma Cano, juzgada por la tentativa de parricidio, también ameritó un análisis de la Corte sobre la aplicación de la legítima defensa. En esta oportunidad, el Máximo Tribunal no se mostró permeable a una interpretación favorable a la acusada. Conforme surge de la reconstrucción de los hechos, en una discusión familiar la víctima comenzó a insultar y golpear a Mitma Cano. Esta llamó a su suegra, quien concurrió al lugar; la mujer intentó separarlos, no pudo y Mitma Cano se sustrajo del escenario de la acción, tomó un cuchillo y se lo clavó a su pareja en tres oportunidades. En ese caso, a pesar de haber dado por probados episodios previos de violencia intrafamiliar, la Corte sostuvo que, al retirarse del sitio del ataque, la imputada no debió haber regresado con un cuchillo, y menos aún inferirle tres lesiones. Interpretando que la acción de la acusada se dio en un contexto de no confrontación y que su respuesta fue irracional y desproporcionada, la Corte negó la aplicación de la legítima defensa. No obstante, reconoció los antecedentes de violencia intrafamiliar, que incluían agresiones físicas y psicológicas hacia la imputada, y resolvió compensar su culpabilidad aminorando a respuesta penal e imponiendo una pena de 6 años de prisión.

Distinta fue la solución de la Corte en el caso de Jhoselyn Sthefanny Oqueño Chuquiyaaurila, quien solicitó la revisión de su condena a 8 años de prisión por el delito de tentativa de parricidio²⁴. En la instancia previa se había cuestionado que, en respuesta a una agresión con golpes, ella había empuñado un cuchillo. El altercado había comenzado a la mañana, por una diferencia en el canal de televisión, momento en que la víctima

22 El artículo 20 inc. 3, Código Penal de Perú establece: “Está exento de responsabilidad penal: [...] 3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima. b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose, en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de los que se disponga para la defensa. c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa [...]”

23 Corte Suprema de Perú. Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad 910/2018, Lima Este. Elizabeth Melissa González Encarnación. 5/12/2018.

24 Corte Suprema de Perú. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad N.º 1740-2019. Lima Este. Jhosely Sthefanny Oqueño Chuquiyaaurila. 12/02/2020.

138

comenzó a gritarle, la amenazó, la golpeó en la cara y en la cabeza y comenzó a ahorcarla. Cuando pudo soltarse, la acusada fue a la cocina y su conviviente la siguió y la tomó del cuello, momento en que ella agarró un cuchillo y, en el medio de un forcejeo, se lo clavó en el pecho. La Corte resolvió absolver a la acusada, por un lado, porque entendió que la respuesta a la agresión había sido racional, y por el otro, porque después de los hechos llevó a su marido al hospital, una prueba de que su intención no había sido matarlo. Por lo demás, el Máximo Tribunal tuvo en cuenta que el maltrato de la víctima hacia la acusada era frecuente y continuo, hecho que impactaba en la capacidad de la acusada para evaluar la racionalidad de su respuesta.

IV. Definiendo la perspectiva de género en los casos de legítima defensa

Una de las primeras observaciones respecto de las sentencias reunidas es que, en lo que hace la interpretación normativa y al análisis de la prueba, aunque limitada exclusivamente a mujeres, todas ellas incorporan argumentos con cierta sensibilidad al enfoque de género; tanto en los casos de legítima defensa “con confrontación” (“Leiva”, “RCE”, “DNL”, “González”, “Oqueño”, “Mitma Cano” “ADR 1206/2018” y “Pérez Roper”), como “sin confrontación” (“Pérez”, “Sepúlveda”, “Concha Candia”, “Mamani” y “ADR 6181-2016”). Si bien el enfoque de género incluye en su arco de protección al colectivo LGBTQ+, las cortes supremas de Argentina, Perú y México no registran ningún caso que lo incluya, situación que se repite respecto de los tribunales inferiores de Chile y Colombia.

En relación con los hechos “con confrontación”, con excepción de “Mitma Cano”, los tribunales acogieron las alegaciones de legítima defensa y, en consecuencia, resolvieron a favor de la acusada u ordenaron la realización de un nuevo juicio marcando el camino a seguir en cuanto a la recolección de la prueba o la interpretación legal aplicable. En cuanto a los problemas relevados, las sentencias que abordan cuestionamientos a la exégesis legal fueron “RCE”, “González” y “Oqueño”, en los cuales se criticó la interpretación de la etapa previa que había negado la racionalidad del medio empleado. A partir de un análisis contextualizado de la situación, los tribunales superiores consideraron que el uso de un cuchillo era una defensa proporcionada en atención a los hechos de violencia previos y a las alternativas disponibles. Diferente fue la solución en “Mitma Cano” donde, a pesar de que existía un historial de violencia, la Corte de Perú consideró que el uso de un cuchillo no era racional para repeler un ataque con golpes, en especial porque se habían hecho tres incisiones. Por otra parte, en cuanto a los problemas probatorios, los tribunales sostuvieron que en instancias previas habían existido falencias en la recopilación de la prueba (“ADR 1206-2018”), y en otros sugirieron que había habido un problema en su valoración (“Leiva”, “RCE”, “DNL”). Respecto del caso “Perez Roper”, el juzgado prestó especial atención a la producción de la prueba y a su valoración, respecto del principio in dubio pro-reo y la credibilidad de la declaración de la imputada. Sobre los problemas probatorios, las sentencias de Argentina (“Leiva”, “RCE”, “DNL”), México (“ADR 1206-2018”) y Colombia (“Perez Roper”), hicieron referencia a la jurisprudencia interamericana como cita de autoridad para exigir investigaciones con perspectiva de género.

En cuanto a los casos analizados como supuestos “sin confrontación”, en la decisión “Mamani” el tribunal acogió la causa de justificación de la legítima defensa y en “ADR 6181-2016”, la Corte mexicana dispuso revocar la sentencia, sugiriendo que era aplicable la causal de justificación²⁵. En los restantes casos “sin confrontación”,

25 Fuera del marco temporal de este trabajo, en “Carrasco” la Corte de Chile avaló la legítima defensa por entender que, aunque se trataba de un

los tribunales no admitieron la existencia de una justificación. Mientras en “Sepúlveda” y “Concha Candia” los tribunales igualmente absolviéron a las acusadas por concurrir una causal de inculpabilidad; en “Pérez” la Corte argentina ordenó realizar un nuevo juicio para que se evaluara la emoción violenta; pero descartó de plano un presupuesto de juridicidad. En cuanto a los problemas detectados, en “Mamani” la contienda estuvo circunscripta a la exégesis legal, principalmente en lo referido al alcance de la agresión actual e inminente, aunque también a la racionalidad del medio empleado. Según la Corte de Apelaciones de Antofagasta la acusada había sido víctima de agresiones incesantes y en las horas previas había sido apedreada por su pareja; en este punto, el lapso entre que fue apedreada y que atacó a su pareja no tenía relevancia para descartar la causa de justificación. En cuanto al medio empleado, consideró que el uso de un cuchillo había sido un medio racional ya que era el único instrumento que le permitía estar en condiciones de defenderse. En los restantes casos “sin confrontación”, el mayor interés se centró en la prueba del historial de violencia y en los efectos que había tenido en las acusadas. Mientras en “Sepúlveda” se describieron con precisión los obstáculos para denunciar, aunque no fueron suficientes para avalar una práctica defensa; en “Concha Candia” se hizo hincapié en las condenas que tenía la víctima por hechos de violencia de género. Finalmente, con independencia de su resultado, en los casos “sin confrontación”, las sentencias de Argentina (“Pérez”), Chile (“Sepúlveda”, “Concha Candia” y “Mamani”) y México (“6181-2016”) los estándares internacionales fueron parte relevante de la fundamentación para informar los lineamientos de la actividad probatoria con perspectiva de género.

Ahora bien, a pesar de que las sentencias evidencian una mayor sensibilidad a la perspectiva de género, tanto en la práctica probatoria como en la interpretación legal, en un contexto político y económico en el que las políticas sociales de prevención a la violencia se retraen, la aceptación de la autodefensa podría operar, tanto como el reconocimiento del derecho individual a defenderse, como la indiferencia del Estado en la prevención de la violencia de género. En estos términos, al tiempo que se reconocen los avances de la jurisprudencia regional, el desafío consiste en intentar que, para mujeres y diversidades, la discusión sobre la legítima defensa incida en la creación de mecanismos previos a la intervención del derecho penal.

En su diálogo con el derecho penal los feminismos jurídicos han reclamado que el trabajo de interpretación legal y de recolección de la prueba se realice con un enfoque de género; sin embargo, el alcance de esta perspectiva podría ser más amplio. Con independencia de reconocer el derecho a defenderse, el mayor desafío consiste en mostrar que el sistema penal está condicionado por normas extrapenales que implementan (o no) de determinadas políticas públicas que inciden en la victimización o criminalización. Pensar el derecho penal con perspectiva de género debería, sino rehuir a una lógica binaria de víctimas y victimarios (Pitch, 2003), ofrecer algo más que una nueva forma de argumentación. Si el objetivo final de incluir la perspectiva de género en las decisiones de los tribunales es reducir la brecha de la desigualdad social, los tribunales penales podrían colaborar en la consecución de ese propósito iluminando los factores que condicionaron la intervención del sistema punitivo. En algunos casos las condenas o absoluciones pueden explicarse como el producto de las reglas del derecho penal sustantivo y del procesal penal, pero en la base existen prácticas institucionales y relaciones sociales que reproducen la desigualdad de género.

caso sin confrontación, las agresiones habían sido incesantes y era previsible una agresión futura.

En esa dirección, algunas sentencias demuestran un incipiente esfuerzo por identificar las mediaciones estatales previas que fallaron en su objetivo de erradicar la violencia de género. Con mayor o menor intensidad, este movimiento se observa en “Leiva”, caso en el que el Procurador resaltó que la imputada había perdido un embarazo fruto de la violencia, que había realizado una denuncia y que varias veces se había ido de su casa y vuelto a regresar. Lo mismo se observó en “RCE”, en el que se menciona una denuncia previa de la víctima y su posterior dificultad para continuar con la acción por depender económicamente de su agresor. Asimismo, en “Sepúlveda”, el Tribunal Oral habló de la imposibilidad de la acusada de denunciar por estar bajo una situación de violencia extrema, y mencionó una atención en un hospital, que no mereció ningún seguimiento posterior. En relación con el caso “Concha Candia”, la sentencia del Tribunal Oral relató con detalle que la acusada había denunciado en varias oportunidades a su agresor, pero que dichos avisos fueron en vano. En este caso también se apuntó a la ausencia de políticas públicas destinadas a resolver padecimientos mentales por el consumo problemático de estupefacientes y evidenció la escasa capacidad de intervención de los carabineros ante hechos de violencia de género. Finalmente, las decisiones de la Corte Suprema de México contienen referencias generales sobre los efectos de la violencia de género, con alguna vaga mención a los recursos que activaron las mujeres antes de defenderse.

Estimular la reflexión sobre la práctica judicial más allá de la contienda adversarial, es decir, más allá de las reglas que rigen la actividad probatoria y la interpretación legal puede apuntalar el debate, por un lado, sobre qué significa reconocer plenamente los derechos de las mujeres, y por el otro, sobre la responsabilidad de los Estados en la prevención de la violencia²⁶. Si bien es cierto que la actividad de los jueces está enmarcada en la resolución de un conflicto concreto, nada impide que, como agentes estatales, puedan identificar los factores que llevaron a la actuación judicial y abrir un canal de diálogo que admita una mayor articulación con otros poderes del Estado. En este punto, la perspectiva de género en la argumentación podría coexistir con una preocupación por fomentar políticas de prevención de la violencia más concretas. Programas que aseguren el acceso a la información de derechos, asistencia legal gratuita, intervención efectiva con medidas de protección, mayor capacitación para las fuerzas de seguridad, mejoras en los sistemas de atención sanitaria, campañas dentro del sistema educativo, son algunas de las medidas que las sentencias de los tribunales podrían señalar como necesarias. Sin desconocer el valor de la argumentación judicial, una comprensión más profunda de las implicancias del instituto de la legítima defensa no debería desatender sus condicionamientos previos.

VI. Conclusiones

El recorrido por la jurisprudencia de los tribunales de Argentina, Chile, Colombia, México y Perú permite concluir que, aunque sin comportarse como un bloque homogéneo, los tribunales de la región han comenzado a analizar los casos de legítima defensa en contextos de violencia de género con una nueva sensibilidad. En contraste con una visión tradicional de esta causa de justificación, los feminismos jurídicos han contribuido a tensionar antiguas definiciones, así como también habilitado una mayor reflexión sobre la dimensión

26 Sobre las posibilidades de que las mujeres inicien una acción de daños y perjuicios, cf. Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia Defensoría General de la Nación, Boletín de Jurisprudencia “Responsabilidad civil por hechos de violencia de género”, 2020. En Argentina se han registrado algunos litigios incipientes. Cf. Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, Expediente: CF-15623-2019, rta. 2020; Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, Q. R. B. Y Otro c/ Provincia de Córdoba- Ordinario-Daños y Perjuicios. Otras formas de Responsabilidad Extracontractual- Recurso de Apelación. Expte 200847/36. Sentencia 23/07/2014.

probatoria que encierra el tratamiento de estos casos. En este sentido, la teoría legal feminista ha marcado la necesidad de una práctica jurídico penal que esté genuinamente comprometida con una mirada de género, tanto en la interpretación legal como en la recolección, producción y valoración de la prueba.

Si bien las decisiones estudiadas son diversas en cuanto a su argumentación, igualmente comparten la idea de que, al juzgar a las mujeres que matan a sus agresores en contextos de violencia de género es cuestionable seguir exigiendo que esperen un nuevo ataque para defenderse. Así, en la agenda judicial, la criminalización de las prácticas de supervivencia de las mujeres que padecen violencia, no parece ser una salida compatible con el reconocimiento de sus derechos. De todos modos, mientras se advierten los avances de esta jurisprudencia, para un mejor reconocimiento de los derechos de las mujeres y diversidades, los tribunales podrían intervenir en un diálogo más asertivo con otras instituciones estatales para fortalecer las políticas públicas que garanticen una vida libre de violencias a través de su prevención.

