

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

GÊNERO E TEORIA DO DIREITO

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de
Janeiro, RJ).

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

GÊNERO E TEORIA DO DIREITO

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado “mundo latino”, com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate de Gênero e Teoria do Direito, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Gênero e Teoria do Direito ficou sob a responsabilidade de Cecília Caballero Lois, professora titular de Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). A professora parte de uma epistemologia feminista para um Direito mais inclusivo, lembrando a atuação da líder indígena Berta Cáceres, que fora assassinada após muita luta e enfrentamento, para quem “el reconocimiento de los derechos de las mujeres no es un favor, es una obligación del Estado.”

“O desenrolar do caso de Berta, similar a tantos outros, aponta para o lugar de não sujeito que mulheres, indígenas, LGBTIs, pessoas negras e outras ‘minorias sociais’ ainda ocupam dentro do sistema normativo. Como esperar que as leis e teorias sejam operadas a favor de grupos que, historicamente, são desautorizados a legislar, interpretar, operar esse sistema?”, indaga Cecília.

Os nove textos trazidos à discussão, provenientes do Brasil, Peru, México e República Dominicana, oferecem as seguintes abordagens:

María del Rocío Villanueva Flores (Peru) analisa a violência de gênero a partir de dados estatísticos. Saada Zouhair Daou (Brasil) destaca a omissão da história das mulheres na História do Direito. Camila Saran Vezzani (Brasil) explora a identidade trans no cinema. Natasha Pereira Silva (Brasil) faz um resgate e crítica a partir do discurso histórico sobre prostituição. Helen Rose Carlos Rodrigues Guimarães (Brasil) e Cecilia del Refugio Palomo Caudillo (México) se concentram nas relações entre Legislativo e Judiciário, sobre temas como o casamento civil homoafetivo e a união estável. José Alberto Cruceta Almánzar (República Dominicana) se concentra na figura do juiz. María del Rocío Villanueva Flores e Cecilia del Refugio Palomo Caudillo apontam para insuficiências na prática e nas teorias argumentativas. Ricardo Urzúa Traslaviña (México) apresenta o Direito como instrumento de dominação e emancipação no que diz respeito às teorias de gênero. Alegnayra Campos (Brasil) explora a “Filosofia do Limite” de Drucilla Cornell.

A relatoria do grupo Gênero e Teoria do Direito, ao final, nos propõe as seguintes reflexões: i) no que diz respeito à violência de gênero, em que medida mudanças na formação jurídica podem contribuir para um melhor acolhimento das mulheres que chegam ao Judiciário, considerando que nossos alunos serão os futuros operadores do Direito?; ii) qual o papel que os homens, seja enquanto operadores do Direito, seja enquanto acadêmicos, podem assumir em um contexto de grave opressão das colegas mulheres?; iii) que ações efetivas podem realizar enquanto aliados na luta pela alteração desse quadro?; iv) qual a importância de que as feministas brancas cis heterossexuais, especialmente as que vivem em países ditos “centrais”, reconheçam seus privilégios e proponham também ações efetivas no sentido de incluir mulheres negras e LGBTIs?; v) há lugar na academia para que vozes que têm sido historicamente subalternizadas contenham suas próprias histórias e proponham soluções para questões que consideram relevantes?

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

**VIOLÊNCIA DE GÊNERO: UM PROBLEMA QUE TAMBÉM DEVE SE
PREOCUPAR COM A FILOSOFIA DO DIREITO DO MUNDO LATINO**

**LA VIOLENCIA DE GÉNERO: UN PROBLEMA QUE TAMBIÉN DEBE
PREOCUPAR A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL MUNDO LATINO**

María del Rocío Villanueva Flores

Resumo

O artigo analisa alguns problemas de raciocínio jurídico em casos de violência sexual e define qual é a perspectiva de gênero. Ele também argumenta que, embora seja muito importante aplicar essa perspectiva para alcançar a justiça, também é necessário ter mais conhecimento sobre a concepção póspositivista do Direito.

Palavras-chave: Violência contra as mulheres, Perspectiva de gênero, Raciocínio judicial, Justiça, Objetividade ética

Abstract/Resumen/Résumé

El artículo analiza algunos problemas del razonamiento jurídico en los casos de violencia sexual y define qué es la perspectiva de género. Además defiende que si bien es muy importante aplicar esa perspectiva para alcanzar justicia, también es necesario tener más conocimientos sobre la concepción postpositivista del Derecho

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Violencia contra las mujeres, Perspectiva de género, Razonamiento judicial, Justicia, Objetivismo ético

La violencia de género: un problema que también debe preocupar a la filosofía del Derecho del mundo latino

Rocío Villanueva Flores¹

SUMARIO: Introducción. 1. La violencia basada en el género. 2. Algunas cifras sobre la violencia de género en el Perú. 2.1. Las medidas de protección en favor de las mujeres. 3. Perspectiva de género y combate contra la violencia hacia las mujeres. 3.1. Perspectiva de género, violencia contra las mujeres y Derecho. 4. Algunos problemas en el razonamiento judicial en los casos de violencia de género. 4.1. Sobre la declaración de la víctima y los peritajes (la justificación en relación a la prueba). 4.2. Falta de conocimiento del Derecho, formalismo jurídico y corrupción. A modo de conclusión: el Derecho al servicio de la justicia.

