





Introducción a los problemas de **Género en la Justicia Penal** en América Latina

Editora: Lidia Casas Becerra



CEJA - JSCA

©2010 Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA
Rodó 1950, Providencia
Santiago, Chile
Tel. +(56 2) 274-2933
Fax +(56 2) 341-5769
www.cejamericas.org

Equipo Editorial
Andrea Cabezón (Coordinadora edición)

Introducción a los problemas de género
en la justicia penal en América Latina

Registro de Propiedad Intelectual: 192.056

ISBN: 978-956-8491-21-5

Publicado en junio 2010

Diseño de Portada: Fanny A. Romero / Eduardo Argañaraz

Distribución gratuita



ÍNDICE

Introducción	7
Capítulo I	
Género y justicia.....	11
Capítulo II	
Mujeres en conflicto con la ley	63
Capítulo III	
Los desencuentros del sistema criminal y las mujeres víctimas	119





INTRODUCCIÓN

La relación entre género y derecho ha sido descrita por muchas autoras en torno a las limitaciones de que este último tiene y ha tenido para hacerse cargo para adoptar normas de conductas sociales que no sean ciegas al género. El derecho construido desde la universalidad, la abstracción, la neutralidad. Sin embargo, ellas pueden ser declaradas como aspiraciones, pues el derecho analizado críticamente no las cumple. La igualdad es una aspiración cuando se queda en declaraciones y construcciones que se formulan desde la igualdad formal, el propósito es alcanzar resultados que puedan ser más justos en consideración desde el lugar en que partimos. Es asegurar el respeto de los derechos humanos de todos y todas, independiente de nuestro sexo, condición social, raza o etnia, orientación sexual.

El derecho en la medida en que espera regular las conductas sociales es una manifestación de los valores, creencias y prejuicios sociales al momento de que las normas son creadas, pero a su vez tienen la capacidad de construir una realidad sobre el deber ser. Es una relación de alimentación recíproca, y por ello, las limitaciones están arraigadas en la costumbre y en la desigualdad estructural de nuestras sociedades. Por ello, la propuesta es advertir los prejuicios que el derecho sustenta y que no están limitados al género, sino que debemos estar conscientes que la clase, la raza, la sexualidad de los individuos informa al derecho y soporta relaciones de subordinación para muchos grupos sociales. También puede ser una herramienta de cambio cultural en la medida en que prescribe que aquellas conductas que se han tenido como legítimas ya no lo son. Las normas que sancionan la violencia contra las mujeres es un reflejo de ello.

El derecho no es solo *norma agendi*, sino es norma en constante cambio y operacionalización a través de las actuaciones de quienes operan con las reglas como materia prima. Los y las operadores del sistema de administración de justicia en forma constante hacen su-

yas las aspiraciones del derecho, los principios y los objetivos que persiguen las normas e intentan dar carne a las interpretaciones que satisfagan de mejor manera sus intereses como operadores de dicho sistema. Los y las fiscalas, los y las abogadas de la defensa, las y los jueces van conformando un cuerpo del derecho que va mutando con los cambios que la misma sociedad experimenta.

La situación de las mujeres y otros grupos cuya condición los ha hecho vulnerables ha sido materia de preocupación por parte de la comunidad internacional. La forma en que se administra justicia, si ella es ciega frente a las desigualdades existentes, si es capaz de aliviar o de perpetuar la inequidad. Los trabajos que ha realizado el Centro de Estudios Justicia de las Américas sobre los nuevos sistemas de justicia criminal informan en parte esas preocupaciones al haber realizado investigaciones en distintos países con colaboradores locales para levantar un estado de la situación del modelo acusatorio y los delitos de violencia sexual y doméstica en que abrumadoramente las mujeres son las víctimas¹. Si bien las reformas fueron y han sido estructuradas desde el respeto a los estándares del debido proceso, el mejoramiento en la gestión y la inclusión de las víctimas, aun queda un largo camino por recorrer.

Este es un aporte más en ese esfuerzo que apunta a una reflexión compartida sobre los cambios que se han efectuado en los últimos años y los desafíos que aún quedan por delante especialmente para asegurar justicia para uno de los grupos cuyas experiencias con el sistema criminal ha estado lejos de ser óptima: las mujeres. Es interesante que esfuerzos similares se realizan a través de estudios especializados, manuales, informes con estadísticas desagregadas por sexo, cuestión que hasta algunos años era impensado.