Referencias

- Correa Flórez, M. C. (2021). La perspectiva de género en las decisiones judiciales: el caso de las mujeres víctimas de violencia que atacan a sus agresores. *Revista Nova et Vetera*, 7(72), Universidad del Rosario.
- Correa Flórez, M. C. (2017). *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano en casa*. Bogotá: Uniandes.
- Di Corleto, J. (2006). Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis*, 5.
- Di Corleto, J. (2017). Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género. Buenos Aires: Editorial Didot.
- Di Corleto, J., & Piqué, M. L. (2017). Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género. En L. C. Silva (Ed.), *Género y derecho penal* (pp. 285-307).
- Dorlin, E. (2018). *Defenderse: Una filosofía de la violencia* (M. Martínez, Trad.). Ciudad de Buenos Aires, Argentina: Hekht.
- Ezurmendia, J., González, M., & Valenzuela, J. (2021). La defensa de género: Algunos problemas probatorios en materia de legítima defensa. *Polít. Crim.* Vol. 16 (32).
- Larrauri, E. (1994). Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal. *Jueces para la Democracia*, (23), 22-23.
- Larrauri, E. (2008). *Mujeres y sistema penal. Violencia Doméstica*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial Ibdef, 2008.
- Lauria Masaro, M., & Sardaños, N. (2017). Eximentes de responsabilidad penal en los casos de mujeres víctimas de violencia. *Género y justicia penal*, compilado por Di Corleto. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- Laurenzo Copello, P. (2019). Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión. *RECPC* 21-21.
- Ronconi, L., Ghertner, M., Guzmán, S., Levy, N., & Ramello, M. (2023). Uso de estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de género en Argentina. *Ius et Praxis*, 29(1), 207-231.
- Nuñez Paz y Rojano García, M. (2021). Agresión y victimización en la violencia de género ¿Defensa legítima o venganza? En *Revista Penal México* Núm. 19.
- Sánchez, L. (2019). Hacia la presunción de legítima defensa ante agresiones sexuales. *Feminismos y política criminal. Una agenda feminista para la justicia*: 79-91.
- Serra, D. (2022). La perspectiva de género y la interpretación amplia de la “inminencia o actualidad” en la legítima defensa. *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, Vol. XLVIII, Número 1.
- Tapia Ballesteros, P. (2015). La legítima defensa en supuestos de violencia de género. *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, Vol. XLII, N° 3.
- Villegas, M. (2010). Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal. *Revista de Derecho*, Vol XXIII, N° 2.

DE CHILE



UNIVERSIDAD
FACULTAD DE DE
DEPARTAMENTO DE DERECH



LAV



III. Los nuevos delitos de índole sexual constitutivos de violencia de género.

Algunas precisiones conceptuales y probatorias

Rodrigo Cerda San Martín
Ministro Corte de Apelaciones de Concepción

1. Delitos de violencia de género

La violencia ejercida por los hombres en contra de las mujeres es un acto discriminatorio que impide gravemente a la víctima el goce de sus derechos y libertades en pie de igualdad. Es más, constituye la forma más evidente de discriminación, pues supone un ánimo de dominación, un acto dirigido a someter, intimidar y humillar a la mujer, minusvalorarla, donde el agente quiere mostrar quién tiene el poder, considerándola un objeto del cual puede disponer a su voluntad.

Para Rivas toda agresión perpetrada contra una mujer tiene alguna característica que permite identificarla como violencia de género, al estar directamente vinculada a la desigual distribución del poder y a las relaciones asimétricas que se establecen entre varones y mujeres en nuestra sociedad, que perpetúan la desvalorización de lo femenino y su subordinación a lo masculino (Rivas, 2022, p. 143).

Sin duda, la violencia contra las mujeres constituye uno de los mecanismos sociales mediante el cual se las obliga a permanecer en esa situación de subordinación y los contextos de comisión son múltiples, desde lo doméstico familiar, en todos los estratos sociales, donde aún es percibido como algo aceptable o al menos naturalizado, con lo cual se dificulta su develación, por miedo a las represalias o las consecuencias adversas que de ella se derivarán. También se produce en otros espacios de interacción con las mujeres, tales como los lugares de trabajo, de esparcimiento, en la política, el deporte, los servicios de salud, los entornos educativos y en los espacios tecnológicos digitales.

La Convención de Belem Do Pará²⁷, nos aporta una noción de violencia contra la mujer, expresando que lo es cualquier acción o conducta, basada en su género, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado y comprende, entre otros, la violación,

27 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, vigente desde el 5 de marzo de 1995 y suscrita por Chile en septiembre de 1998.

146 el maltrato, el abuso sexual, la tortura, la trata de personas, la prostitución forzada, el secuestro y el acoso sexual. Además, dicho Tratado entiende que todos ellos son actos discriminatorios, que vulneran el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

En nuestro país se ha avanzado hacia la identificación, prevención, sanción y erradicación de la violencia de género, agregando nuevas figuras punibles para hacer frente, de mejor manera, a este fenómeno generalizado y naturalizado de ataques a las mujeres, por el solo hecho de ser tales. Sin embargo, estimamos que ello no es suficiente.

En doctrina, Rivas efectúa una interesante descripción y desarrollo de los elementos comunes que configuran los delitos de violencia de género, a saber (Rivas, 2022, pp. 146-155): a) La asimetría de poder entre hombres y mujeres; b) Se tipifican como figuras agravadas, así el femicidio en relación al homicidio simple, o figuras nuevas como las que analizaremos en este trabajo; c) Exigen una protección reforzada de las víctimas, en especial a través de todos los medios de intervención preventiva; d) Se identifica en ellos una particular interferencia de los estereotipos de género en sus contextos de comisión; y e) Suponen un Derecho penal sexuado, no neutro, que implica la sexualización de la respuesta punitiva frente a la violencia de género.

En lo que sigue focalizaremos el análisis en los delitos sexuales cuya víctima es una mujer, con énfasis en aquellos incorporados recientemente, con el fin de identificar aspectos conceptuales y probatorios de interés.

2. Delitos de violencia de género de índole sexual

Estadísticamente los delitos sexuales, esto es, aquellos en los cuales el bien jurídico protegido es la libertad y la indemnidad sexual, son cometidos mayoritariamente por hombres y tienen como víctima mayoritariamente mujeres²⁸.

Ante dicha realidad estadística, Rivas propone definir la violencia sexual desde el consentimiento y con perspectiva de género, apreciando el contexto sistémico de desequilibrio en las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Coherente con ello la libertad sexual debe considerarse como un bien jurídico que debe ser protegido en sus dos vertientes: la positiva, que se relaciona con el derecho al libre ejercicio de la sexualidad y la negativa, constituido por el derecho de toda persona a que no se le imponga un contacto sexual de ninguna índole (Rivas, 2022, p. 200-201).

28 Prevención de la violencia sexual y violencia infligida por la pareja contra las mujeres: qué hacer y cómo obtener evidencias, Organización Mundial de la Salud y Escuela de Higiene y Medicina Tropical de Londres. Edición en español realizada por la Organización Panamericana de la Salud, p.1. Recuperado del día 24 de mayo de 2023, de URL https://oig.cepal.org/sites/default/files/9789275316351_spa.pdf

2.1. Rol del consentimiento sexual en la tipificación penal

La ausencia de consentimiento constituye un elemento base en la descripción de los tipos penales de naturaleza sexual, ya que les imprime el sentido dogmático del riesgo típicamente relevante. Pero su delimitación conceptual es una cuestión compleja.

Sotomayor nos indica que el consentimiento sexual ha sido entendido como un “transformador normativo”, es decir, como una habilitación que justifica un importante nivel de instrumentalización de un cuerpo humano ajeno. Luego, expresa que en su faceta jurídica parece demandar no solo la posesión de un estado mental que habilita el traspaso de ciertos límites brindados por un derecho moral o jurídico (un derecho de no traspaso de tales límites), sino que también requiere el conocimiento por parte del solicitante de que tal consentimiento le ha sido otorgado, lo que obliga a preguntarnos si ambos componentes forman parte de la ontología del consentimiento (Sotomayor, 2022).

Añade el mismo autor que si aceptamos la tesis de que el mundo se encuentra permeado por relaciones de poder que generan asimetría, el consentimiento no puede ser conceptualizado como una aceptación en el vacío, esto es, libre de cualquier tipo y nivel de coacción. Cita a Mackinnon y Dworkin, quienes sostienen la ubicuidad de las violaciones sexuales como un rasgo constitutivo de las sociedades patriarcales.

En nuestra doctrina Oxman afirma que en la teoría de la imputación de estos delitos, el criterio normativo para fijar la relevancia jurídico-penal de la acción realizada no está puesto en el contenido sexual específico del acto, sino en el entendimiento de estas normas como la prohibición de involucrar a otro en un contexto sexual sin su consentimiento y, al mismo tiempo, en la exclusión de toda valoración referida a la conducta de la víctima, en especial, sobre su pasado u orientación sexual, en la medida que aquí únicamente importa el deber que le asistía al autor, conforme a las circunstancias concretas, de preguntarse al menos sobre la posibilidad cierta de estar ejecutando un hecho limitando o restringiendo la libertad sexual de otro (Oxman, 2015, p. 98).

2.2. Hacia un concepto de consentimiento sexual con mirada de género

Es efectivamente constatable que el consentimiento sexual libremente prestado atraviesa toda la tipificación de los delitos de esta índole, por lo que es indispensable elaborar un concepto con mirada de género, que ilumine las interpretaciones del derecho y su aplicación a los casos prácticos. Al respecto Pérez, propone dismantelar los sesgos androcéntricos identificables en los conceptos jurídicos y psicológicos que se han venido dando al respecto. Añade que es preciso develar las relaciones de poder detrás de ese término aparentemente neutral; para ello se requiere desentrañar un fenómeno social naturalizado, que hace aparecer al consentimiento sexual (una construcción social) como una elección individual, racional y autónoma. Llama a no olvidar que la aceptación se inscribe dentro de un sistema de relaciones que tienen como elemento distintivo basarse en la diferencia sexual, donde consentir aparece como un verbo “femenino”, inscrito en una lógica social en la cual las mujeres se exigen y son exigidas para resistir o conceder; los hombres, para buscar activamente el consentimiento femenino. Asevera la misma autora que el consentimiento entendido como conducta o acción individual juega un papel central en la reproducción del sistema de géneros y actúa en detrimento de los derechos sexuales de las mujeres. A nivel simbólico, social y subjetivo, consentir se estructura a partir de

un sistema de oposición jerárquicamente organizado, fundamentado en el orden sexual: es responsabilidad de las mujeres establecer límites a los intentos masculinos por obtener “algo” de ellas. Existe un orden socio-sexual que favorece lo masculino en desmedro de lo femenino, reproduciendo la opresión y la desigualdad de género. El consentimiento sexual tiene una dimensión tanto estructural como relacional, pues está inserto en el sistema sexo/género, que se sostiene sobre una diferenciación de posiciones desiguales, donde los hombres juegan el papel activo de pedir, insistir y convencer: acosar; y las mujeres el pasivo de ser pedidas, objeto de insistencia y consentir: resistir (Pérez, 2016, p. 760-762).

Tal perspectiva nos parece acertada, pues la mirada jurídica tradicional, individualista, que supone que el consentimiento válido lo prestan las personas libres y autónomas, en plenitud de su razón, sin considerar el contexto social, resulta sesgada al aislar el acto de consentir de su dimensión simbólica y social, que determina el consentimiento femenino. Por lo tanto, no procede imponer a la víctima la carga de manifestar la negativa u oposición a la realización del acto sexual, constituyendo un avance en esa línea la eliminación de la exigencia típica de resistencia de la persona ofendida que se contenía en la segunda parte del N° 2 del artículo 361 del Código Penal (en adelante CP), en virtud de la Ley 20.480, de 2010.

Ciertamente, debemos transitar hacia una tipificación basada en el consentimiento sexual, pero no entendido como un mero fenómeno individual, íntimo, privado, que puede ser ejercido, teóricamente, de un modo libre por la mujer, sin consideración del contexto y las estructuras sociales.

En los casos en que sea factible establecer relaciones sexuales entre personas que actúan con autonomía, debe existir corresponsabilidad, de modo que la voluntad de cada uno converja hacia una actividad sexual mutuamente consentida, sin atribuir a uno o al otro el derecho de acosar e insistir más allá del deseo del otro, sobre quien, en todo caso, no debe pesar una especial obligación de resistir. En esa realidad concreta, el énfasis típico y, en su oportunidad, probatorio, debe estar en el comportamiento de quien invade el ámbito del otro, poniendo especial cuidado de verificar la aquiescencia, momento a momento, pues cualquier atisbo de negativa debe implicar el cese de la actividad del agente. Ambos involucrados en un acto de índole sexual deben cultivar las habilidades necesarias para comunicar de manera clara su acuerdo u oposición, descartando estereotipos de género que impongan roles activos (masculinos) o pasivos (femeninos).

Luego, en la labor interpretativa y de aplicación de las normas en los casos concretos, con el fin de erradicar estereotipos, es preciso incluir en el análisis el contexto de poder existente entre las personas que se relacionan (asimetrías estructurales), que puedan indicar que la supuesta libertad individual no es tal, obligando a un más exhaustivo estudio respecto de la realidad social y particular del evento, las acciones del victimario y las configuraciones de género que permean la sexualidad.

En el apartado siguiente pasaremos a analizar un grupo de figuras típicas nuevas con un origen común. En efecto, todas ellas fueron concebidas como formas comisivas del acoso sexual callejero, pero luego en el proceso legislativo, atendida su diversa lesividad, fueron separadas del delito base y se les asignó mayores penas. Además de revisar las determinaciones conceptuales necesarias para su correcto entendimiento y aplicación, intentaremos identificar algunas dificultades probatorias que generan, incluyendo en este análisis al delito de violación, por ser figura más grave dentro de esta clase de ilícitos.

3. Aspectos conceptuales penales

Los tribunales penales y antes que ellos los intervinientes, previo a la valoración probatoria y a la decisión fáctica, deben determinar el contenido y sentido de los conceptos jurídicos indeterminados usados en los tipos penales, así como también a las técnicas específicas de tipificación de estos. Esta labor intelectual previa es fundamental para la determinación de los hechos relevantes a probar, la pertinencia de la prueba, la elaboración de un razonamiento inferencial, conceptual, empírico o normativo y la interpretación de los hechos.

3.1. En el delito de violación de persona mayor de 14 años

En primer lugar, debemos tener claro qué entenderemos por las acciones sexuales de acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal, descritas en el artículo 361 del CP, así como también las específicas formas comisivas contenidas en cada uno de sus numerales.

Para Zúñiga esa acción, entendida tradicionalmente como la introducción del pene en las cavidades indicadas legalmente, refleja un tipo penal que consagra la mirada masculina del perfeccionamiento del acto sexual y expresa la construcción del cuerpo masculino como lo dominante y lo femenino como lo dominado (Zúñiga, 2018, pp. 225-226).

En segundo término, será necesario comprender cabalmente cuál es la técnica legislativa empleada para describir los modos comisivos, ya una forma genérica, consistente en una descripción amplia (multicomprendiva), o a través del señalamiento de formas concretas de comisión, más fáciles de identificar, pero con el riesgo que el tipo penal quede infrainclusivo, ósea deje conductas lesivas sin sanción.

En la especie el legislador empleó la segunda modalidad, al expresar que el acceso carnal será constitutivo de violación: 1° cuando se use de fuerza o intimidación; 2° cuando la víctima se halle privada de sentido, o cuando se aproveche su incapacidad para oponerse; y 3° cuando se abuse de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Adicionalmente, todas estas conductas específicas deberán, a su vez, ser precisadas conceptualmente, determinando qué entenderemos por fuerza, intimidación, privación de sentido, incapacidad para oponerse y, desde ahí, abarcarán un conjunto de situaciones concretas posibles, capaces de constituir “indicios o indicadores” de ausencia de consentimiento, según cuál sea la comprensión cognoscitiva o normativa de ellos.

En clave cognoscitiva, los indicios configuran verdaderas premisas fácticas que activan una presunción simplemente legal de ausencia de consentimiento. En clave normativa, los indicadores (debidamente probados) configuran criterios jurídicos de adscripción, donde la ausencia de consentimiento no se prueba sino que se imputa.