RESUMEN. El artículo analiza algunos problemas del razonamiento jurídico en los casos de violencia sexual y define qué es la perspectiva de género. Además defiende que si bien es muy importante aplicar esa perspectiva para alcanzar justicia, también es necesario tener más conocimientos sobre la concepción postpositivista del Derecho.

RESUMO. O artigo analisa alguns problemas de raciocínio jurídico em casos de violência sexual e define qual é a perspectiva de gênero. Ele também argumenta que, embora seja muito importante aplicar essa perspectiva para alcançar a justiça, também é necessário ter mais conhecimento sobre a concepção póspositivista do Direito.

Introducción

En 1851, Harriet Taylor Mill escribía que la sujeción de las mujeres era una costumbre que sólo se explicaba por la fuerza física². Las cifras sobre la violencia contra las mujeres indican que ésa sigue siendo la realidad de un porcentaje significativo de mujeres. De acuerdo con la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2016 (ENDES), en el Perú, el

¹ Doctora en Derecho. Profesora Principal de Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

² Taylor Mill, Harriot, "La emancipación de las mujeres", en Mill, John Stuart y Taylor Mill, Harriet, *Ensayos sobre la igualdad de los sexos*, A. Machado Libros, Madrid, 2000, p. 122.

68.2% de las mujeres alguna vez unidas sufrió algún tipo de violencia por parte del esposo o compañero (INEI 2017, pp. 401 y 410).

A estas alturas es evidente que la violencia de género es un problema endémico y complejo, al que ni la sociedad ni el Estado le han prestado la atención que exige. Si como afirma Atienza una teoría del Derecho sólo vale la pena si se ocupa de problemas relevantes determinados por la comunidad jurídica³, la del mundo latino debería hacer mucho más por contribuir a combatir esa forma de violencia. La teoría, como afirmaba hace varios años Nussbaum, tiene que estar conectada al propósito de lograr cambios sociales⁴ y a contribuir a la transformación social⁵. Las cifras que consigno en esta ponencia dan cuenta de la envergadura del problema y de la necesidad de hacer mucho al respecto.

Probablemente, no haya país del mundo latino en el que la injusticia que suponen los casos de violencia de género, no sea materia de los titulares de los medios de comunicación. Esta injusticia cobra especial interés para la filosofía del Derecho cuando está vinculada a actuaciones judiciales, al razonamiento jurídico al que tantas páginas dedica la teoría del Derecho del ámbito regional. En el caso peruano, por ejemplo, en un reciente fallo, la Corte Superior de Ayacucho absolvió a un hombre acusado por su ex pareja (A.C.), de tentativa de feminicidio y de tentativa de violación sexual, a pesar de las afirmaciones de la víctima recogidas en su declaración, de las evidencias de la agresión en su cuerpo y de un video en el que se aprecia al individuo desnudo, empujando a su ex pareja, arrastrándola por los pelos y a quien dos personas tuvieron que reducir porque una sola no pudo hacerlo. En los países del mundo latino ocurren casos similares, como éste o el de La Manada en España.

1. La violencia basada en el género

Hace algunos años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), señaló que no toda violencia contra las mujeres supone una violación de la Convención de Belém do Pará. Según la Corte IDH, para violar este tratado internacional y, por lo tanto, para que

³ Atienza, Manuel, "Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca", en *Doxa* 37, 2014, p. 302.

⁴ Nussbaum, Martha, "The Professor of Parody", en <http://faculty.georgetown.edu/irvinem/theory/Nussbaum-Butler-Critique-NR-2-99.pdf>, p. 1.

⁵ Atienza, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017.

se configure un supuesto de violencia basada en el género (violencia de género), es preciso que se trate de actos dirigidos hacia las mujeres, que resultan agravados por su condición de mujeres o que las afectan de manera diferente o en mayor proporción⁶.

Esta definición de la Corte IDH incluye la violencia sexual, la trata de personas con fines de explotación sexual, la violencia familiar, el acoso callejero o el hostigamiento sexual en el ámbito educativo y laboral. Todos ellos son manifestaciones de violencia de género pues se dirigen en mayor proporción a las mujeres. Es también lo que ocurre con los homicidios en el ámbito de la pareja o ex pareja. La proporción de hombres que matan a sus parejas o ex parejas es muchísimo mayor que al revés: se calcula que sólo el 1% de hombres muere a manos de su pareja o ex pareja mientras que el porcentaje de mujeres que lo hace en las mismas circunstancias es de 36%⁷. La Corte IDH ha señalado que el feminicidio es el “homicidio de una mujer por razones de género”⁸.