El informe realizado por la Relatoría de la Mujer de la Comisión Inter Americana de Derechos Humanos precisamente apunta a los problemas que las mujeres víctimas de violencia tienen con el acceso a la administración de justicia: la subordinación y normalización de la violencia en nuestras sociedades, la noción de víctima ideal o creíble, los problemas de la falta de infraestructura van mostrando una realidad que resulta ser algo más que ingrata para las mujeres que buscan justicia. Los sistemas no satisfacen los estándares de contar con recursos eficaces y accesibles, debido proceso, y las investigacio-

¹ En este sentido, se puede revisar los informes bajo Estudios y Proyectos de Grupos Vulnerables. En: <http://www.cejamerica.org/>

nes, si es que se realizan son pobres o tardías, todo ello perpetuando la impunidad². Lo peor de un sistema es que sus justiciables pierdan credibilidad en él, no solo hay una cuestión de legitimidad sino además de incumplimiento de principios que informan el estado social del derecho la igualdad frente a la ley y ante la ley.

Pero las justiciables también enfrentan otros problemas cuando ellas son las imputadas de los delitos y se relaciona con los imaginarios que nos hemos creado sobre las mujeres buenas y bondadosas vis-à-vis las malas, las que infringen la ley. Es posible pensar que la tarea de una buena defensa sea resolver la situación de una imputada, no importando si con ello perpetuamos o no los prejuicios que tenemos de las mujeres.

La experiencia chilena indica que las mujeres significativas de los imputados –madres, madrinas, hermanas, parejas– cumplen un importante rol en la construcción y apoyo de la defensa³. Debemos preguntarnos si en el caso de las mujeres sucede lo mismo, y si no es así, acaso no se deben pensar en medidas que permitan que aquellas tareas que han asumido las mujeres para los imputados las asuma la institución.

El trabajo está estructurado de tal manera que pueda ser una lectura para los operadores, pero también para toda aquella persona que desee profundizar o acercarse a algunas de las temáticas que aquí presentamos. Intenta construir una panorámica sobre debates que se suscitan en el medio académico, en la medida de lo posible va entregando información para distintas realidades a fin de que la audiencia pueda ver reflejada cómo algunos de los problemas aquí planteados tienen a veces rasgos comunes y otras veces, estarán informados por realidades más locales.

Esta es una tarea colectiva. Si bien ha recaído en mí la adaptación, actualización y complementación de cada uno de los capítulos que ha sido tomado desde el material que ha sido usado para los módulos de E-learning del CEJA en torno a las capacitaciones con específicos

² Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a las Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007 <http://www.cidh.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>.

³ Lidia Casas, Olga Espinoza, Rodrigo Cordero y Ximena Osorio. Defensoría Penal Pública, Santiago. En: http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/estandares/genero_defensa/INFORME-FINAL-DEFENSA-PERSPECTIVA-GENERO.pdf.

componentes de género, está construido sobre la base de los trabajos pasados. Han hecho aportes importantes mis colegas quienes deben ser reconocidas. Carmen Colazzo, de Paraguay-Argentina colaboró en el capítulo sobre género y derecho, el segundo está elaborado desde la investigación sobre la defensa de mujeres en el nuevo sistema criminal en Chile que realizara con mi colega Olga Espinoza Mavila y el tercer capítulo ha participado Alejandra Mera de Chile con quien realizamos el primer estudio sobre la justicia criminal reformada y los delitos sexuales y de violencia doméstica en Chile que fue posteriormente la guía para investigaciones similares en Bolivia, Córdoba-Argentina, Ecuador, Guatemala y Honduras. Agradezco el apoyo de Camila de la Maza por su trabajo de colaboración en esta empresa.

LIDIA CASAS BECERRA,
Profesora e Investigadora
Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales
Ottawa, 18 de abril de 2010.

CAPÍTULO I

GÉNERO Y JUSTICIA*

INTRODUCCIÓN

Este capítulo es de carácter introductorio y se propone que los/as lectoras comprendan la construcción del concepto de género, su relación con el derecho y con los conceptos de justicia, igualdad, equidad y la transversalización de género en las políticas de justicia.

Nuestro objetivo es destacar que género es una categoría de análisis descriptiva, histórica, analítica-crítica y política forjada desde los movimientos feministas, y por lo mismo no es solo una matriz de análisis sino también un componente político que permite conocer la igualdad o desigualdad entre hombres y mujeres, pero también entre grupos cuyas formas de opresión se entrelazan en pos de incidir sobre las brechas existentes. Ello permite a nuestro juicio mayores niveles de equidad, ejercicio de derechos ciudadanos, desarrollo y paz en las culturas y sociedades, dentro de sus procesos de construcción democrática.

1. Conceptualización de sexo y género

En esta sección conceptualizaremos sexo y género para comprender su importancia teórica y práctica, asimismo, como nociones que pueden y deben ser utilizadas para el análisis y construcción de políticas públicas aplicables al proceso de desarrollo, con todas sus complejidades.