Por otro lado, siempre será necesario llenar de contenido el concepto jurídico indeterminado de “ausencia de consentimiento”, con una mirada de género, para evitar consecuencias negativas para las víctimas de violencia sexual. Adicionalmente a lo ya expresado, Parma propugna una necesaria modificación de los paradigmas interpretativos en torno al consentimiento de la mujer en los delitos sexuales, vinculados por esa relación asimétrica de poder entre víctima y victimario y de la necesidad de erradicar los esquemas mentales devenidos de una visión antropocéntrica. Añade que el consentimiento debe ser claro y preciso (Parma, 2022, pp. 87-88). Si cupiere una lectura interpretativa del acto, ésta debe ser unívoca, siempre relacionada con el contexto fáctico de la relación interpersonal, normalmente asimétrico.

Todo lo señalado nos conduce a instar por una fórmula generalizadora de tipificación, en base al criterio de la ausencia de consentimiento, donde el acento se ponga en la prueba de los medios comisivos que generen la limitación de las facultades de libre decisión de la víctima, sin exigir oposición o resistencia de ésta para dar por configurado el ilícito. Es decir, son los medios de comisión empleados por el agente los que generan situaciones que involucran a otro en un contexto sexual no querido, limitando o restringiendo significativamente su capacidad de decisión. De dicha manera, el autor quebranta la prohibición de involucrar a ese otro en un contexto sexual no consentido, pudiendo inferir, a partir de las circunstancias acreditadas, que éste asumió el riesgo de tal comportamiento típico, que supone instrumentalizar a otro en el ejercicio de su sexualidad.

El proyecto de ley relativo a la tipificación del delito de violación²⁹, si bien mantiene la especificación de modos comisivos, realza el rol del consentimiento de la víctima como elemento básico del delito, descartando que la mera inacción o falta de oposición de ésta constituya manifestación de su aquiescencia.

3.2. En el delito de acoso sexual en espacios públicos (artículo 494 ter CP)

Incorporado al Código por la Ley 21.153 (3 de mayo de 2019), sanciona a quien realice, en lugares públicos o de libre acceso público, y sin mediar el consentimiento de la víctima, un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, y que no constituya una falta o delito al que se imponga una pena más grave, que consistiere en: 1). Actos de carácter verbal o ejecutados por medio de gestos; 2). Conductas consistentes en acercamientos o persecuciones, o actos de exhibicionismo obsceno o de contenido sexual explícito. Dicha descripción típica abarca múltiples modos comisivos, todos de connotación sexual, tales como expresiones o gestos de significación o contenido sexual, actuar obsceno, ejecutadas por una persona desconocida, en espacios públicos como la calle, el transporte o espacios semi públicos; que suelen generar malestar en la víctima (intimidación, hostilidad, humillación).

El fin perseguido por la ley era contribuir a erradicar las prácticas de acoso sexual callejero que experimentan mujeres, hombres, niñas y niños en Chile, así como reconocerlo como un tipo de violencia, siendo deber del Estado adoptar las medidas necesarias para combatirlo y educar a la población para que la sociedad rechace este tipo de conductas.

²⁹ Boletín 11714-07. Modifica el CP en materia de tipificación del delito de violación. Ingreso: 3 de mayo de 2018. Cámara de Diputados. Segundo trámite constitucional (Senado). Primer informe de comisión Especial. Recuperado del día 24 de mayo de 2023, de URL http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11714-07

En su gestación se tuvo en cuenta el objetivo de instar por ciudades y espacios públicos más seguros para niños y niñas, también lograr mayor igualdad en tales ámbitos, para los grupos de población más vulnerable.

La modificación legal se justifica, además, en los efectos traumáticos que generan dichas conductas, no solo por su gravedad (impacto psicológico negativo, impotencia, llanto, angustia, trauma), sino también por su recurrencia³⁰, llegando incluso las víctimas a adoptar medidas de autocuidado y defensa, como cambiar los recorridos habituales por temor a reencontrarse con el o los agresores; modificar los horarios en que transita por el espacio público; preferir caminar en compañía de otra persona; portar mecanismos de defensa; incluso modificar su modo de vestir, buscando desincentivar el acoso.

Con esta nueva legislación se ha procurado tutelar el derecho de toda persona a transitar libremente y con la confianza de no ser violentada, independiente del contexto, la edad, la hora del día o el vestuario que ocupa la persona agredida, bajo la consigna que los derechos humanos no dependen ni se suspenden por detalles del entorno. Ya no había excusas ni justificaciones para permitir el acoso sexual en la vía pública. No se puede seguir normalizando o naturalizando manifestaciones de este tipo de acoso sexual, bajo la denominación de “folclóricas”, “coquetería tradicional” o “galantería”, pues se trata de una vulneración intolerable, una discriminación por razón de género. Las mujeres son las principales afectadas por este ilícito, en tanto que los hombres son los victimarios más frecuentes, por ello sienten más miedo que los hombres a deambular por las ciudades³¹, con detrimento de su derecho a disfrutar de los espacios públicos y obstaculización de su participación en éste.

Para Román constituye una forma de violencia contra la mujer que puede contener una dimensión física, sexual y simbólica (Román, 2020, p. 35). Sin embargo, este nuevo tipo penal es amplio en cuanto a la definición de los sujetos, activos y pasivos, desde ya la norma emplea las expresiones “el que realizare” y “la víctima”, pudiendo ser cometido por hombres y mujeres, lo mismo acontece con sus víctimas, determinación legislativa que obedece a la información empírica obtenida a través de encuestas, donde si bien es mayoritaria la ocurrencia de hechos con mujeres víctimas, niñas, adolescentes y adultas, no es despreciable su comisión respecto de los hombres, especialmente jóvenes. Este tipo se dirige en contra de la sexualidad de la víctima, normalmente mujer, a través del sometimiento e imposición del deseo sexual por parte del agente, normalmente un hombre desconocido.

Es sabido que una de las formas de reafirmar la dominación masculina y la inferioridad femenina es a través de prácticas de violencia simbólica, que se actualizan, entre otras formas, en la limitación de los espacios y las actividades permitidas para hombres y mujeres y su acceso a recursos. En este esquema, las mujeres

30 En encuesta realizada por el Observatorio Contra el Acoso Chile (OCAC), entre el 26 de noviembre de 2014 y el 21 de enero de 2015, aplicada a 800 personas mayores de 18 años, de las 32 comunas de la provincia de Santiago, más Puente Alto y San Bernardo se concluyó: que 3 de cada 4 personas han sido víctimas de acoso sexual callejero el último año; aproximadamente el 85% de las mujeres han sido víctimas de este tipo de acoso sexual los últimos 12 meses, y un 55% de hombres; el 30% de los encuestados/as declaró ser víctima por lo menos una vez a la semana, mientras que esta cifra se eleva casi al 40% respecto de los jóvenes (entre los 18 y 34 años). Recuperado del día 24 de mayo de 2023, de URL <https://ocac.cl/encuesta-2015-esta-chile-dispuesto-a-sancionar-el-acoso-callejero/>

31 Conforme Estudio de SERNAM 2012, el 79% de las mujeres declaró sentirse insegura en Santiago versus un 59% de los hombres que declaró lo mismo. Recuperado del día 24 de mayo de 2023, de URL <https://ocac.cl/wp-content/uploads/2015/01/SERNAM-Estudio-acoso-y-abuso-sexual-en-lugares-publico-y-medios-de-transporte.pdf>

quedan circunscritas al espacio privado y se definen como pasivas, débiles, objetos de deseo y satisfacción sexual; inversamente, el hombre, es caracterizado como activo, fuerte, agresor y conquistador, soberano de lo público. En razón de lo anterior, en una sociedad androcéntrica se entiende que el espacio público es dominado por el hombre, por ello Arancibia y otros han sostenido que la mujer en dicho espacio queda reducida a un cuerpo en territorio ajeno, cuerpo que puede ser observado, tocado, del cual se pueden emitir opiniones; es decir, “un cuerpo sin conocimientos, habilidades, emociones ni sentimientos, sin derecho a opinión ni a réplica” (Arancibia, Billi y Guerrero, 2017, p. 116-117).

La técnica de tipificación utilizada consiste, como vimos, en una descripción genérica de la conducta prohibida, esto es, realizar sin consentimiento de la víctima un acto de significación sexual³² capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante. Luego, la conducta genérica aludida es especificada en dos formas comisivas más concretas, con la finalidad de fijar penas distintas, según la intensidad de afectación del bien jurídico. Así, en el primer caso, menos lesivo, el autor es sancionado solo con multa, en tanto que, en el segundo caso, más lesivo, el autor es sancionado con prisión en su grado medio a máximo y multa.

En el primer numeral se señalan como conductas punibles los actos de carácter verbal (como piropos, halagos, comentarios, peticiones de contacto telefónico o denostaciones, que tengan significación sexual y provoquen objetivamente intimidación, hostilidad o humillación) y aquellos ejecutados por medio de gestos (como miradas libidinosas, de deseo sexual, que provoquen objetivamente intimidación, hostilidad o humillación).

En el segundo numeral se sancionan las conductas consistentes en acercamientos (como acorralamiento, invasión o transgresión al espacio personal) o persecuciones, siempre que tengan significación sexual y provoquen objetivamente intimidación, hostilidad o humillación, actos de exhibicionismo obsceno (como la masturbación en la vía pública) o actos de contenido sexual explícito (hipótesis de carácter más genérica, con capacidad de abarcar un mayor número de situaciones).

Ocurre que dicha técnica legislativa, de especificación de hipótesis, puede producir el efecto no querido de reducir las situaciones concretas punibles, por aplicación del principio de legalidad (tipicidad), duda que se habría evitado si el legislador hubiere tipificado el delito de un modo amplio, con capacidad cierta de cubrir un mayor número de casos. Así puede ocurrir con actitudes como mirar persistentemente, tocar la bocina de un vehículo, silbar o producir otros sonidos (jadeos), que resultan de compleja tipificación.

Superado el problema recién esbozado, deberemos llenar de contenido los conceptos jurídicos indeterminados que se describen en el precepto es análisis, tales como “acto de significación sexual”, “situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante”, “acercamientos”, “persecuciones” o “exhibicionismo obsceno”.

32 Actos de contenido o significación sexual serán aquellos objetivamente adecuados para incitar el instinto sexual de una persona, dentro del medio social en que se desarrolla.

Otra definición necesaria se refiere al lugar de comisión del hecho, a saber: lugares públicos (calles, plazas, parques) y los de libre acceso al público, tales como los centros comerciales (mercados, mall, ferias), de esparcimiento (cine, discoteca, pub), educacionales (universidades) o en la locomoción colectiva (metro, buses, taxis o colectivos).

Finalmente, deberá estar clara la posibilidad cierta de la víctima de dar el consentimiento y luego determinar la noción misma del consentimiento. Nos remitimos a lo expresado al momento de analizar el delito de violación.

Nos parece pertinente incluir aquí la teorización realizada por Arancibia, Billi y Guerrero, para quienes una acabada conceptualización del acoso sexual callejero supone integrar cinco dimensiones (Arancibia, Billi y Guerrero, 2017, p. 119-127):

a). El contenido y significación de los actos: la connotación sexual. En esta dimensión los autores relacionan el acto connotado/simbólico con la relación de establecimiento de poder, de modo que ha de tratarse de actos que, además de generar violencia y malestar, propician una relación de poder entre el individuo que acosa y la persona acosada en tanto que manipula y traslada a la esfera pública lo relativo a la sexualidad, que en nuestra cultura pertenece al ámbito privado.

Resaltan dos aspectos, el primero, que el acto de percibir es un acto de sexualizar al otro desconocido, es decir, de ignorar otros aspectos del cuerpo del ser humano percibido para reducirlo a un ente sexualizable; el segundo, radica en que esta sexualización del individuo propicia, a su vez, una reacción consonante por parte del mismo, quien ha sido colocado en la categoría de objeto sexual, el malestar, estableciendo una relación de poder entre las personas involucradas. Así la conducta de acoso de convierte en un acto de dominación masculina (violencia simbólica).

Entonces, quien se enfrenta a un acto de connotación sexual en el espacio público, recibe el mensaje de que se es susceptible de ser objetivado y sexualizado. Y como este acto no genera castigo social unívoco, la sensación de responsabilidad recae sobre la persona acosada, quien para evitar situaciones similares cambiará su forma de interactuar con el entorno.

b). Características de la relación: intimidad y desconocido. Las personas nos relacionamos y establecemos vínculos, pero no con todos generamos vínculos íntimos, existiendo tipos de intimidad para las diversas relaciones. En ese contexto se ha conectado el grado de intimidad con un espacio físico medible entre las personas, el cual cambia de cultura en cultura y de persona a persona, y que determina hasta donde cada uno se siente cómodo con la cercanía del otro, diferenciando entre distancia pública, social, personal e íntima.

Desde ese punto de vista, se puede comenzar a delimitar la figura de un desconocido, que es una persona con la cual no se establece un vínculo estable, duradero y seguro. Una persona con la cual no se ha establecido intimidad y por lo tanto sus comentarios, su cercanía física y contacto físico, debiesen circunscribirse a lo que una persona considera cómodo y no amenazante.

Cuando alguien, en un espacio público, experimenta comentarios acerca de su cuerpo o acercamientos excesivos por parte de alguien que no participa de su esfera íntima, sentirá transgredido su espacio físico y psicológico, empujándola a simbolizar su cuerpo como un objeto público, que puede ser tocado y comentado libremente; a la vez, quien impunemente realice estos actos verá confirmada su creencia de que tocar o influir sobre el cuerpo de otro es algo normal, parte de su poder y componente de su identidad.

c). Escenario del acoso: Espacio público. Con una visión de género, es necesario analizar el modo de apropiación de los espacios por lo masculino y lo femenino. Si bien la parte estructural de la ciudad puede ser indiferenciada para toda la diversidad de formas de vivir el género, la aprehensión de los mismos no es equitativa ya que el devenir de esos cuerpos no están en balance: hay cuerpos para el espacio público, y cuerpos para el mundo privados que deambulan en lo público, siendo la calle, más que otros sitios, que las mujeres pueden descubrir hasta qué punto es cierto de que son seres ante todo percibidos, puesto que existen fundamentalmente por y para la mirada de los demás.

La desigualdad de género se traduce en los espacios públicos en relaciones desiguales de tránsito, de empoderamiento y seguridad. Las mujeres al cumplir con el rol que se les construyó para llenar, solo deambulan en lo público en tanto diferencia que llena los huecos que la construcción de lo masculino no puede/debe satisfacer, recordándoles constantemente que están alejadas de los derechos de lo público y pueden/deben ser apropiadas como cuerpo de la diferencia.

d). Efectos individuales y sociales: El malestar. Esta dimensión tiene que ver con la potencialidad de que el acoso sexual callejero produzca emociones displacenteras y/o malestar. Incluso, aun cuando no se presenten emociones displacenteras, las intenciones de relacionarse más allá con el perpetrador, sin importar el contexto ni las características de éste, son cercanas a cero. Además, estas consecuencias pueden tener efectos de más largo plazo en términos cognitivos (miedo a la victimización, ansiedad en lugares públicos, miedo a la violación) y conductuales (modificación de prácticas de movilidad, autonomía y uso de espacios públicos).

Asimismo, otros efectos adversos de este tipo de actos son hipervigilancia del propio cuerpo, vergüenza corporal y problemas de autoimagen, todos efectos asociados a la cosificación sexual.

e). Características comunicativas del acoso: la unidireccionalidad. En una estructura social patriarcal, la dominación puede comunicarse sin preocuparse de su aceptación, la que queda garantizada por la reflexividad de las expectativas que guían el comportamiento y las reacciones de los que participaban en dichas comunicaciones. En otras palabras, la comunicación toma forma declarativa, solucionando la doble contingencia no en la base del consenso entre sus participantes, sino de una relación de poder naturalizada e incuestionable, donde el hombre-emisor se sitúa como superior, activo, con respecto a la mujer-destinataria, inferior y pasiva.