2. Algunas cifras sobre la violencia de género en el Perú

Si bien uno de los principales obstáculos para abordar el problema de la violencia de género es la ausencia de información oficial, en el caso peruano sí existen estadísticas oficiales sobre el feminicidio. De acuerdo a dicha información, entre 2008 y 2017, 1,051 mujeres murieron víctimas de un feminicidio. El 80% lo hizo a manos de sus parejas o ex parejas.

**Feminicidios según tipo de relación entre la víctima y el presunto homicida
2009-2017**

Presunto homicida (pareja o ex pareja)	Número de mujeres muertas
Esposo o conviviente	442
Enamorado o novio	131
Ex esposo o ex conviviente	149

⁶ Corte IDH, casos Ríos y otros vs. Venezuela, 2009, párrafos 279-280; y Perozo y otros vs. Venezuela, 2009, párrafos 295-296.

⁷ Villanueva, Rocío, *Homicidio y feminicidio en el Perú. Setiembre 2008-junio 2009*, Ministerio Público, Lima, 2009, p. 27.

⁸ Corte IDH, caso Campo Algodonero vs. México, 2009, párrafo 143.

Pareja sentimental	71
Ex enamorado	42
Ex conviviente y pareja sentimental al momento de los hechos	2
Total	837

Fecha de corte: 28 de febrero de 2018

Fuente: Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público

La información estadística del Ministerio Público evidencia que las víctimas de feminicidio son mujeres relativamente jóvenes pues el 65% de ellas tenía entre 18 y 35 años. Un 6% de las víctimas eran menores de edad, incluso hay una niña de 12 años y una adolescente de 13 años asesinadas por sus enamorados. Por otro lado, entre las principales causas del feminicidio se encuentran los celos o la decisión de las mujeres de separarse⁹. Tenía razón John Stuart Mill cuando en 1869, de manera crítica, afirmó que el hombre no sólo quería la obediencia de la mujer sino también sus sentimientos¹⁰.

Como tantas veces se ha sostenido, el feminicidio es el último eslabón en la cadena de violencia. Por eso, el Estado debería poner mucho más atención en las medidas de protección que se expiden cuando las mujeres denuncian ser víctimas de violencia en el ámbito doméstico. En el caso peruano, la información sobre las denuncias de violencia familiar y sobre las medidas de protección ordenadas en favor de las mujeres es aún escasa, dispersa y no siempre rigurosa. Probablemente porque se cree que la violencia psicológica es menos grave que la física, sólo se indaga por el lugar al que acuden a pedir ayuda las víctimas de violencia física (INEI 2017: 427). Sólo el 27.2% de estas víctimas buscó ayuda en alguna institución, siendo la comisaría el lugar al que acudieron las víctimas en el 75.9% de los casos (INEI 2017: 427 y 430)¹¹. Sin embargo, no hay estadísticas oficiales sobre cuántas mujeres, al año, presentan denuncias de violencia familiar en las comisarías de todo el país.

⁹ Villanueva, Rocío, *Feminicidio y homicidio en el Perú*, cit., p. 55.

¹⁰ Mill, John Stuart, *The Subjection of Women*, Dover Publications, Inc, Mineola, New York, 1997, p. 14.

¹¹ Esta información está consignada en Villanueva, Rocío, "La muerte de mujeres a manos de las parejas o ex parejas: ¿hasta cuándo reformas legales cuya aplicación no se evalúa seriamente?", Universidad del Pacífico, 2018 (en prensa).

Lo que sí se sabe es que las fiscalías provinciales de familia y mixtas, a nivel nacional, recibieron de enero a diciembre de 2017 un total de 23,571 denuncias vinculadas a la violencia familiar¹². Es probable que haya denuncias policiales que nunca llegan al Ministerio Público o al Poder Judicial. En todo caso, si de manera absolutamente conservadora tomamos en cuenta que esas 23,571 casos representan ese 27.2% de víctimas de violencia familiar que denuncia los hechos, en realidad, estamos hablando de cerca de 87,000 casos en un año.

A estos hechos de violencia se les deben añadir los 13,941 casos de violación sexual y actos contra el pudor contra niños, niñas y adolescentes¹³, registrados, entre el 2016 y el 2017, por las fiscalías provinciales penales y mixtas del país. Además, entre el 2016 y el 2017, hubo 2,577 casos denunciados de trata de personas¹⁴. Aunque la información no está desagregada por sexo, se sabe que la mayor parte de estas víctimas son mujeres.

2.1. Las medidas de protección en favor de las mujeres

El artículo 7 b) de la Convención de Belém do Pará establece que los Estados deben actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer¹⁵.