1.1. Conceptos básicos: Los binarios sexo y género

Sexo

En una primera aproximación el sexo se relevó como un concepto ligado a lo biológico, haciendo referencia a las diferencias entre **ma-**

* Capítulo adaptado y actualizado por Lidia Casas en base al módulo I de capacitación e-learning de CEJA elaborado por Carmen Colazzo (Paraguay-Argentina).

cho y hembra, a partir de genitales visibles y otros caracteres biológicos diferenciales (neurofisiológicos u otros).

Sin embargo, el sexo, desde una concepción inicial, implicaba aquello que no podría modificarse. Se entendía como una categorización dada por la naturaleza, de este modo hemos venido, hombres o mujeres, dependiendo de nuestras características biológicas ligadas exclusivamente a la genitalidad.

Esta mirada al sexo unidimensional de la sexualidad en los últimos años ha sido cuestionada en el reconocimiento de sexualidades distintas, tales como de las personas transexuales. Por ello, tal como afirma Maffia, cada vez que surgían dificultades para asignar el sexo a un sujeto al nacer se le “asigna” uno socialmente⁴, con lo cual se pueden producir conflictos entre la propia identidad y la construcción que otros le han dado a una persona.

Los sexos biológicos se describieron desde el binarismo de dos cuerpos: el de varón y el de mujer. Lo que ha tenido como limitante que sexo, en su binario hombre-mujer, no puede responder a las identidades que no conforman la norma y que socialmente instamos a categorizarlas. Butler se refiere a la Herculina, hermafrodita de Foucault, que no tiene identidad, pues puede ser tanto hombre como mujer⁵. El problema ha sido, como Butler identifica que el desarrollo de los conceptos de género han llevado a una sobrevaloración de conceptos de femineidad y masculinidad desde normas heterosexuales, lo que ha provocado nuevas formas de opresión, pues se instala en el discurso analítico del género la heterosexualidad⁶.

Actualmente los debates y reconocimientos de las diferencias sexuales han dado a lugar a otros abordajes teóricos que reconocen e integran la referencia cultural a su conceptualización, y relevando la existencia de “migraciones” personales de una sexualidad a otra. Debe entenderse que aquello que es visible –los genitales– solo indican una de las variadas características que integra el sexo: de allí que una persona pudiendo tener los genitales externos masculinos, tenga además una correspondencia genética distinta, y por lo mis-

⁴ Maffia, Diana. Compiladora, “Sexualidades migrantes, género y transgénero”, Editora Feminaria, Buenos Aires, 2003. En <http://dianamaffia.com.ar/archivos/sexualidadesmigrantesdm.pdf>

⁵ Butler, Judith, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, 2nd ed. Reprint, Routledge, Nueva York, 2006, p. 32.

⁶ *Ibíd.* pp. vii-xv.

mo, algunos teóricos han sostenido que el sexo se hace y no solo se nace⁷.

Género

El género es una categoría analítica distinta que responde en una primera aproximación a un concepto y creación eminentemente cultural que diferencia **“lo femenino y lo masculino”**. Se trata de revelar las diferencias y jerarquías sexualizadas de hombres y mujeres.

Se instala desde los estudios de la antropología de Robert Stoller quien indaga sobre el comportamiento de varios casos de niñas y niños a quienes se les había asignado un sexo que no correspondía a su pertenencia genética, anatómica y/u hormonalmente. Este autor señaló que el género se refería a “grandes áreas de la conducta humana, sentimientos, pensamientos y fantasías que se relacionan con los sexos pero que no tienen una base biológica”⁸.

Así, el concepto “género” se construye a partir de una condición biológica: el sexo o su anatomía. A partir de las características biológicas, especialmente la genitalidad de machos y hembras, se asignan roles, comportamientos, actitudes, valores, símbolos diferenciados para varones y mujeres por el solo hecho de ser tales. Estas diferenciaciones están jerarquizadas a partir de lo masculino.

Lo relevante es advertir que los roles, las expectativas, el poder que ha tenido cada sexo se ha naturalizado, o concebido como un fenómeno de la naturaleza, o legítimo o verdadero. Así, se piensa que a las mujeres les pertenece naturalmente el cuidado de los hijos y del hogar y a los hombres, se le atribuye el rol de proveedor. Entendemos que las mujeres deben cuidar y los hombres proveer.

En ambas situaciones se adscriben roles a partir del sexo, ello sitúa en desventaja a los hombres que desean cuidar a sus hijos y que no cumplen con el estereotipo del proveedor, y a las mujeres se las conmina al hogar, a la domesticidad. De la misma manera, en el entendido socialmente construido sobre la participación de las mujeres en el mercado laboral se piensa que sus remuneraciones solo complemen-

⁷ Maffía, op. cit.