La opinión de la víctima, así, queda absolutamente irrelevante, y aún si el rechazo pudiera tener algún efecto, el miedo y la vergüenza, así como la difusa percepción de inevitabilidad y naturalidad de estas prácticas, a menudo pueden paralizar la reacción. El patriarcado ha utilizado siempre la violencia simbólica, la unidireccionalidad y la dominación, pero es solo a través de los movimientos feministas que estas quedan, o intentan ser, desnaturalizadas y por lo tanto pueden observarse como tales.

A modo de síntesis, los mismos autores sostienen que el acoso sexual callejero se puede identificar como todas esas prácticas con connotación sexual explícita o implícita que ocurren con carácter unidireccional entre desconocidos dentro espacios públicos, con el potencial de provocar malestar en quien las recibe u observa (Arancibia, Billi y Guerrero, 2017, p. 127-128).

3.3. En el delito previsto en el artículo 161-C del Código Penal

Esta figura fue también incorporada al Código por la Ley 21.153, dentro del párrafo 5, de los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia.

La conducta sancionada es la captación de imágenes de los genitales u otra parte íntima del cuerpo de la víctima, en lugares públicos o de libre acceso público, sin su consentimiento y con fines de significación sexual. También se sanciona la difusión de tales imágenes.

Al igual que en los casos anteriores es preciso llenar de contenido los conceptos jurídicos determinados.

3.4. Artículo 366 inciso tercero del Código Penal

Esta nueva figura punible fue igualmente incorporada por la Ley 21.153 y sanciona al que realiza una acción sexual distinta del acceso carnal, cuando el abuso consista en el empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima, siempre que ésta sea mayor de catorce años.

4. Problemas probatorios

4.1. Aspectos generales

La presunción o estado jurídico de inocencia, plenamente vigente en este tipo de delitos³³, con su triple dimensión: de garantía de enjuiciamiento criminal, regla de tratamiento de la persona imputada y regla relativa a la prueba, imponen al persecutor penal, estatal o privado, el deber de acreditar, al menos, la tipicidad objetiva y subjetiva de la conducta atribuida, configurándose implícitamente un primer criterio de decisión objetivo, cual es la carga de la prueba, llamada a activarse cuando la conclusión fáctica nos indica que el hecho de que se trata se mantiene en el espacio de la incertidumbre. Adicionalmente, resulta también aplicable un segundo criterio objetivo de decisión, a saber, el estándar de prueba para la condena, consagrado normativamente en el artículo 340 inciso primero del Código Procesal Penal (en adelante CPP), que se explicita bajo el enunciado de convicción más allá de toda duda razonable.

De otro lado, los procedimientos penales, en estos casos, deben también realizarse en un escenario de juzgamiento legítimo, con pleno respeto de las garantías del debido proceso, lo que en el ámbito probatorio implica utilizar las mismas reglas de valoración y decisión exigidas para el resto de los casos penales, por otros tipos de delitos. La única diferencia radica en la obligación adicional relativa al juzgamiento con perspectiva de género, pues en su contexto de comisión, persecución y juzgamiento se manifiestan estereotipos, desigualdad y discriminación que deben ser corregidos con una interpretación y aplicación integral, compleja y diferenciada del derecho vulnerado, condiciones de acceso igualitario a la justicia.

En el ámbito fáctico de juzgamiento, sostenemos una comprensión racional cognoscitiva del sistema probatorio regulado en el proceso penal chileno³⁴, vale decir, un sistema de libre valoración racional de la prueba, que postula un vínculo fuerte con la noción de verdad por correspondencia, de modo que un enunciado fáctico podrá sostenerse como verdadero en tanto los hechos que describe existen o han existido en un mundo independiente de la mente del juzgador/a. En consecuencia, son los hechos, entendidos como eventos que provienen de la realidad, los que hacen verdaderas o falsas nuestras afirmaciones. Hechos que podrán ser externos (estados de cosas, sucesos, acciones u omisiones involuntarias) o internos (estados mentales como voliciones, deseos, creencias y emociones), incluso relaciones de causalidad (Cerdeña, 2022). Los intervinientes sostendrán hipótesis fácticas en apoyo de sus pretensiones, materializadas a través de razonamientos que recibirán su apoyo en la información proveniente de la prueba y con la elaboración de inferencias probatorias adicionales, que podrán ser empíricas, normativas y/o conceptuales (González, 2018).

En las inferencias probatorias empíricas, conectadas con la racionalidad, el enlace entre la conclusión fáctica y los indicios lo constituye una generalización empírica, elaborada a través de conocimientos científicos o de máximas de la experiencia. En las inferencias probatorias normativas, el enlace es una norma jurídica que

33 Artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y artículo 4° del CPP.

34 Artículos 295, 296, 297, 342 letra c) y 340 CPP.

establece que si se dan hechos como los descritos en los indicios o premisas (hecho base), se debe dar por probada determinada hipótesis (hecho consecuencia). Incluye las normas de presunción y las de valoración tasada de la prueba.

En las inferencias probatorias conceptuales la conexión viene establecida por una definición o regla conceptual, que establece que los hechos del tipo de los descritos en la hipótesis “cuentan como”, esto es, son subsumibles en una cierta categoría de hechos (una acción, una intención, una relación causal, etc.). Aquí lo que está en juego no es tanto la ocurrencia o no de un determinado hecho sino su “interpretación”, es decir su clasificación dentro de una u otra categoría genérica de hechos.

4.2. En el nivel de las inferencias probatorias empíricas

Tratándose de los delitos sexuales de género, con el apoyo de la ciencia y las máximas de la experiencia, nos parece factible afirmar desde ya, sin necesidad de prueba adicional: a) La existencia de una asimetría estructural social, donde lo masculino domina sobre lo femenino; b) Que los delitos de índole sexual son cometidos mayoritariamente por hombres y las víctimas son mayoritariamente mujeres; c) Las nefastas consecuencias sufridas por las víctimas (traumas, depresión, rabia, impotencia, incomodidad); d) Los lugares de ocurrencia y frecuencia de estos hechos, así como la incidencia de factores como el sexo y edad de las víctimas y los victimarios. Tales aseveraciones obtenibles desde los conocimientos provenientes de la antropología, sociología, psiquiatría, psicología, criminología y estadística, entre otras ciencias concernidas, habilitan su postulación como hechos notorios o, al menos, como máximas de la experiencia. También, de lege ferenda, es viable instar por el establecimiento de presunciones legales que así lo determinen, en cuyo caso estaríamos en presencia de inferencias probatorias normativas.

Además, el uso de la metodología de juzgamiento con perspectiva de género nos permitirá identificar y eliminar los estereotipos, sesgos y prejuicios discriminatorios, actuando como correctivo epistémico, pero principalmente como garantía de un juzgamiento sustantivamente igualitario.

4.2.1. En el delito de violación

Dada la pobreza probatoria que lo caracteriza, lo normal es usar secuencias inferenciales empíricas, a partir de las evidencias recolectadas, generando indicios, y luego con apoyo de las generalizaciones aportadas por la psiquiatría, psicología experimental y las máximas de la experiencia, que servirán de enlaces, podremos llegar a la conclusión fáctica. Es en este sentido, además, que se hace especialmente relevante la declaración de la víctima, pero siempre como un elemento de información a ponderar.

Dentro de sus particularidades probatorias, para la acreditación del acceso carnal por alguna de las vías descritas en el tipo penal, son especialmente relevantes los peritajes científicos y los exámenes médicos, debiendo los policías y fiscales ser extremadamente acuciosos en la búsqueda de evidencias de interés forense (pelos, fluídos, microheridas, infecciones atípicas, etc.).

En relación a la fuerza ejercida, jurisprudencialmente se ha exigido que sea grave y dirigida a obtener el acceso carnal, con capacidad de vencer o anular la voluntad de la víctima, recayendo sobre su cuerpo, pero no es necesario que se emplee durante toda la realización del acto sexual, ya que incluso podrá manifestarse después de iniciado este, frente a la negativa de la víctima a seguir manteniéndola, toda vez que el consentimiento debe renovarse minuto a minuto. Tales definiciones, unido al contexto íntimo en que suelen cometerse estos delitos, determinan la pobreza de datos empíricos tendientes a dilucidar lo ocurrido. En lo concreto, como hemos venido anunciando, será necesario recurrir a secuencias inferenciales complejas con el apoyo de generalizaciones, de modo que la labor de recolección de todo tipo de evidencias se torna fundamental.

Por su parte, el uso de intimidación es entendido tradicionalmente como sinónimo de vis compulsiva o violencia moral, que se verifica mediante una amenaza efectuada a la víctima y que permite lograr el acceso carnal sin que concurra su consentimiento, incluso jurisprudencialmente se tiende a exigir que la amenaza sea seria, verosímil, grave e inmediata, requiriendo, además, la existencia de un vínculo de causalidad entre la amenaza y el logro del objetivo perseguido por el agresor. Sin embargo, Santibáñez (2015) propugna un concepto más amplio, considerando que el efecto intimidatorio se da en la víctima del delito y puede provenir de la existencia de una amenaza originada en otras circunstancias, conocidas por el hechor y la víctima, que provocan este efecto intimidatorio en esta última, pero el estado de temor de la víctima debe ser grave, al punto de ser permanente en el tiempo y que se verifica, a veces, ante la sola presencia del agresor, como en ciertos casos de violaciones en contextos intrafamiliares.

Como se comprenderá, acreditar las amenazas y su potencialidad intimidatoria es un asunto complejo y requerirá, normalmente de inferencias probatorias conceptuales, en primer lugar, y luego empíricas, con apoyo de la psicología experimental y las máximas de la experiencia, constituyendo la declaración de la víctima el principal indicio a valorar.

En cuanto a la privación de sentido, comprende naturalmente la inconsciencia, encontrándose la víctima incapacitada para comprender el significado del acto. Un primer problema con esta causal radica en determinar la intensidad de la privación de sentido, de modo de abarcar también situaciones de afectación importante de la conciencia, que inhabiliten las facultades cognitivas y volitivas en relación a la significación del acto, por ejemplo personas en estado comatoso, anestesiadas, profundamente dormidas por efectos de fármacos, embriaguez o drogadicción profunda (Santibáñez, 2015, pp. 158-159).

En tales casos será necesario probar el estado de inconsciencia, o la afectación importante de ella, para lo cual será relevante indagar acerca de las causas que generaron ese estado y los efectos que éstas producen, vale decir, es preciso recurrir a la identificación de todos los indicios que arroja el sitio del suceso y a la interpretación e inferencias empíricas que puedan realizarse de tales hallazgos. En el abuso de la incapacidad de la víctima para oponerse, la incapacidad ha sido entendida tradicionalmente como constitutiva de impedimentos físicos, temporales o permanentes, que limiten de un modo absoluto las posibilidades de hacer frente a una agresión sexual, como la tetraplejía o la persona inmovilizada por estar amarrada a un árbol. Pero, después de la reforma de 2010, se ha entendido también como comprensiva de casos en que existe una disminución de las capacidades psíquicas de la víctima (Santibáñez, 2015, pp. 159-161). Como afirma Oxman (2015), se trata de acciones de significación sexual no precedidas de violencia, intimidación o resistencia

expresa, que pese a no ser en estricto sentido una constricción coactiva de la libertad sexual de otro, deben ser interpretadas como hechos valorativamente equiparables, en cuanto suponen igualmente una limitación a la capacidad de decisión que en el plano sexual se les reconoce a las personas mayores de catorce años, tales como la embriaguez, el abuso de drogas, lo que se extiende a los tratamientos médicos con depresores del sistema nervioso, el sueño profundo, algunas manifestaciones particularmente intensas del síndrome de acomodación a las agresiones sexuales y, por último, los trastornos mentales no constitutivos de enajenación.

Esta ampliación a una incapacidad psicológica genera el problema interpretativo de delimitación con los casos de intimidación del artículo 361 N° 1 del CP y con los de abuso de una relación de dependencia con el hechor que puedan dar lugar al delito de estupro. En lo probatorio, la dificultad es mayor, pues se trata de acreditar un estado mental de incapacidad no patológica.

En lo que respecta a la tercera modalidad comisiva, consistente en abusar de la enajenación o trastorno mental de la víctima, de lo que se trata es de establecer casos de disfunción de procesos psíquicos que normalmente tienen un carácter permanente (trastornos psicóticos, retardos mentales profundos y graves, etc.), aun cuando podrían incluirse situaciones de carácter transitorio, siempre que atendida su intensidad impidan a la víctima entender el significado del acto sexual (Santibáñez, 2015, pp. 161-162).

En el ámbito fáctico debe acreditarse la patología y su carácter lesivo de la capacidad abstracta de obrar en materia sexual, así como también el prevalimiento de esta circunstancia por parte del victimario, ambas exigencias de difícil prueba, especialmente la actitud mental de abuso en el hechor. En cuanto a la patología misma, ella normalmente será establecida por prueba pericial psiquiátrica.

En fin, esta técnica legislativa casuística infra incluyente de todos los casos dignos de protección y todas las dificultades probatorias señaladas, demuestran la necesidad de modificar nuestra regulación, transitando hacia una fórmula generalizadora, en base al criterio de la ausencia de consentimiento, antes comentado. El acento debe ponerse en la prueba de los medios comisivos que generen la limitación de las facultades de libre decisión de la víctima, sin exigir oposición o resistencia de ésta para dar por configurado el ilícito. Es decir, son los medios de comisión empleados por el agente los que generan situaciones que involucran a otro en un contexto sexual no querido, limitando o restringiendo significativamente su capacidad de decisión. De dicha manera, el autor quebranta la prohibición de involucrar a ese otro en un contexto sexual no consentido, pudiendo inferir, a partir de las circunstancias acreditadas, que éste asumió el riesgo de tal comportamiento típico, que supone instrumentalizar a otro en el ejercicio de su sexualidad.

4.2.2. En el delito de acoso sexual en espacios públicos

Los hechos a probar son el acto verbal, gestual, de acercamiento, persecución, exhibicionismo obsceno o acto de contenido sexual explícito, todos sucesos de carácter material que pueden acreditarse con cualquier elemento de prueba, sin mayores problemas, dado que acontecen en lugares públicos. En cambio, la significación sexual del acto y la ausencia de consentimiento, son de más compleja acreditación, atendida su condición de estados mentales. Por su parte, la capacidad del acto para provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, nos lleva al problema de la prueba de las emociones.

En los casos en que exista escasez de prueba, será especialmente relevante la declaración de la víctima y el uso de secuencias inferenciales complejas, elaboradas a partir de las evidencias recolectadas y con apoyo de las generalizaciones empíricas.

5. Conclusiones

Los nuevos delitos sexuales incorporados al CP por la Ley 21.153 (03/05/2019), esto es: i) el acoso sexual callejero (494 ter); ii) la captación de imágenes de los genitales u otras partes del cuerpo y su difusión, con fines de significación sexual (161-C); y iii) la acción sexual abusiva (inciso 3°, art 366), donde el abuso consiste en el empleo de sorpresa u otra maniobra, tienen en común la ausencia de consentimiento de la víctima y los dos primeros la circunstancia de ser cometidos en lugares públicos o de libre acceso al público.