La Corte IDH se ha ocupado de las medidas que evitan la vulneración de los derechos humanos, al señalar que no basta que los Estados se abstengan de violarlos sino que “es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”¹⁶. También ha señalado que el “deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos”¹⁷.

¹² Ministerio Público, Boletín Estadístico, diciembre 2017, p. 53.

¹³ Ministerio Público, Sistema de Apoyo al Trabajo Fiscal –SIATF-/Sistema de Gestión Fiscal –SGF-.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ La Corte IDH ha sostenido que “en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará”, caso Campo Algodonero vs. México, 2009, párrafo 258. Véase también el caso Fernández Ortega y otros vs. México, 2011, párrafo 193.

¹⁶ Ibid, párrafo 243. Véanse también los casos Fernández Ortega y otros vs. México, 2010, párrafo 191; y Rosendo Cantú vs. México, 2010, párrafo 175.

¹⁷ Corte IDH, caso Campo Algodonero vs. México, 2009, párrafo 252. Véanse también los casos Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988, párrafo 175; o Anzualdo Castro vs. Perú, 2009, párrafo 63.

Una de las medidas clave para prevenir la violencia son las medidas de protección que regulan las leyes para combatir la violencia hacia las mujeres. Esas medidas deberían contribuir a evitar que una mujer víctima de violencia en el ámbito de la pareja o ex pareja lo sea también de un feminicidio. Por eso, debería existir información sobre las medidas de protección que se dictaron respecto a ese 27.2% de mujeres que se atrevieron a denunciar. Sin embargo, la información oficial sobre tales medidas es prácticamente inexistente. Y la que existe indica que no hay ningún seguimiento a las medidas de protección y que son ineficaces para prevenir la muerte de las mujeres a manos de sus parejas o ex parejas¹⁸.

3. Perspectiva de género y combate contra la violencia hacia las mujeres

Como se sabe, el término género empezó a utilizarse en la década de los setentas, en el ámbito de las ciencias sociales. En 1972, Ann Oackley escribió “el sexo es una palabra que se refiere a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres: la visible diferencia en los genitales, la diferencia vinculada a la función reproductora. Sin embargo, género es una cuestión de la cultura: se refiere a la clasificación social dentro de lo masculino y lo femenino”¹⁹.

La distinción entre sexo y género sigue siendo fundamental para explicar la realidad de la desigualdad entre hombres y mujeres. En efecto, la perspectiva de género pone en evidencia que social y culturalmente a hombres y a mujeres se nos han adscrito determinados roles (cuidado/proveedor), atributos (emotividad, dulzura, humildad/racionalidad, seguridad, fortaleza) y espacios (doméstico/ámbito público) en función al sexo, a nuestras diferencias biológicas. Algo que debe resaltarse es que los roles, espacios o atributos asociados a las mujeres han tenido tradicionalmente menos prestigio o menos poder que los asignados a los hombres²⁰.

¹⁸ Véanse Defensoría del Pueblo, *Feminicidio íntimo en el Perú: análisis de expedientes judiciales (2012-2015)*. Octavo reporte de la Defensoría del Pueblo sobre el cumplimiento de la Ley de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres, Lima, 2015, pp. 127-129 y Villanueva, Rocío, *Feminicidio y homicidio en el Perú*, cit., pp. 68-69.

¹⁹ Oackley, Ann, *Sex, Gender and Society*, Temple Smith, London, 1972.

²⁰ Facio Alda, “Feminismo, género y patriarcado”, en <http://centreantigona.uab.es/docs/articulos/Feminismo,%20g%C3%A9nero%20y%20patriarcado.%20Alda%20Facio.pdf>, p. 2.

A lo largo de la historia, a partir de la diferencia entre los sexos, numerosos pensadores han defendido, en nombre de la naturaleza humana, la desigualdad entre hombres y mujeres²¹. La perspectiva de género ha permitido evidenciar que tales construcciones sociales han creado imágenes estereotipadas de ambos sexos, dando lugar a tratos desiguales, desventajosos e injustificados; es decir, a una situación de discriminación contra las mujeres²². Además, las construcciones sociales hechas a partir de la diferencia sexual han creado y alimentado relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres, como la que existen, por ejemplo, en una pareja en la que la mujer es excluida de las decisiones económicas más importantes para la familia. Estas relaciones desiguales de poder explican, asimismo, que un porcentaje muy grande de mujeres encuentre la muerte en su casa, a manos de sus parejas o ex parejas y que uno de los objetivos de la subordinación de la mujer sea el control de sus cuerpos²³.