En el caso que la víctima sea una mujer y el agresor un hombre, constituyen delitos de violencia de género, discriminatorios, donde los agentes actúan con ánimo de dominación, para someterlas, intimidarlas y humillarlas.

Al igual que en la violación el elemento normativo que les imprime el sentido dogmático de riesgo típicamente relevante es la ausencia de consentimiento en la realización de la acción sexual, sea que se haya ejecutado con o sin acceso carnal y cualquiera que sea su lugar de comisión.

Además, en los delitos sexuales de género, dada la asimetría estructural y distribución social del poder entre lo masculino y femenino, el consentimiento debe ser analizado con mirada de género, esto es, debidamente contextualizado, lo que supone que, en principio, no existe la libertad de las mujeres para prestar su voluntad en los actos de esa índole, dada dicha dominación de base.

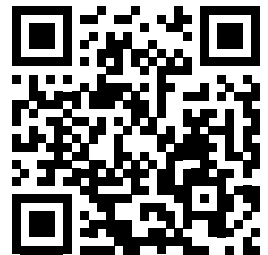
Solo en los casos en que se acredite una situación real de igualdad de posiciones entre el hombre y la mujer es exigible una actitud de corresponsabilidad a ambos, vale decir, comunicar de un modo claro sus voluntades en el sentido de autorizar el traspaso de los límites corporales, convergiendo hacia una actividad sexual mutuamente consentida. Por el contrario, si esas condiciones no se demuestran se activa la ausencia de consentimiento como elemento normativo de los tipos penales analizados, pues la prohibición legal radica en no involucrar a otra en un contexto sexual sin su voluntad.

Entonces sobre los hombres recae el deber, de acuerdo a las circunstancias concretas, de preguntarse acerca de la posibilidad de estar ejecutando un hecho que limita o restringe la libertad sexual de las mujeres. A su vez debemos dejar atrás la tendencia sesgada de buscar la tipicidad en el comportamiento de la víctima, imponiéndole el deber de resistir.

Nos parece loable la actitud de nuestros legisladores dirigida a nombrar y erradicar esos violentos actos discriminatorios tipificados como delitos sexuales, tal como recibimos en su oportunidad con beneplácito la creación de las hipótesis punibles de femicidio íntimo y no íntimo, sin embargo, deben cuidar los efectos que la técnica de tipificación empleada pueda generar en la actividad probatoria concreta, ya que el mensaje normativo de persecución efectiva debe hacerse realidad y no quedar con normas penales meramente simbólicas.

Referencias

- Arancibia, J., Billi, M., & Guerrero, M. J. (2017). ¡Tu 'piropo' me violenta! Hacia una definición de acoso sexual callejero como forma de violencia de género. *Revista Punto Género*, 7, 112–137.
- Araya, M., & Cerda, R. (Eds.). (2022). *Violencia de Género*. Librotecnia.
- Benfeld, J., & Larroucau, J. (Eds.). (2018). *La Sana Crítica Bajo sospecha*. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Cerda, R. (2022). Cuestiones probatorias en los delitos de violencia de género. En M. Araya & R. Cerda (Eds.), *Violencia de Género*. Librotecnia.
- González, H., Persingola, L., Zanotti, A., & Bagnoli, L. (2020). Percepción del Acoso Sexual Callejero en Mujeres. *Revista Psicología para América Latina*, 34, 121–131.
- Oxman, N. (2015). La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales. *Política criminal*, 10(19), 92–118.
- Organización Mundial de la Salud y Escuela de Higiene y Medicina Tropical de Londres. (s.f.). *Prevención de la violencia sexual y violencia infligida por la pareja contra las mujeres: qué hacer y cómo obtener evidencias*. Edición en español realizada por la Organización Panamericana de la Salud.
- Parma, C. (2022). Valoración de la prueba en los delitos sexuales. *Hammurabi*.
- Pérez, Y. (2016). Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género. *Revista Mexicana de Sociología*, 78(4), 741–767.
- Rivas, C. (2022). Los delitos constitutivos de violencia de género en el Derecho penal chileno. En M. Araya & R. Cerda (Eds.), *Violencia de Género*. Librotecnia, 143–216.
- Román, M. J. (2020). Percepciones Respecto al Acoso Sexual Callejero en la Región del Maule: Intersecciones entre Género y territorio. *Revista Cuadernos de Sociología*, 8, 34–44.
- Santibáñez, M. E. (2015). Los delitos sexuales tradicionales y sus principales modificaciones. En *Violencia sexual contra la infancia. El avance legislativo y sus desafíos*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Capítulo V, 145–184.
- Sotomayor, J. (2022). el problema del mal moral y del consentimiento en la violación sexual: un análisis filosófico. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 88, 71–95.
- Zúñiga, Y. (2018). Cuerpo, género y Derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad. *Ius et praxis*, 24(3), 209–254.



Quinto Panel
Aplicación de la perspectiva
de género y el enfoque
interseccional en Latinoa-
mérica

Escanea para ver esta
presentación Youtube

Quinto Panel: Aplicación de la perspectiva de género y el enfoque interseccional en Latinoamérica



Mag. Mariano Fernández Valle

Argentina

Magíster en Derecho. Profesor de Derechos Humanos, Género y Derecho Constitucional.

Abogado. Magíster en Derecho. Profesor de Derechos Humanos, Género y Derecho Constitucional. Abogado por la Universidad de Palermo. Máster en Derecho con orientación en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Palermo. Diplomado en "Derechos Humanos y Procesos de Democratización" por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile



Dra. Ximena Gauché Marchetti

Chile

Directora del Proyecto de Investigación Aplicada FONDEF "Justicia y Género".

Abogada. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesora Titular, Directora del Proyecto de Investigación Aplicada FONDEF "Justicia y Género" y Vicerrectora de Relaciones Institucionales y Vinculación con el Medio. Universidad de Concepción. Chile. Consejera del Instituto de Estudios Judiciales. Integrante de la RED Alas. Ha sido perita ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y participó en la redacción del proyecto original de la ley de identidad de género chilena.



Dra. Nancy Yañez Fuenzalida

Chile

Presidenta del Tribunal Constitucional de Chile.

Abogada de la Universidad de Chile, máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos) y doctora en Derecho de la Universidad de Chile. Se desempeñó entre 2018 y 2022 como Directora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.



CO
GÉNÉR

L
la
e
j

I. Aproximación a las temáticas de género y el enfoque interseccional en la jurisprudencia interamericana

Mariano Fernández Valle
Universidad de Palermo - Argentina

Comienzo con los agradecimientos de rigor. Para mí es un honor estar acá, agradezco muchísimo la invitación, Chile es como mi casa, yo viví más de dos años acá en Santiago y siempre es un placer volver.

Me toca hacer una aproximación a las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana. Voy a tocar más que nada casos resueltos por la Corte Interamericana aun cuando la jurisprudencia es más amplia, si se considera también lo que produce la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De todas maneras, aun cuando me voy a centrar en la Corte, es importante saber que esta resuelve casos que ya de alguna manera vienen gestados y formulados con anterioridad, a partir del intercambio entre los peticionarios, el Estado y la resolución de la Comisión; es decir, la Corte sentencia casos, pero lo que produce jurídicamente en ellos, creo yo que no le corresponde exclusivamente a la Corte, sino que muchas veces es parte de aquello que proponen los propios litigantes y aquello que la Comisión Interamericana ha presentado ante la Corte. Esto es un poco también para reivindicar a otros actores que, sin embargo, no voy a mencionar a lo largo de la presentación.

Voy a tomar como bisagra la interseccionalidad en la Corte Interamericana y desde ahí tratar de reconstruir una historia hacia atrás y hacia adelante, con relación a cuáles son las temáticas de género que ha tocado el tribunal interamericano. Porque lo cierto es que la interseccionalidad aparece como concepto, en el año 2015 en la jurisprudencia de la Corte, en un caso que se conoce como González Lluy contra Ecuador, que trataba fundamentalmente sobre la responsabilidad del Estado ecuatoriano en el contagio de VIH de una niña, producto de una transfusión sanguínea que no había sido debidamente controlada y fiscalizada. Era un banco de sangre privado que no había sido objeto de una fiscalización adecuada por parte del Estado.

De hecho, ese es un caso muy interesante también con relación a los deberes que los Estados tienen respecto de ciertos actores privados, en los que se terceriza la prestación de bienes públicos como la salud. Como consecuencia de este contagio de VIH, la niña sufrió distintas formas de discriminación, en distintas esferas de la vida social y de la vida educativa; esa discriminación también impactó en su familia y parte de esas violaciones de derechos son las que se discuten ante la Corte Interamericana.

166 ¿Cuál es la novedad con relación al caso y la interseccionalidad? Que en el párrafo 290 se utiliza por primera vez ese concepto, el que voy a usar como bisagra, para luego construir la historia hacia atrás y también hacia adelante.

Dice la Corte:

La Corte nota que, en el caso de Talía, confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación, asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía, no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores. Es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente.

Es la primera vez que la Corte utiliza el concepto “interseccionalidad” o habla de la intersección de múltiples factores de vulnerabilidad. Ahora bien, ¿es la primera vez que la Corte toma en cuenta esa confluencia de factores de vulnerabilidad? Mi respuesta es un categórico “no” y ahí me gustaría hacer la reconstrucción hacia atrás. Porque creo que la novedad en el caso aparece con ponerle ese nombre o ponerle esa etiqueta, “interseccionalidad”, al análisis de la discriminación que hace, pero no hace —creo yo— algo que se diferencie sustantivamente de cosas que ya había hecho con anterioridad.

Y vamos hacia atrás. Ayer el doctor García Sayán destacaba la personalidad de Cecilia Medina, en lo que fue el inicio de la jurisprudencia en cuestiones de género a nivel de Corte Interamericana. De hecho, la profesora Medina en el 2013, preguntaba en un artículo: “¿Dónde están las mujeres en las Américas?”, llamando la atención sobre la escasísima jurisprudencia que había producido la Corte Interamericana sobre la materia, aun cuando las mujeres son buena parte de la población mundial; bueno, ella misma en algún punto repara esa omisión, a raíz de su llegada a la Corte, donde da unos pasos iniciales en esta construcción.

Varias personas que fueron ponentes en el día de ayer, marcaron Campo Algodonero como un caso paradigmático, se habló de un caso parteaguas en la jurisprudencia de la Corte, ciertamente lo es, pero yo iría tres años más atrás, iría al caso del penal Castro Castro, que es un caso contra Perú, donde yo diría que ahí es el primero donde la Corte empieza a trabajar sobre la idea de un enfoque diferenciado para analizar, precisamente, qué impacto diferenciado tuvieron ciertas dinámicas de violaciones de derechos en varones y en mujeres.

En ese caso, se estudiaba la responsabilidad del Perú por distintas formas de violencia que habían cometido agentes de seguridad, respecto de población penitenciaria. Parte de esa población penitenciaria, mujeres; parte de esas mujeres, embarazadas. La Corte toma en consideración esa confluencia de factores de vulnerabilidad: el embarazo, la condición de género, la condición de encierro y, sobre esa base, hace una serie de análisis y, por ejemplo, es un caso muy importante con relación a la aplicación de la Convención de Belém do Pará o con relación a cómo conceptualizar la violencia sexual. En ese caso particular, la Corte considera que fue violencia sexual someter a desnudos forzados a algunas de esas internas detenidas en el establecimiento, también tiene una mirada amplia con relación a la violación sexual, de manera tal que la considera de una manera que involucra la penetración por cualquier tipo de medio, etcétera.

Es un caso, creo yo, muy importante, donde la Corte, de nuevo, no analiza la variable de género de manera aislada, sino que lo hace con relación a la maternidad, con relación al cuidado y con relación a la situación de encierro, en el 2006. Uno puede ir a Campo Algodonero —voy a omitir relatar los hechos del caso, porque eso se habló en ponencias anteriores—, pero ahí la Corte también tomó en cuenta que, a la condición del género de las mujeres desaparecidas y posteriormente halladas sin vida, se sumaba su pertenencia a sectores de escasos recursos y también, en el caso de una de esas jóvenes en particular, su condición de niña. De hecho, una de las personas era niña, en términos del Derecho Internacional de Derechos Humanos y eso habilitó a la Corte a aplicar también instrumentos específicos de protección de la niñez o el 19 de la convención, que establece medidas especiales en favor de la niñez.

De nuevo, no está el género de manera aislado con otras condiciones de vulnerabilidad, de hecho, en el mismo análisis de estereotipos que hace la Corte, en ese caso, que es la primera vez que introduce el concepto de “estereotipos” en la jurisprudencia interamericana, la juventud de las jóvenes creo que tiene un rol central en la medida en que el estereotipo que se jugaba en el caso, tenía que ver con que se habían ido con algún novio, con que tenían algún tipo de forma de vida particular y sobre esa base, quienes debían intervenir para proteger a esas mujeres, no intervinieron, bajo la asunción que no estaban en riesgo; asunción que basaron en una serie de estereotipos y prejuicios.

Uno se puede ir también a otros casos similares a Campo Algodonero, Veliz Franco, Velásquez Paiz, casos del 2015, muy similares en los hechos y en los análisis de la Corte IDH que toma de nuevo en cuenta la confluencia entre la pertenencia estatus socioeconómicos vulnerables, la condición de género, la condición de vulnerabilidad de las mujeres y, en particular, la condición de niñas de esas mujeres.

Vamos a otros casos. Fernández Ortega contra México, o Rosendo Cantú contra México, son casos del 2010, muy reconocidos en la jurisprudencia interamericana, porque son los casos donde la Corte empieza a formular los estándares vinculados al análisis de hechos y pruebas en casos de violencia sexual. Eran mujeres indígenas que habían sufrido violencia sexual por parte de agentes del Estado mexicano, en el marco de la ocupación del Estado de Guerrero.

Ahí nuevamente, la Corte toma en cuenta la condición de mujeres y las particularidades que implica para ellas la violencia sexual por parte de otros actores, no desconoce que el género actúa en confluencia con otros vectores de desigualdad, como la condición indígena de esas mujeres y, en el caso de Rosendo Cantú, su condición de niña, porque tenía 17 años, era niña en términos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Y toma eso especialmente en cuenta, para analizar, uno de los hitos centrales de ese caso, que es la falta de acceso a la justicia de esas mujeres, un factor que la Corte considera en su análisis es cómo la característica de pertenecer a comunidades indígenas incide en sus posibilidades de acceso a la justicia o en relación a poder relatar adecuadamente los hechos que esos hechos sean investigados con debida diligencia. En efecto, es uno de los primeros casos donde la Corte, dentro de las medidas de reparación establece que se debe capacitar con perspectiva de género y de etnicidad, no solo de género.

Puedo mencionar muchos otros casos, *J. contra Perú, Espinoza González contra Perú*, también abordan hechos de violencia sexual contra mujeres en el marco de detenciones, mujeres que estaban imputadas por presuntos delitos de terrorismo; ahí la Corte tomó en cuenta la vulnerabilidad de las mujeres en condiciones de encierro, frente a agentes penitenciarios varones que las controlan, en el marco también de sus imputaciones específicas. Y, de hecho, la Corte también construye una idea de estereotipo, según el cual a las mujeres imputadas en ciertos delitos no se les debe creer cuando denuncian formas de violencia sexual, porque parte de la alegación del Estado, era que se denunciaban esas formas de manera instrumental, a fines de mejorar su situación procesal, en el marco de los procesos que las involucraban.

Entonces, si uno sale también del campo de casos que incluyen a mujeres y se va al campo de las personas de la diversidad sexual o LGBTIQ+, que quisiera no invadirlo demasiado, porque Ximena Gauché se a referir específicamente sobre el tema, pero si uno toma por ejemplo el caso *Atala*, año 2012, también ahí la Corte tímidamente —creo yo— hace cierta intersección entre no solo la orientación sexual de la víctima, sino también su condición de mujer, sobre todo a los fines de refutar un argumento del Estado, que indicaba que ella no había protegido adecuadamente el interés superior de las niñas, porque antepuso su propio proyecto de vida y su propia convivencia con otra mujer. Estereotipo que cuesta bastante caro a las mujeres de la región, la idea de que tienen que relegar múltiples aspectos de su vida personal, para entregarse a algún otro tipo de bien superior, en este caso, el cuidado de sus hijos.

Entonces llegamos a *González Lluy*, donde aparece una novedad, pero que no implica desconocer que con anterioridad la Corte venía aplicando un enfoque interseccional. Ahora bien, en el 2015 emite este fallo y a partir del 2015 es raro ver una decisión de la Corte Interamericana donde aquello que se discuta e involucre a una víctima en la que confluyen distintos factores de desigualdad, sin que la Corte mencione la palabra “interseccional”; después puedo hacer alguna crítica o cuestionamiento a eso, pero es muy difícil encontrar casos de esa naturaleza en la actualidad. Analicemos algunos ejemplos.

Luego de decidir *González Lluy*, la Corte Interamericana decide el caso de *I.V. vs. Bolivia*, que también es un parteaguas, junto con *Artavia Murillo*, en materia de derechos sexuales y reproductivos. *I.V.* era una mujer que llega requiriendo un proceso de intervención urgente de cesárea y, en el marco de ese procedimiento que se realiza en un hospital público, se ligan sus trompas sin su consentimiento.

La Comisión Interamericana, cuando indicó que eso era una forma de discriminación y de violencia contra las mujeres, cosa que la Corte consideró de esa manera, dijo que aparte de una forma de violencia y era una discriminación interseccional, porque *I.V.* no solo era mujer, sino que también era migrante y estaba en situación de pobreza. La Corte considera que la Comisión no logró probar que esa dinámica particular se había dado por esa confluencia de factores; sin embargo, reforzó la idea de que, si se llegara a probar eso, el enfoque que corresponde aplicar es un enfoque de carácter interseccional. Entonces, aun cuando no lo tuvo por probado en el caso, con relación al hecho específico de la esterilización no consentida, reforzó el estándar general, con relación a que hay que aplicar la interseccionalidad.

Y luego ese enfoque aparece en múltiples casos, por ejemplo, *Ramírez Escobar contra Guatemala*, donde se discutía la responsabilidad del Estado por la adopción irregular de dos niños que habían sido sustraídos de su familia de origen, por distintas razones, una de ellas era que su madre estaba en situación de pobreza y

trabajaba y buena parte del día no podía ocuparse de ellos. Y la Corte consideró que el estatus socioeconómico y que el hecho de tener un empleo fuera del hogar, no eran situaciones que debían considerarse a los fines de resolver si un niño, en este caso dos niños, debían mantenerse en su familia de origen o no.

Con el agregado de que ustedes saben, un estándar típico en materia de niñez y adopciones, es que no se pueden realizar si hay posibilidades de mantener a ese niño o niña dentro de su familia de origen; esas posibilidades se exploraron, una de las candidatas a ejercer ese cuidado que, supuestamente no podía ejercer la madre, era la mamá de su mamá, pero era lesbiana. Y el Estado consideró que su orientación sexual no le permitía el ejercicio de la maternidad y la Corte Interamericana, por supuesto, censuró ese tipo de criterio, con cita al caso de Atala Riffo, que ya había resuelto bastante tiempo atrás.

Hay tres casos recientes y con los que me gustaría concluir. Uno, es el caso de Fábrica de Fuegos contra Brasil, que también es importante, porque lo que se discutía ahí era la responsabilidad del Estado brasileiro por la explosión de una fábrica de fuegos artificiales, que empleaba mayoritariamente a mujeres afrodescendientes, pobres, al cuidado de sus hijos. De hecho, en esa explosión murieron buena parte de los niños que estaban trabajando con sus madres en ámbitos absolutamente precarizados, insalubres, sin higiene y sin seguridad.

Y la Corte tomó en cuenta dentro de un análisis que por supuesto excede la cuestión de interseccionalidad, que esa situación se produjo sobre la base de la confluencia de vulnerabilidades, porque lo único que explicaba que esa cantidad de mujeres estuvieran en ese lugar bajo ese tipo de medidas y de falta de protección laboral; se correspondía con el hecho de que eran mujeres afrodescendientes con cuidado de sus hijos a cargo, que no tenían oportunidades de empleo formal y, sobre esa base, las fábricas y las empresas de la zona se servían de esa situación para contratarlas por magros salarios y en condiciones que no son las condiciones apropiadas ni dignas.

De hecho, ese es un caso muy, pero muy importante, porque abre también la puerta a un análisis posterior de la Corte Interamericana, con relación a la relación entre empresas y derechos humanos, que les diría hoy es uno de los grandes temas que la Corte Interamericana empieza a tratar y es también una posibilidad importante para que pensemos en la interseccionalidad, no solo con relación a las obligaciones de los Estados, sino también con relación a las obligaciones de otros actores privados; pese a lo que es mi campo, que es el derecho internacional, solo va a ver lo que es la responsabilidad del Estado, porque a los particulares no se los puede llevar como tales al ámbito de los estrados internacionales.

Dos casos más, Vicky Hernández contra Honduras, que es un caso donde también la Corte aplica el concepto de interseccionalidad, para otorgar un instrumento de protección a Vicky Hernández, que era una mujer trans que muere en condiciones que la Corte termina adjudicando responsabilidad al Estado. Ella era trabajadora sexual, portadora de VIH y activista de protección de derechos humanos.

Parte de los peticionarios y la propia comisión, reclamaron que fuera aplicada la Convención de Belém do Pará a esa mujer trans.

170

Y una de las cuestiones que se discutió en el caso, era si ese instrumento podría aplicárseles a las mujeres trans, la mayoría de la Corte —con dos disidencias que yo cuestioné en su momento— entendió que debía aplicarse la Convención de Belém do Pará, precisamente bajo la consideración de que la identidad de género era un factor interseccional que confluía con la condición de género y que, en todo caso, distinguía las afectaciones particulares de las mujeres trans, respecto de las afectaciones de otro tipo de mujeres.

Y cierro con el caso más reciente, que no es un caso sino una opinión consultiva de la Corte, donde trabaja la cuestión de interseccionalidad fuertemente (Opinión Consultiva 29 del 2022), la que trata sobre el enfoque diferenciado respecto de ciertos grupos privados de la libertad. La Comisión Interamericana solicitó a la Corte Interamericana una opinión con relación a qué tipo de obligaciones pesan sobre los Estados, respecto de población indígena en prisión, respecto de colectivos LGBTIQ+ en prisión, respecto de mujeres embarazadas en prisión, respecto de mujeres con hijos a cargo en prisión, respecto de adultos mayores.

La Comisión identifica distintos tipos de grupos y le pregunta la Corte si esos colectivos, dada su posición en la estructura social de los sectores de la región, requieren algún tipo de abordaje diferencial; y la Corte va a decir: “Sí”, lo cual no es extraño, porque es lo que viene sosteniendo frente a todo tipo de vulnerabilidad, pero no solo diferencial, sino que también interseccional, lo cual abre también la pregunta respecto de si esa interseccionalidad sólo se va a producir con relación al género y otras variables o por independencia del género; si hay interseccionalidad también cuando el género no está involucrado, sino otro tipo de variables o características como la condición étnica, la posición social, la edad, etcétera.

Para finalizar, voy a presentar tres desafíos en relación con este largo relato que hice de jurisprudencia, aunque son muchos casos más. Un primer desafío es un uso consistente de la categoría, y podría mencionar muchos otros casos, donde la Corte pudo haber dicho algo sobre interseccionalidad y, sin embargo, no lo hizo; por lo que el desafío es usar coherente y consistentemente la categoría en todos los casos, donde los hechos ameriten su uso.

El segundo desafío, es un uso responsable de la categoría, no hay que enamorarse de la etiqueta y ponerle “interseccionalidad” a cualquier cosa, de lo que se trata es de identificar si hay condiciones de vulnerabilidad que confluyen y que tienen relación con la violación de derechos o con el problema jurídico sobre el que estamos tratando. Vulnerabilidad hay muchísima y distintas personas pueden tener distintos factores de vulnerabilidad, pero puede no estar vinculado con aquello que se está discutiendo en el marco del caso concreto, entonces no enamorarse de la etiqueta, utilizarla cuando la etiqueta corresponda.

Y el tercer desafío es un uso de la categoría, que potencie la protección en lugar de debilitarla. Hay múltiples discusiones alrededor de la interseccionalidad y muchas veces el riesgo que se indica que esa categoría tiene, es el desagregar a los grupos, el de atomizar a los grupos. Todas las personas al final del día tenemos distintas categorías que nos cruzan; entonces, si somos únicos e irrepetibles, eso puede llegar a hacer perder la potencia de la categoría en la medida que, de alguna forma paradójica, volvernos al liberalismo clásico del que tanto nos costó salir a fines de promover una protección particular y reforzada de ciertos grupos.



La perspectiva de género como herramienta clave para el avance en el reconocimiento y protección de las personas LGBTQ+ en Latinoamérica

Escanea para descargar esta presentación en PDF

II. La perspectiva de género como herramienta clave para el avance en el reconocimiento y protección de las personas LGBTIQ+ en Latinoamérica

Ximena Gauché Marchetti
Universidad de Concepción

Muy buenos días. Antes que todo, me tomo la licencia de saludar, agradecer por supuesto a la ministra Muñoz, a todo su equipo, a Diana, a Soledad, por la extraordinaria organización; pero además ministra, quisiera felicitarla, porque en menos de 10 años usted ha liderado un proceso transformador de la justicia chilena y lo ha hecho a ratos en aguas turbulentas, y mi corazón de muchos colores espera que las aguas no se pongan más turbulentas prontamente. Así es que quiero felicitarla.

Y también en este momento inicial, justamente pensando en esas aguas posiblemente turbulentas, destacar el 5° inciso 2° y su maravillosa jurisprudencia que hoy día nos permite en Chile avanzar y discutir en tantos temas.

Por cierto, es un honor estar en este panel con la ministra del Tribunal Constitucional, con el profesor Fernández y con la magistrada que modera y es muy difícil hablar después de mi querido colega y amigo Mariano, que ha hecho un relato extraordinario.

Cuando recibí la invitación, pensé que era un tema amplísimo en un tiempo muy corto y, por lo tanto, me pareció que lo que tenía que hacer era una serie de preguntas como suelo hacer cada vez que algo me interesa y me interesa mucho. Y sobre todo pensando en que seguramente a esta altura, cuando ya han pasado dos días, varias cosas que uno podría compartir ya han sido explicada de manera magistral por las o los colegas que han precedido.

Entonces, me pareció que era importante preguntar qué entendemos por la sigla LGTBIQ+ y seguramente muchos dirán que todos, muchas personas dirán que sabemos qué es lesbiana, gays, bisexuales. Pero mi mirada es lo que está detrás de comprender esas siglas y quiénes se sienten identificados en ella.

Luego, me pregunté qué podíamos entender por perspectiva de género e interseccionalidad desde esas miradas, desde esas identidades LGTBIQ+ pensando desde dónde podría abordar esto, ya que la invitación a hablar desde Latinoamérica pudiera ser vista a una invitación a hacer un relato de los avances normativos y jurisprudenciales de los distintos países.

174

Pero como soy más amiga del derecho internacional de los derechos humanos que del derecho comparado, me quedo con la mirada del sistema interamericano, que es lo que quiero compartir en esa bajada a la segunda pregunta; para luego tratar de responder la tercera, sobre si realmente la perspectiva de género ha servido, y aporta como una herramienta para el avance de la protección y promoción de derechos de las personas LGTBIQ+.

Voy a referir en esta presentación a una mirada propia, por cierto, apelando a la libertad de cátedra, de lo que entiendo por esas identidades, tal vez problematizando y poniendo énfasis en ese primer momento en esta mirada, para luego ir a un segundo momento, que sería el encuentro entre las narrativas de género de derechos humanos y las de las diversidades y disidencias sexo genéricas, que nutre los relatos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que, por cierto, ya Mariano ha hecho algunas aproximaciones.

Teniendo presente la herramienta perspectiva de género, como una técnica que permite hacer frente a las desigualdades entre personas, al visibilizar y permitir un análisis profundo y transformador. Y este encuentro o esta narrativa me parece especialmente relevante, porque la Corte Interamericana ha hecho algo que le cuesta mucho al mundo jurídico en general, al menos creo en Chile y también estaré muy contenta de escuchar opiniones en contraria; que es dialogar con otras disciplinas para comprender los conceptos que permiten hacer un análisis de género y que por regla general han llegado al derecho desde disciplinas como la antropología, la sociología, la psicología, la historia, la filosofía, entre varias otras.

Los conceptos que nutren una perspectiva de género, sobre todo en esta mirada amplia, pensándola como método de análisis, no han sido aportados por la clásica dogmática jurídica, que se podría enriquecer mucho si incorporara plenamente este análisis; ni menos por la jurisprudencia o los órganos legislativos.

Me refiero a conceptos como la construcción del modelo binario sexo y género, del patriarcado, las formas ocultas del machismo-misoginia, la división sexual del trabajo, que tiene un impacto muy importante en las mujeres trans o mujeres travestis, que muchas veces deben dedicarse al comercio sexual; la feminización de la pobreza, el problema de los cuidados y cómo afectó esto, por ejemplo, en pandemia, a las mujeres trans que tuvieron que permanecer en sus hogares. El concepto de "identidad de género", que tenemos todas las personas, el de "femineidad" y "masculinidad", y de la otredad y cómo nos relacionamos con ello.

Y también otros conceptos, como los estereotipos de sexo-género descriptivos o normativos, las distintas formas de violencia, y el propio concepto de "interseccionalidad", que ya Mariano abordó.

Con todos esos conceptos y muchos más, el derecho no ha sido particularmente amigable y la Corte Interamericana, creo, ha hecho un notable trabajo por aportar a que se identifique y se entienda de qué formas están relacionados con el derecho y, en concreto, con administrar justicia, lo que me parece especialmente relevante para uno de los colectivos más invisibilizado todavía, y vulnerado en sus derechos, como es el colectivo LGTBIQ+.

Y sobre lo primero, la sigla LGTBIQ+ que sabemos agrupa a lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros, la “T” que representa a ese paraguas que agrupa diversas identidades transgénero; intersex y la “Q” y el “+”, que nos hablan desde miradas más disruptivas que incorporan el sexo y la corporalidad en la cual muchísimas autoras, como Judith Butler por supuesto, que sería a quien hay que nombrar inmediatamente, han problematizado este debate.

Sin embargo, de esa sigla yo quiero rescatar uno de los primeros aportes de la Corte Interamericana en esta materia y que me parece es importante para el abordaje interseccional en conformidad con la perspectiva de discriminación y de género que confluyen, a mi entender, desde el caso Atala en adelante.