Las imágenes estereotipadas sobre hombres y mujeres atraviesan distintos ámbitos sociales (la familia, la escuela, la política o el Derecho), reforzando y retroalimentando los roles, atributos y espacios asignados a partir del sexo. Por eso, Harriet Taylor Mill demandó, en el siglo XIX, que cada persona fuera quien decidiera “cuál es su esfera propia” y que no fuera la costumbre o la sociedad la que se la impusiera²⁴.

Es obvio que no todas las mujeres ni hombres encajamos o nos identificamos totalmente con las características que se nos han asignado²⁵. Sin embargo, el problema es que en todos esos ámbitos, muchas veces se espera (exige) que hombres y mujeres se comporten de acuerdo a los roles, atributos y espacios socialmente asignados. La Corte Constitucional de

²¹ Hay un resumen de esas ideas en Montero Atienza, Cristina, *Desigualdades de género y capacidades humanas*, Comares, Granada, 2010, pp.1-19.

²² La discriminación contra las mujeres basada en el sexo puede ser interseccional, es decir, puede darse simultáneamente con otros factores tales como raza, etnia, religión o creencia, salud, status, edad, clase, casta y orientación sexual, CEDAW, Recomendación General 28, párrafo 18.

²³ Facio Alda, “Feminismo, género y patriarcado”, cit., p. 10.

²⁴ Taylor Mill, Harriet, “La emancipación de las mujeres”, cit., p. 123.

²⁵ Alda Facio sostiene que “si bien es cierto que nadie puede identificarse totalmente con su género, también lo es que nadie puede honestamente decir que no ha sido marcada/o por él”, en “Feminismo, género y patriarcado”, cit., p. 12.

Colombia lo ha resumido así: “espacios públicos y privados que refuerzan la desigualdad entre hombres y mujeres”²⁶.

La Corte IDH señala que los estereotipos de género son preconcepciones sobre las características, atributos o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres, respectivamente. Y, añade, que “la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”²⁷. Tales estereotipos se manifiestan cotidianamente en afirmaciones como las siguientes:

Políticos (de izquierda y fujimorista):

- 1) “Las mujeres después de ser chismosas son mentirosas” (La República, 12 de junio de 2017), o
- 2) Dirigiéndose en un tweet a una congresista:
“Yo le exijo respeto, así como yo respeto a las mujeres, pero que no siga con ese tipo de comportamientos, porque de lo contrario tendré que contestarle como hombre y a los hombres se les contesta de otra forma”, dijo a Expreso (La República, 25 de abril de 2018)

Autoridad de la Iglesia Católica:

“Las estadísticas nos dicen que hay abortos de niñas, pero no es porque hayan abusado de las niñas, sino porque, muchas veces, la mujer se pone, como en un escaparate, provocando” (RPP, Programa Diálogos de fe, 30 de julio de 2016).

Individuo acusado de echar gasolina en el cuerpo de una mujer que rechazó ser su pareja:

“Yo quería hacerle daño a su cara, porque ella se aprovechaba de su belleza (...) Yo me declaro a ella y ella me dice que estaba con enamorado (...). Pensaba en la rabia que tenía (...). Ella muy feliz haciendo su vida normal y yo fregado (...) alguien tenía que poner un alto, alguien tenía que decirle ¿sabes qué? la humildad que necesitas porque ella se sentía la última pepa del mundo (...). O sea que ella tenía que recibir un escarmiento, pero yo sólo quería dañarle la cara (...) Yo quería dañarle su cara porque ella siempre, como era atractiva, decía que su cara era bonita, tenía el ego tan elevado, entonces yo quería acabar con eso (...) que aprenda a ser humilde y que aprenda a respetar a los demás” (Latina, 29 de abril de 2018)²⁸.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, T-012/16, II. 2.

²⁷ Corte IDH, caso Campo Algodonero vs. México, párrafo 401. Véase también el caso Veliz Franco vs. Guatemala, 2014, párrafos 213 y 215.

²⁸ <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/16321d44b189959c?projector=1>

No resulta difícil imaginar las consecuencias que este tipo de ideas pueden traer cuando se incorporan en las actuaciones o en el razonamiento de las autoridades vinculadas a la justicia, como la policía, los peritos, los jueces y los fiscales. A ellas se refiere la Corte IDH cuando afirma que la subordinación de las mujeres se agrava cuando los estereotipos de género se reflejan en el razonamiento y en el lenguaje de las autoridades²⁹.

3.1. Perspectiva de género, violencia contra las mujeres y Derecho

La tolerancia social frente a la violencia de género, la naturalización de esta forma de violencia, se evidencia en las estadísticas pero también en la forma en la que actúan (o dejan de actuar) las autoridades. Esa tolerancia social explica por qué no hay información oficial sobre las medidas de protección que se dictan a favor de las mujeres víctimas de violencia, que ninguna autoridad responda por la falta de seguimiento a tales medidas o que las investigaciones en estos casos sean meramente aparentes.