Asumir definiciones es particularmente delicado, toda vez que fácilmente se puede incurrir en encasillamiento o clasificación de personas, lo que debe evitarse cuidadosamente. Y por eso me gusta el “+”, a pesar de que sé que tensiona: tensiona el derecho, tensiona el lenguaje, tensiona la discusión; porque efectivamente cuando nosotros miramos la realidad y no los libros, encontramos que hoy día las identidades —como lo mencionaba Mariano, pero yo quiero apuntar desde otra perspectiva— son únicas, indivisibles, particulares, pero se han construido a partir de procesos sociales que están binarizados; por eso hoy hemos logrado una mayor aceptación en hablar de mujeres trans o de mujeres lesbianas.

Pero no sé si tenemos la misma comprensión o disposición cuando se nos presenta una persona no binaria, que además nos pide y nos reta en términos de algunos desafíos jurídicos que tiene la justicia. Aunque aquí yo quisiera llamar o plantear, que efectivamente cuando hablamos de personas LGTBIQ+, creo que tenemos que hacer una mirada más ampliada, no solo desde la lógica identitaria más allá de lo binario, sino también en las lógicas de la situación de las personas más allá de la violencia o más allá de los problemas registrales.

Y esto porque usualmente nos cuesta pensar en una persona LGTBIQ+ o binaria, que recurra por un juicio de precario, por una demanda de alimentos o por un juicio laboral. Y creo que ahí también hay que tener una mirada desde esta perspectiva y, por eso, me parecía importante hacer estas brevísimas reflexiones en torno a la importancia que tiene el modelo binario que, por cierto, desde la construcción sexo-genérica tan biologizada que tenemos, porque si lo pensamos por lo menos en nuestro medio, la vida se desarrolla y se permea a partir de cómo nos identificamos como hombre masculino o mujer femenino, en los ámbitos más variados de la vida humana.

El ejemplo muy gráfico se da ante el embarazo, proceso central en la vida de tantas personas y la pregunta que seguramente muchas personas reciben particularmente las mujeres embarazadas, es si su bebé será niño o niña. Y obviamente eso conlleva a todo, que puede suponer sobre los colores y tantas otras representaciones de género, aspectos que, sin embargo, que están más o menos deconstruidos.

Y esto se da porque está instalada todavía la idea de la característica biológica de las criaturas en gestación, el embrión y luego el feto, que permiten determinar si una persona es hombre o mujer. Y eso evidentemente marcado por la genitalidad que exhiba al nacer, lo que permitirá ese sexo de asignación. Pero la verdad es que hay muchas variaciones biológicas.

Cuando hablo de “identidades no binarias”, no me refiero solamente a las personas que con una corporalidad de hombre o de mujer o de acuerdo con el estándar de hombre/mujer son asignadas con ese sexo y tratadas o conducidas a un modelo de género binario masculino o femenino, sino también a quienes tienen otras corporalidades. Y esto hoy lo quería destacar, porque me parece particularmente complejo en tiempos en que estamos empezando a ver discusiones que en algún minuto pueden tener un impacto en la justicia, en el deporte, en los modelos formativos o en los ánimos de formar o de educar en modelos no binarios, y la discusión que eso puede generar entre libertad de enseñanza y proyectos educativos.

Y quiero también poner el énfasis aquí, a propósito de la otredad, en que quisiera miráramos esto siempre como una realidad que no es de otras personas, porque usualmente en esto, y pueden ustedes también estar muy en desacuerdo, lo miramos como: “Ah, va a hablar de LGBTQ+, o sea, esas otras personas” y lo digo porque todas las personas tenemos identidad de género y todas en algún minuto la construimos a partir de procesos socializantes binarizados. Lo hago yo aquí hablando con el absoluto respeto, a quienes son parte o se sienten personas lesbianas, gays, transexuales, bisexuales, lo hago desde mi identidad que es absolutamente binarizada, que es cisgénero, que es heterosexual, con todo lo que ello supone.

Y aquí me quiero tomar solo una licencia en esto, para ir cerrando esta parte, de recordar la famosa conferencia de Paul Preciado, para apelar a la importancia de mirar y leer más allá de lo jurídico. En esta conferencia, hoy transformada en libro, Preciado (2020) dijo: “Yo soy el monstruo que os habla: Informe para una academia de psicoanalistas”, y luego se refiere a la academia de psicoanalistas, a propósito de las identidades:

¿Por qué están ustedes convencidos de que solo los subalternos tenemos identidad? ¿Por qué están ustedes convencidos de que sólo los musulmanes, sólo los migrantes, sólo los maricas amanerados, sólo los negros tienen identidad? Y ustedes, los normales, los hegemónicos, los psicoanalistas blanquitos de la burguesía, los binarios, los patriarco-coloniales, ¿no tienen ustedes identidad? No hay identidad más esclerotizada y rígida que su identidad invisible. Su identidad ligera y anónima es el privilegio de la norma de género sexual y racial. (p. 39)

Y este es un provocativo emplazamiento que me parece importante, para al menos lograr lo que pretendo en esta breve ponencia, que es poder al menos generar las mismas preguntas que suelo tener y de las que no tengo respuesta.

El modelo de socialización se ha visto permeado, por cierto, por la narrativa de derechos humanos tanto jurídica como del activismo, pero es interesante que genera crítica. Y yo ahí les invitaría a conocer, por ejemplo, los planteamientos que hacen Connell & Pearse (2018), que señalan todas las deficiencias que tiene el relato de socialización binario y las consecuencias que tiene. Entre sus varios problemas, está que es un relato monolítico, que habla de patrones diferentes de masculinidad y femineidad, pero que no complejiza los aprendizajes de género que se dan particularmente en la infancia. Y lo voy a dejar ahí, ellas hablan de la posibilidad de avanzar hacia un aprendizaje corporalizado, que describen como una buena explicación, cuando reconocen las contradicciones de los procesos, como la posición activa y pasiva que tienen las personas que desde la pequeña infancia estamos sometidas a una gran cantidad de agentes de socialización.

Creo que aquí se ha comentado bastante que hay un relato importante en torno a la jurisprudencia de género, yo quiero sumar a los casos que ya se han mencionado, como Castro Castro y el de Campo Algodonero, que es notable la comprensión, que en el caso Castro Castro, tuvo el voto razonado del juez Cançado Trindade sobre el tiempo y las mujeres, que me parece súper importante también en términos de una mirada interseccional.

Y entonces, sumo a esa trayectoria de casos, porque creo que con ello la Corte ha ido ampliando en lo que son los distintos estándares que ha construido o que se han derivado en esa jurisprudencia de género, me refiero, por ejemplo, a la importancia del contexto, al apreciar los hechos, en el caso Vicky Hernández con Honduras, y lo mismo podríamos decir con Azul Marín con Perú.

Azul Marín, que es un caso particularmente paradigmático, donde esta ausencia de comprensión de la identidad sexual de una persona, más allá de la identidad de género, esta ausencia de poder empatizar o entender, derivada de una falta de capacitación, genera ese trato abusivo, esa tortura a la que es sometida una persona por su identidad, en un control de identidad; control de identidad que, por cierto, es parte de las figuras que seguramente en nuestros países son frecuentes, y que están cargadas de estereotipos y de estigmas. Y me interesaría incluir esa consecuencia, a propósito del impacto que pueden tener los estereotipos.

Entonces, la valoración de la prueba, de lo que se ha hablado largamente, es la verificación de medidas mientras se investigan y de ahí la importancia de la perspectiva de género también a la investigación y sería fantástico entonces tener seminarios conjuntos de justicia entre el Ministerio Público y Defensoría; al reconocer o al valorar la autopercepción identitaria, al reconocer el género, la orientación sexual como categorías protegidas, la identificación del uso de estereotipos en temas que afectan a personas LGTBI y en otros tantos temas.

En particular, sobre la autopercepción, yo puse solo la Opinión Consultiva 24, Mariano mencionaba otra, sin duda el aporte, por impacto, está en la protección de vínculo o en los estándares sobre protección de vínculo entre personas del mismo sexo y en la diversidad de identidades de género.

Pero quisiera rescatar ahí dos cosas que son, por supuesto, la naturaleza de la autopercepción o cómo la Corte lo releva en términos de los requisitos que deberían cumplir los procesos administrativos o judiciales, para el reconocimiento de la identidad de género, cómo lo hace aplicable a la niñez, con una mirada basada en los principios de la niñez. Y me parece importante traerlo justamente a propósito de lo que planteaba Mariano, que es cómo hubo voces que no estaban de acuerdo en aplicar Belém do Pará a una identidad autopercebida de mujer en Vicky Hernández. Por eso me parece importante esta categorización.

Luego de Azul Marín, la comprensión de la discriminación por percepción y de la violencia por percepción, me parece son especialmente relevantes. Porque efectivamente en las personas LGTBIQ+ los estereotipos tienen un efecto particularmente grave, que dice relación con ese deseo de castigar, de marcar, de humillar porque eres diferente a mí. Y si usualmente nosotros pensamos, tendemos a hablar de las otras personas: "Ah, hay que avanzar en la igualdad para las otras personas" y nunca pensamos cómo las otras personas podrían tal vez mirar a quienes para ellos somos las otras personas.

Y en esto entonces, me parece que al relato de la comprensión de los estereotipos y los prejuicios que por cierto han sido muy tratados ya en este seminario y en la misma jurisprudencia, quisiera sumar el concepto de “sesgo”. Ese atajo que para construir una realidad, particularmente para las personas LGBTIQ+, tiene un efecto tan negativo que deriva en ese comportamiento, rasgo, condición de desacreditación social o cultural y, por lo tanto, los privilegios de no entrar en la sigla; y entonces, preferimos no estar en la sigla LGBTIQ+ para no sufrir el estigma, que deriva del atajo entre sesgos, estereotipos y prejuicios.

Dejé para el final, por razones obvias, Atala, yo creo que es un caso muy trabajado en Chile. Y de Atala, fíjense lo que quiero compartir, es lo mismo que quiero compartir del caso Pavez Pavez. Y es que Chile aún no ha cumplido, y lo digo en el caso de Pavez Pavez, que es muy reciente, porque la semana pasada la Corte Interamericana sacó la resolución de supervisión de cumplimiento y tenemos un tema en capacitación muy específica. Y porque en Atala Riffo, tenemos un tema de capacitación donde, de nuevo, los esfuerzos que se han hecho por la secretaría, por la academia judicial y academia universitaria, son insuficientes.

Así como partí con estas preguntas, me habría encantado, profundizar alguna de esas ideas, pero opté por compartir un poco más que centrarme en alguna en concreto, dado que es seminario sobre desafíos, y me parecía importante compartir tres.

Primero, la deconstrucción del modelo binario de sexo y género, y hablo de “deconstrucción”, porque no creo, no he visto o al menos no concibo que la deconstrucción del modelo signifique este antagonismo hacia las mujeres o permita justificar políticas hoy día bastante intensas, para decirlo así, sobre las mujeres trans o sobre las personas intersex. Y lo pienso en términos de deporte, como por ejemplo con Caster Semenya y tantas otras situaciones, o para llevarlo al mundo de la farándula, como hoy día vemos muchísimas personas que promueven en redes sociales las identidades no binarias de adolescentes.

Y hay una literatura importante, en España, algo he leído también en Argentina y México, defendiendo un modelo de construcción binaria, porque esta deconstrucción afectaría esos derechos. Yo entiendo que esta es una cuestión particularmente compleja y polémica, pero creo que de ella algo debemos hacernos cargo. Y, por lo tanto, eso supone deconstruir, pensando en la otredad, abriendo el diálogo a las otras disciplinas y cuestionando, como ya se ha dicho largamente, la neutralidad del derecho.

Segundo, pensando en ciertos presupuestos para abordar un asunto con perspectiva de género y ahí quiero brevemente cerrar con algunas recomendaciones, pero pensando —y ese es el tercer desafío— en el doble sentido que estas preocupaciones deberían tener: el sentido hacia las personas usuarias que es tal vez lo que ha generado todas las discusiones o las interesantísimas exposiciones de hoy, pero también creo que los poderes judiciales deben pensar esto hacia dentro. Y, en ese sentido, felicito la Política de igualdad de género y no discriminación de febrero de 2018 del Poder Judicial chileno, que tiene esa doble mirada hacia fuera, las personas usuarias y hacia dentro.

Y quería traerlo acá, porque me parece que todo lo que se ha hablado aquí también debería ser una discusión que los poderes judiciales tienen que dar, no solo los temas LGTBI, también en los temas de acoso sexual y otros, al interior de las instituciones, porque dudo que las instituciones, como los poderes judiciales, o las universidades, sean instituciones que están en el Olimpo y que están libres de todo aquello que ocurre en la calle o en la realidad.

Y entonces quiero cerrar con recomendaciones, desde la absoluta experiencia en el trabajo de investigación y sin ninguna otra pretensión que compartir para quien le pueda servir. Primero, me parece que hay que asumir una perspectiva de género amplia de diversidad sexo-genérica y como una competencia que debería desarrollar cada persona que debe impartir justicia y, ojalá, quien interviene en la investigación y en cualquier rol que tenga relación con la impartición de justicia, porque la cadena es grande y, por lo tanto, no basta tener un juez o jueza o quien juzga —para usar lenguaje neutro— que pudiera tener esta mirada, si tengo personas funcionarias que no la tienen y que, aunque saque una sentencia de reconocimiento, voy a tener un proceso castigador a una identidad o a una expresión de género, porque no está conforme con el estándar que yo debo creer o que espero.

Y ese enfoque por competencia supone saber hacer y ser, y esto implica conocimientos, habilidades y aptitudes. Y entonces paso al tema de los conocimientos. Creo que es importante dotarse de un marco teórico conceptual que debe tener un enfoque interdisciplinario, una mirada normativa internacional y nacional, de ahí mi férrea defensa hoy al 5° inciso 2° sobre igualdad, no discriminación, interseccionalidad, acceso a la justicia, imparcialidad; pero, sobre todo, se necesita comprensión de temas en los cuales el derecho no se ha hecho cargo en la dogmática o al menos no de la manera como lo han hecho otras disciplinas.

Comprender las distintas teorías y enfoques de género —en plural— y comprender las distintas formas de violencia. Y ahí creo que el derecho debe hacer o debe nutrirse de ello y hacer esa retroalimentación.

Y cuando hablo de “actitudes”, me refiero a la implementación de buenas prácticas, como procurar identificar y eliminar los estereotipos no solo en la sentencia, sino en el comportamiento y, además, usar lo que por ahora diré, es el lenguaje simple y sencillo, pero además inclusivo.

Inclusivo que puede ser desde muchas perspectivas, desde lo cultural o lo étnico, me interesa la perspectiva sexo-genérica y, por cierto, no me estoy refiriendo que haya que usar “todes”, “les chiques” y “les niñes” en una sentencia, simplemente avanzar un poco en mirar cómo otras disciplinas han problematizado el lenguaje, diría yo no martirizarnos por lo que dice la Real Academia de la Lengua, que es una asociación de especialistas y no la vida de las personas, y pensar en la construcción de un lenguaje en el ámbito escrito, oral o gestual, en la construcción de los discursos que surgen de esos tres niveles de lenguaje y cómo podemos usar los morfemas y decir “les chiques”, cuando tengo una adolescente que así se identifica en mi tribunal, pero tal vez usar un lenguaje binario o cuando necesito rescatar a las juezas y los jueces y no seguir diciendo: “Los jueces de este país”. O un lenguaje neutro, cuando quiero despedirme agradeciendo a cada una de las personas que hoy se encuentra aquí y a quienes han tenido la amabilidad de escucharme.