Sin embargo, uno de los mayores desafíos para combatir la violencia de género tiene que ver con la argumentación de los jueces (y fiscales) al aplicar o interpretar las normas y con los estereotipos de género que reflejan sus razonamientos. Celia Amorós decía hace algunos años que la marginación de las mujeres tenía consecuencias en el discurso filosófico³⁰. Desde el Derecho, las feministas han denunciado lo propio, sin que nuestra influencia haya sido lo suficientemente fuerte en el poderoso mundo de los jueces. Ha habido más éxito con los legisladores, al que han contribuido las reformas constitucionales de la región. Quizás, hoy en día, las redes sociales sean buenas aliadas para hacer público el razonamiento jurídico sexista en los casos más mediáticos de violencia de género y para evidenciar la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la actuación de las autoridades judiciales. Hacerlo por quien desde el Derecho se ocupa de la violencia contra las mujeres supone cuando menos:

²⁹ Corte IDH, caso Campo Algodonero vs. México, 2009, párrafo 401.

³⁰ Amorós, Celia, *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Editorial Anthropos, segunda edición, Barcelona, 1991, pp. 23 y ss.

- 1) Tomar en cuenta que las mujeres han sido históricamente discriminadas y que hay relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, lo que debe ser considerado al aplicar o interpretar el Derecho³¹,
- 2) Eliminar los estereotipos de género en la actuación de las autoridades, lo que incluye el razonamiento judicial³²,
- 3) Valorar la importancia de la declaración de la víctima como elemento probatorio y eliminar cierto tipo de pruebas en los casos de violencia de género³³,
- 4) No revictimizar a las mujeres,
- 5) Tomar conciencia de que la ineficiencia de los procesos judiciales también se explica por la tolerancia social de la violencia de género.

Como dice Barlett, los métodos legales feministas “intentan mostrar aspectos de un problema legal que los métodos más tradicionales tienden a suprimir o pasar por alto”³⁴. La perspectiva de género es una herramienta que debe ser utilizada para llegar a decisiones justas y para combatir las injustas (vinculadas a la desigualdad entre hombres y mujeres). Hoy al igual que ayer, hay que cuestionar que sean las costumbres, las tradiciones y la cultura social las que determinan qué es lo justo o correcto. Como dice Alexy, los problemas relativos a la justicia son problemas morales³⁵. ¿Hay razones para sostener que la situación de violencia que viven muchas mujeres es injusta? Claro que sí. La justicia es algo demasiado importante como para que nos resignemos a que dependa de lo que piensa la mayoría, de las emociones o de razones de tipo ideológico. Por eso, el escepticismo

³¹ La Corte Constitucional de Colombia se ha referido a la desigualdad de armas de las mujeres en el proceso y a que las autoridades puedan desplegar una actividad oficiosa en materia probatoria, T-145-17, 4.3. Aguiló afirma que “el Derecho resuelve conflictos de intereses y realiza valoraciones, y el juez imparcial incorpora los balances de intereses y valores que hace el Derecho, y éstos no siempre se sitúan ni mucho menos en el punto medio”, en “Independencia e imparcialidad de los jueces”, en Isonomía N°6, 1997, p. 77.

³² La Corte Constitucional de Colombia ha afirmado que tomar en cuentas las formas estereotipadas de la mujer y de la familia pueden contribuir a la pérdida de imparcialidad por parte de los operadores jurídicos, T-145/17, 4.3.

³³ En el Perú, la Corte Suprema ha aprobado los Acuerdos Plenarios N° 1-2011/CJ-116 *Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual* y N° 1-2015/CU-116 *Sobre la aplicación judicial del artículo 15° del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes*. Véanse también Corte IDH casos Veliz Franco, párrafos 209, 212 y 213; y Espinoza Gonzales vs. Perú, 2014, párrafo 153.

³⁴ Barlett, Katharine, “Métodos jurídicos feministas”, en Fernández Marisol y Morales Félix (coordinadores), *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*, Lima, Palestra, 2011, p. 31.

³⁵ Alexy, Robert, “The Dual Nature of Law”, en *Ratio Juris*, Vol 23, N°2, June 2010, p. 171.

ético no contribuye en nada a la lucha de las mujeres, sí lo hace el objetivismo ético en sentido mínimo, al defender que cabe discutir racionalmente sobre los valores (como la igualdad) y cuestionar que los valores sean el resultado de preferencias individuales o colectivas³⁶.

En este punto es útil recordar que para la concepción postpositivista el Derecho tiene una dimensión valorativa (que se expresa en el reconocimiento de derechos fundamentales), hay una relación necesaria entre el Derecho y la justicia (el Derecho tiene una pretensión de corrección y ésta implica una exigencia de corrección moral³⁷) y cabe una discusión racional sobre los valores del Derecho. De ahí que la argumentación jurídica y el razonamiento práctico cobren tanta importancia y que se defienda que hay “criterios objetivos que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones”³⁸.

Las teorías estándar de la argumentación jurídica distinguen entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación³⁹. Como se sabe, el primero de ellos hace referencia a las razones explicativas, que tienen que ver con los móviles psicológicos, sociales o ideológicos, y están dadas por una combinación de creencias y deseos⁴⁰. Por ejemplo, cuando hombre afirma que mató a una mujer por celos está haciendo referencia a las causas o motivos del crimen pero no lo está justificando. Del mismo modo, se puede explicar una decisión judicial en materia de violación sexual porque el juez es machista, pero nunca justificarla por ese hecho. En cambio, en el contexto de justificación se incluyen las razones que sirven para valorar si la acción fue buena o mala desde el punto de vista jurídico; es decir si un argumento puede considerarse justificado o correcto. En este segundo tipo de razones centran su atención las teorías estándar de la argumentación jurídica.

³⁶ Atienza, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social*, cit., p. 108.

³⁷ Alexy, Robert, “The Dual Nature of Law”, cit., p. 168.

³⁸ Atienza, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social*, cit., pp. 107-108.

³⁹ MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, Palestra Editores, Lima, 2016, pp. 348-349.

⁴⁰ Nino, Carlos Santiago, *La validez del Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 126.

Esta distinción es muy útil para analizar el razonamiento de los jueces en casos de violencia de género, en los que muchas veces pueden identificarse razones explicativas a través de las cuales indebidamente se pretende “justificar” la decisión judicial. Los estereotipos de género forman parte de esas razones explicativas.

4. Algunos problemas en el razonamiento judicial en los casos de violencia de género

Más concretamente, en el caso de las decisiones judiciales, la perspectiva de género debe servir para evitar errores en la argumentación judicial y para identificarlos. El juez debe ser independiente de sus propios credos personales pues tiene la obligación de fallar con las razones que le suministra el Derecho⁴¹, entendido desde una concepción postpositivista.

Si tuviera que citar los problemas más comunes en la argumentación de los jueces en los casos de violencia de género en el Perú mencionaría los siguientes: a) la valoración de las pruebas, como la declaración de la víctima mayor de edad, b) el contenido de los peritajes forenses que se practican a las víctimas, c) la falta de conocimiento del Derecho y el formalismo propio de la cultura jurídica, y d) la corrupción de la justicia.

Los tres primeros suelen asociarse a estereotipos de género.

4.1. Sobre la declaración de la víctima y los peritajes (la justificación en relación a la prueba)

Quizás el principal problema al que se enfrentan las víctimas de violencia de género es que no se les cree. Hay un estereotipo de género muy fuerte según el cual las mujeres son mentirosas y manipuladoras, que se traslada al proceso judicial y que se refuerza por la forma en la que se redactan los peritajes (psicológicos y médicos). La incorporación de estereotipos de género en la actuación y razonamiento de las autoridades trae como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de las víctimas como la dignidad, libertad, igualdad o debida diligencia.

⁴¹ Aguiló, Joseph, “Independencia e imparcialidad de los jueces”, cit., p. 76.

Un paso muy importante para combatir los estereotipos de género que inciden en la valoración de la declaración de la víctima, ha sido dado en una sentencia recientemente expedida por el Tribunal Constitucional peruano (Expte. N 05121-2015-PA). Dicha sentencia, por un lado, reconoce por primera vez que la violencia contra las mujeres es un problema de relevancia constitucional y, por el otro, exige una mayor carga argumentativa a los jueces que resuelven casos de violencia de género. Se trata de una demanda de amparo que presentó una presunta víctima de violación sexual contra la decisión fiscal que archivó la denuncia al considerar que no había mérito para la investigación penal. La presunta víctima, estudiante de Derecho, había denunciado al abogado del estudio donde ella practicaba, por haberla violado en un hostel. La víctima fue atendida en el Centro Médico de su universidad, donde se le diagnosticó desgarró perineal y sangrado activo, se le suturó por ese desgarró, y se le dio tanto antirretrovirales como la píldora del día siguiente. El fiscal concluyó que las relaciones sexuales no fueron producto de amenaza o violencia sino que habían sido consentidas.

Uno de los problemas que advierte el Tribunal Constitucional es la valoración probatoria desmedida de los elementos de descargo y el valor ínfimo a los elementos de cargo. La posición del fiscal, en torno al problema del consentimiento de la víctima, se enfocaba, injustificadamente, en lo que Barlett denomina “la perspectiva del acusado”⁴². Si bien dos médicos habían sostenido en el proceso que el desgarró perineal podía darse por una relación consentida o por una no consentida, el fiscal asumió que se trataba del primer supuesto, sin dar razones (párrafo 24). Por eso, el Tribunal Constitucional recordó que el derecho a la debida motivación exige que jueces y fiscales expresen las razones objetivas que los lleven a tomar una determinada decisión (párrafo 15), y que se incurren en arbitrariedad cuando ésta es fruto del decisionismo y no de la aplicación razonable del Derecho y de los hechos en su conjunto (párrafo 17).