Referencias

Connell, R. & Pearse, R. (2018). Género desde una perspectiva global. Universitat de València.

Preciado, P. B. (2020). Yo soy el monstruo que os habla. Anagrama



III. La relevancia del enfoque interseccional para la efectiva protección de los derechos de las mujeres indígenas

Nancy Yañez Fuenzalida
Tribunal Constitucional de Chile

Es un gran desafío hablar después de estas fantásticas presentaciones anteriores. Quiero agradecer a la ministra Muñoz por esta presentación, agradecer a todas las magistradas y magistrados que hoy día nos acompañan tanto del país como del resto del continente, grandes amigas que puedo ver en esta sala y sin lugar a duda, es un honor estar con ustedes y poder compartir algunas reflexiones respecto del tema que nos convoca.

Voy a abordar el enfoque de género e interseccionalidad como una garantía de derechos fundamentales para mujeres indígenas. Y quiero reflexionar, a partir de la experiencia jurisprudencial de nuestro país, tanto por los tribunales ordinarios como por el Tribunal Constitucional que hoy día me toca presidir.

Un primer punto que me parece fundamental tener en consideración, es que el enfoque de género nos provee una mirada que es fundamental para la salvaguarda de derechos fundamentales en distintos aspectos: primero en el deber de reforzar la debida diligencia estatal respecto de las mujeres y, en particular, respecto de las mujeres indígenas; también en establecer estándares pertinentes para garantizar el derecho a acceso a la justicia y el debido proceso, y en el proceso de construcción de este enfoque de interseccionalidad, que alumbró sobre elementos invisibles de discriminación que, por cierto, orientan sobre una efectiva justicia que garantiza los derechos de las mujeres.

No puedo dejar de mencionar la necesidad de poder abordar desde el sistema de justicia, elementos como el ejercicio de la prisión preventiva, un sistema carcelario que recoja la particular situación de las mujeres indígenas, si es que administramos justicia con el enfoque que aquí se propone, de género y de interseccionalidad.

Parece haber consenso en esta sala en que el sistema judicial debe incorporar en la administración de justicia un enfoque diferenciado con perspectiva de género, interseccional, intercultural, antirracista, como componentes esenciales para una garantía eficaz de los derechos fundamentales.

184 Las obligaciones generales de respeto y garantía que están establecidas en el Artículo 1°, punto 1 y punto 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, quedan recogidos en la opinión consultiva 24 del 2017, de la Corte Interamericana, que ya han sido citada y que proscribe cualquier trato discriminatorio en materia de en razón del género.

El deber de debida diligencia adquiere una obligación particular en materia de defensa penal efectiva y hago este énfasis, porque quiero compartir con ustedes tal vez uno de los casos más paradigmáticos en el cual tuve ocasión de participar como defensora de derechos humanos y que nos permite mirar, en la práctica, cómo se han ido aplicando o cuáles son las consecuencias de la ausencia total de estos enfoques; el caso de la señora Gabriela Blas, que examinaremos en esta presentación.

Pero mirando el deber de debida diligencia reforzada y defensa penal efectiva, por cierto que tenemos que tener en consideración la recomendación general N° 33 del Comité para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, que reconoce que es fundamental considerar, en el marco del contexto, tal y como lo señalaba Mariano Fernández en su presentación, de qué estamos hablando cuando nos referimos al contexto, es decir, de considerar el contexto generalizado de violencia contra las mujeres, que está en la base de un buen sistema de administración de justicia.

En virtud de los Artículos 2 y 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, debemos asegurar que las mujeres cuenten con protección y los recursos necesarios, a efectos de poder acceder a los mecanismos que garanticen sus derechos, tanto cuando son víctimas, como también cuando el sistema penal persigue su responsabilidad como perpetradoras de actos delictivos. Estas circunstancias deben ser valoradas en el juicio sobre la tipicidad, sobre la antijuridicidad, sobre la graduación de la culpabilidad y también predeterminar las medidas cautelares respecto a las mujeres. Si hay un espacio donde abundan los estereotipos, precisamente es aquel en el que las mujeres son objeto de persecución penal.

Y lo que estructura el debate de los derechos de las mujeres con enfoque de género, es precisamente el derecho que tenemos todas a una vida libre de violencia, tal y como ha sido consagrado en el Artículo 7, literal B de la Convención Belém do Pará, que consagra expresamente la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia, lo que incluye al menos las siguientes obligaciones: prevenir, sancionar, reparar, todas las formas de violencia basada en género contra mujeres, niñas, adolescentes, por todos los medios apropiados y sin dilaciones.

El enfoque interseccional entonces, queda recogido de igual modo en la Convención Belém do Pará y se consagra este enfoque como un marco protector respecto a la especial situación de vulnerabilidad que viven las mujeres en razón de los diversos factores de discriminación que convergen y que se suman a este contexto de violencia del que hemos dado cuenta y que busca precisamente superar la violencia estructural, pero prevenir el racismo y la xenofobia.

La interseccionalidad entonces, ¿qué es lo que está subrayando? Subraya que el género, la etnia, la clase, la orientación sexual, son categorías sociales construidas no naturales, que el derecho debe prevenir y sancionar.

Voy a hacer un recorrido bastante rápido de lo que antecede este debate sobre el enfoque de la interseccionalidad. La verdad es que antes de llegar al 2015, hay un amplio debate en la teoría crítica, precisamente del derecho, que nos lleva a incorporar esta noción de interseccionalidad.

Ya en el año 1989 Kimberlé Crenshaw acuñó este concepto, ofreciéndonos esta metáfora de la interseccionalidad, precisamente para deconstruir un feminismo hegemónico que está marcado por una dimensión del género construida desde mujeres blancas burguesas en general, con acceso a la educación y a recursos, que permitía finalmente distinguir las particularidades de la discriminación de estas mujeres respecto de hombres heterosexuales blancos, pero que finalmente eliminaba todo ese universo de mujeres que provenían del mundo afrodescendiente y que invisibilizaba concepciones racistas del género.

El cambio de paradigma entonces, no solamente va a nutrir el debate sobre el derecho y la forma a través de la cual se construyen las categorías de género desde una perspectiva feminista, sino que también va a permear el derecho internacional y así observamos cómo aparece la noción de interseccionalidad en el seno del Comité para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, ya en el 2010¹ y luego, por cierto que lo recoge el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el año 2015. Y ahí tenemos una mirada más bien gráfica de cómo funciona la interseccionalidad y que nos permite un abanico de circunstancias que podrían eventualmente converger para visibilizar factores agravados de discriminaciones y, por lo tanto, orientar sobre soluciones eficaces al respecto.

No me voy a referir al caso González Lluy y otros con Ecuador, porque ya se refirieron quienes me precedieron, pero quiero mirar a partir de este análisis cómo en nuestro sistema judicial pueden los estereotipos finalmente socavar el fin último de la justicia a la hora de resolver sobre los conflictos legales y específicamente la responsabilidad penal de una mujer. Estamos hablando del caso de la señora Gabriela Blas, mujer aymara, quien realizando labores tradicionales de pastoreo, perdió a su hijo menor de edad en el altiplano chileno, a quien dejó para ir a buscar dos llamas que se le alejaron del piño y que tenía que recuperar porque estaba cumpliendo labores de pastoreo para terceras personas y, por lo tanto, no se trataba de ganado propio, sino que de ganado ajeno; habiendo dejado al niño al lado del corral, quien finalmente se movió y desapareció sin que la madre pueda volver a encontrarlo, sino un año después.

En este contexto, la madre es finalmente procesada por abandono de menor con resultado de muerte y aquí el primer elemento de contexto, se da cuenta que hay, la responsabilidad de la mujer que sabía que el niño se encontraba en una zona peligrosa, lo que estaba determinado por la presencia de aves de rapiña, zorros, pumas, cuestiones que ella debió haber ponderado para salvaguardar el cuidado de su hijo. El juzgador acá no se pone en la situación de la mujer y del territorio, en el cual cumple sus labores habituales, sino que el test de cuidado se hace a partir de los paradigmas que son propios de un medio urbano, en donde evidentemente no existe este hábitat que es identificado como peligroso.

1 Recomendación N.º 28, sobre las obligaciones fundamentales de los Estados partes derivado del artículo 2 de la CEDAW (educación), 2010.

Finalmente, cuando se hace referencia a la costumbre y, por lo tanto, al contexto sociocultural donde se desarrollan estas actividades, se deshecha la aplicación del Convenio 169, puesto que se estima que dejar a un niño solo en un lugar solitario, no dice relación con la costumbre aymara y constituye una conducta anómala para una madre, cualquiera sea el origen étnico de la misma.

Entonces, lo que observamos finalmente en este análisis, es la manera en que se construyen los paradigmas en torno al cual el razonamiento judicial determina la responsabilidad en este caso, de una mujer indígena, en las circunstancias en las cuales pierde a su hijo menor de edad. Se establecen estereotipos como “mujer occidental versus mujer indígena” y se desarrolla un análisis a partir del paradigma civilización o barbarie; la conducta esperada para una madre, independiente de la cultura de donde provenga, supone que la única manera de omitir esa exigencia, sería dar cuenta que padece de cierta deprivación cultural que le imposibilita representarse la antijuridicidad de su conducta.

Finalmente, se establece que no puede argumentar, que padece de deprivación cultural, toda vez que le son encontradas ciertas prendas femeninas, ciertos documentos que muestran que es una persona que al menos tiene conocimiento o acercamiento a una cultura civilizada.

Esta sentencia o este razonamiento, por cierto, que no considera ni el enfoque de género ni el enfoque intercultural, ni mucho menos la interseccionalidad, para representarse las particularidades de las circunstancias bajo las cuales se comenten los hechos, deviniendo finalmente en una sentencia injusta, contrasta con lo resuelto por la Corte Suprema en otra causa paradigmática de quien fuera ministra redactora, la ministra Muñoz —que hoy día nos acompaña—, el caso de Lorenza Cayuhan, en donde efectivamente se considera el enfoque de interseccionalidad. Este es el caso de una mujer parturienta que estando en condiciones de parto, es llevada a un centro asistencial engrillada con gendarmes que se mantuvieron presentes durante todo el parto, previniendo las condiciones de peligrosidad de la mujer.

La Corte determina que es un caso paradigmático de interseccionalidad, en el que concluyen factores entrecruzados de discriminación, que se potencian e impactan negativamente en la amparada y se expresan en un trato injusto, degradante, denigrante, vejatorio, dado su condición de mujer, de gestante, parturienta privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche. De lo cual deriva una condición de riesgo innecesario para la salud de la mujer y del menor.

La jurisprudencia de los tribunales y la invitación, es por cierto, a recorrer el camino que nos provee este enfoque garantista de derechos. Voy a revisar tres jurisprudencias del Tribunal Constitucional, que me parece van también en la línea correcta. Uno de ellos es la inconstitucional de la Ley Pascua, la Ley Pascua ha establecido la disminución de la responsabilidad penal en el caso de delitos contra la indemnidad sexual en Rapanui, una isla a 3.800 kilómetros de las costas chilenas; conforme esta rebaja de pena, los autores de este tipo de crímenes pueden cumplir hasta 2/3 de la pena en libertad. Es una legislación de 1966 y fue impugnada de inconstitucionalidad precisamente por un grupo de mujeres rapanui, quienes finalmente lo que argumentan es que esto vulnera los derechos de las mujeres rapanui y el principio de igualdad ante la ley, colocándolas en condiciones de discriminación respecto de las demás mujeres que habitan en otros territorios del país.

Y ahí el Tribunal Constitucional debió zanjar si esto respondía o no a una costumbre, concluyéndose que el pueblo rapanui, a través de sus instancias representativas, incluidas las organizaciones de mujeres rapanui, han evidenciado que la cultura rapanui no justifica los delitos contra la indemnidad sexual, que estos son del todo inaceptables en la tradición cultural y que, finalmente, la norma estableció la exención de pena fundada en un estereotipo: que la liberalidad sexual del pueblo rapanui es mayor producto de su tradición polinésica. Lo interesante en este caso, es que el Tribunal Constitucional determinó que esta normativa había sido adoptada sin la participación de las mujeres rapanui y, por lo tanto, respondía a una imposición desde el Estado de Chile.

Y aquí un elemento que entonces es importante de considerar cuándo estamos construyendo el enfoque del género, el enfoque de la interseccionalidad. La construcción la hacemos desde la otredad, desde considerar a un otro legítimo. Porque si consideramos a un otro legítimo, entonces la administración de justicia debe considerar mecanismos para el diálogo intercultural y debe considerar mecanismos dialógicos, a través de los cuales las mujeres, en particular, y la población LGTBQ+, puedan aportar, su propia perspectiva cosmovisional en torno al género y en torno a la interseccionalidad, a efectos de identificar los distintos factores de discriminación que puedan ir convergiendo.

Recientemente el Tribunal Constitucional ha incorporado y adoptado el enfoque de interseccionalidad, aunque no lo ha hecho en un caso que involucra a pueblos indígenas, pero sin lugar a duda constituye una muestra de que este es el enfoque que empieza a instalarse en la forma de resolución de nuestros tribunales superiores de justicia. Esto constituye una antesala propicia para resolver también las problemáticas de las mujeres indígenas cuando se han planteado en nuestros tribunales.

Este es el caso de un adulto mayor en el que el tribunal establece que el uso de categorías sospechosas para determinar si hay o no vulneración de derechos, a no ser discriminado por el sistema jurídico chileno, con el cual partimos la presentación, y la obligación que el sistema judicial tiene de aplicar, de proteger y prevenir la discriminación en Chile, tiene fundamento en al menos en el Caso Atala Riffo y niñas versus Chile, y el Caso Norín Catrimán y otros versus Chile.

La Corte Interamericana en el caso Poblete Vilches, además estableció que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar de acuerdo con el artículo 1.1, no son taxativos, son amplios y, por lo tanto, la invitación es ir, es a develar las categorías de discriminación, para efectos de erradicarlas dado que el objetivo último de la justicia.

En el caso concreto, se trata de una persona mayor que requirió la intervención de un defensor público en el marco de un proceso de partición de bienes, que involucraba la casa en que habitaba esta adulta mayor, quien además padecía de una situación de discapacidad; se denegó la intervención del defensor público, argumentando que no había sido declarada interdicta y que el mecanismo propicio para garantizar la representación de sus intereses, era la interdicción.

Y aquí el Tribunal Constitucional estima que ello es constitutivo de una situación de discriminación interseccional, porque no provee a esa mujer mayor con discapacidad, en condiciones de vulnerabilidad producto del impacto que tenía sobre el derecho a la vivienda, obligándola a tener que acceder a un mecanismo

188 que finalmente conspira contra la maximización de la autonomía que es lo que promueve la Convención Americana de Derechos a las personas mayores, cuando insta al Estado para que adopte mecanismos que prevengan situaciones de discriminación, que proteja los derechos de las personas, pero maximizando la autonomía de las mismas.

Y creo que este es un caso bien paradigmático porque en una interpretación armónica de la normativa de derechos humanos con enfoque de género e interseccionalidad, que demuestra que este enfoque coadyuva a la buena administración de justicia y a la democratización como objetivo último de nuestro quehacer.







SECRETARÍA TÉCNICA
IGUALDAD DE GÉNERO
NO DISCRIMINACIÓN



secretariadegenero.pjud.cl