Estas mayores exigencias argumentativas también tendrían que darse al momento de valorar las pericias (psicológicas o médicas) que se practican a las víctimas, sobre todo cuando son contradictorias. Estas pericias son especialmente relevantes en los casos de

⁴² Barlett, Katharine, “Métodos jurídicos feministas”, cit., p. 41.

violación sexual pues constituyen la prueba periférica de los delitos, los cuales suelen perpetrarse “en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores”⁴³. Probablemente, incluso habría que revisar los adjetivos que se utilizan en tales pericias. En cualquier caso, los jueces deben justificar; es decir, deben dar razones de por qué se guían por lo que dice una pericia en lugar de la otra. De lo contrario serán elecciones arbitrarias sobre peritajes que sólo refuerzan estereotipos, como el que se le practicó a A.C.:

“Expresivamente dramática (...) es una persona que busca activamente que las demás personas la aprecien y admiren para eso *se basa de (sic) de una actividad manipuladora para obtener la atención y la aprobación que necesita, por eso se la ve sociable, alegre, estimulante, encantadora, ella busca la atención en forma activa, por eso se dice que es interpersonalmente buscadora de atención.* Concluyeron que EN LA EVALUACIÓN A LA PERITADA NO HA ENCONTRADO RASGOS O SÍNTOMAS DE ESTRÉS POST TRAUMÁTICO” (las mayúsculas, cursivas y subrayado aparecen en la sentencia).

Obviamente, no se trata de desconocer los derechos del imputado sino de garantizar los de las víctimas, y una de esas formas es estableciendo mayores exigencias en la argumentación jurídica de las autoridades que participan en la investigación y en el juzgamiento en los casos de violencia de género. Los estereotipos de género sobre las víctimas (por ejemplo, que no pueden volver a sonreír o a estar alegres) no pueden justificar una decisión judicial.

4.2. Falta de conocimiento del Derecho, formalismo jurídico y corrupción

Lamentablemente, la corrupción puede explicar varios fallos judiciales en el país. La corrupción, fiscal o judicial, puede utilizar como aliados a la “falta de conocimiento del Derecho” y al formalismo jurídico. En estos casos aunque la corrupción no se pueda probar, sí se pueden identificar los supuestos de “falta de conocimiento del Derecho” y el formalismo jurídico, que tan severas consecuencias traen en el combate de la violencia hacia las mujeres.

⁴³ Corte IDH, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, 2012, párrafo 164.

Por ejemplo, en el caso A.C., uno de los argumentos para absolver al imputado del cargo de tentativa de feminicidio, fue que las lesiones que presentaba la víctima (ojos enrojecidos, herida en el cuello cabelludo, huellas de los dedos del imputado en el cuello) no eran de naturaleza mortal y no ponían en peligro la vida de la agraviada. Sin embargo, ¿y si como afirmó la víctima, el daño no fue mayor porque logró escapar de las manos del agresor y salir corriendo de la habitación como lo muestra el video del hotel? Cuesta creer que este tipo de argumentos sea sólo el resultado de la “falta de conocimiento del Derecho” o de la poca exhaustividad en el análisis de las pruebas en este tipo de casos⁴⁴. La falta de conocimiento es tan evidente que resulta difícil no asociarla a la corrupción.

Por otro lado, respecto al formalismo jurídico decía Dworkin que era una de las rutas de escape para quienes niegan que los jueces tomen decisiones sobre cuestiones valorativas y que deben justificar esas decisiones.⁴⁵ En el caso A.C, el acusado no ha quedado satisfecho con la resolución que lo absuelve de todo cargo. Ha presentado una denuncia contra A.C por el delito de falsa denuncia. Un juez formalista sería aquel que aplicara el tipo penal mecánicamente, sin analizar las razones que subyacen a la norma.

A modo de conclusión: el Derecho al servicio de la justicia

El Derecho del estado constitucional debe servir para hacer justicia. El enfoque de género es una herramienta indispensable para ese propósito, aunque se requieren, igualmente, conocimientos sobre cuestiones como las mencionadas en el punto 3.1. La tarea no es sencilla porque se trata de mejorar la práctica del Derecho, tan influenciada por la cultura social. También en los casos de violencia de género hay que exigir al Derecho, como decía Dworkin, que muestre su mejor luz⁴⁶.

⁴⁴ En este problema, que no es menor, insiste la Corte Constitucional de Colombia, T-145-17, 4.3.

⁴⁵ Dworkin, Ronald, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, en Revista Isonomía N° 32, abril, 2010.

⁴⁶ Ronald Dworkin, “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 24, N° 1, 2004, p. 13.