⁸ Facio, Alda y Fries, Lorena, “Feminismo, Género y Patriarcado”, Género y Derecho, Facio Alda y Fries Lorena Editoras, American University Washington College of Law, La Morada y LOM Ediciones, Santiago, 1999, p. 31

tan las de su pareja-varón, ya que el hombre es el proveedor, y por lo mismo se justificaría pagarles menos por el mismo trabajo que realiza un hombre.

Hasta el presente, dichas asignaciones contienen una trama de jerarquización en la cual se ha subordinado el femenino al masculino. Todo “lo masculino” se encuentra en una situación de superioridad, mientras que lo “femenino” se encuentra en desventaja o subordinado. Ello se manifiesta en los espacios que hombres y mujeres ocupan, resignando a las mujeres al espacio privado, impidiéndoles mayor nivel de desarrollo político, económico, educativo, laboral, u otro en el espacio público. Esto es lo que se denomina un orden patriarcal⁹. Se establece una desigualdad y discriminación naturalizada, y lo que un análisis de género implica preguntarnos cuánto de aquello es natural o forma parte de las relaciones sociales que formamos en los grupos humanos.

Por mandato cultural las mujeres se encargan del trabajo doméstico, la procreación, cuidado de hijos/as, ancianos/as y otros miembros/as de la familia sin remuneración y reconocimiento, pero que son necesarias para la reproducción del orden social y económico.

Para las y los teóricos del género o que utilizan esta categoría analítica, se construye a partir del proceso de socialización en que participan diversos órdenes sociales: la familia, educación, religión. Es decir, se trata de aquello que incorporamos y aprendemos desde la cultura e insertos en un orden social determinado.

El género puede modificarse porque tiene relación con los procesos de la cultura, con la historia y el cambio social. Así, roles, valoraciones y expectativas de hombres y mujeres cambian.

Asimismo, otras manifestaciones de ciudadanía también se encontraban limitadas para las mujeres. Si en la Grecia antigua una mujer estaba imposibilitada de ser ciudadana, no así en la actualidad en la mayoría de los países. A pesar de ello, muchas veces el derecho mantiene resabios en que se excluye a las mujeres de ciertas actividades, en igualdad de condiciones que los hombres, en pos de su protección. Un ejemplo de ello, son las disposiciones en leyes del trabajo

⁹ Esto es la jerarquización sexuada de hombres y mujeres en la sociedad, cuyo implícito es la subordinación y discriminación de las mujeres en su relación con los roles, las valoraciones y las expectativas que se tiene de estas en la sociedad.

en que se impedía a las mujeres el trabajo en faenas subterráneas, o pesada o que pudieran ingresar a ciertas ramas de las fuerzas armadas.

Una mujer no tenía derecho a voto hace más de cien años en la mayoría de las democracias occidentales y en consecuencia carecía la condición de ciudadana. Ello cambió a partir de que los movimientos sufragistas lograran su concreción por los estados como derecho activo y pasivo –de elegir y ser elegidas– lo que se consolidó en el proceso de desarrollo de la humanidad recién a fines del siglo XIX y en el siglo XX en la mayoría de los países y culturas, especialmente dentro de occidente.

Aún subsisten estados confesionales como Arabia Saudí, Bután, Líbano, Omán, que no contemplan el derecho a voto para las mujeres o lo hacen en forma diferenciada con respecto a los hombres¹⁰.

Podemos hablar de género asignado históricamente, y también de las transformaciones de género que los movimientos y procesos culturales y políticos pueden desplegar en la historia.

El género surge como una teoría desde el feminismo que intenta responder a la condición universal de desigualdad de las mujeres y que va más allá del análisis de subordinación de clases. “El papel secundario de la mujer en la sociedad es uno de los hechos universales y panculturales perfectamente asentados”¹¹. La subordinación de género se superpone con otras formas de discriminación en que se sitúan las personas: la clase, la raza/etnia, sexualidad van brindando un panorama de identidades de sujetos, su condición y experiencias en cuanto ciudadanos/as.

La expresión “género” ha tenido una connotación inminentemente política por parte del movimiento de mujeres y el feminista en particular para revelar la situación de desventaja en que se encuentran las mujeres. Por ello, la voz género también se ha asociado a “mujer” o la situación de las mujeres. Sin embargo, hablar de género implica referirse a las relaciones, a los posicionamientos de los sujetos en la sociedad. Se entiende que es una categoría analítica más, al igual que otras variables como raza, etnia o clase social, pero que no están desconectadas unas de otras.

¹⁰ Ver http://es.wikipedia.org/wiki/Sufragio_femenino.

¹¹ Otner, 1974:67, citado por Moore, 2000.

Los precursores y precursoras del género, se referían a las mujeres para revelar los estereotipos respecto de hombres y mujeres. Actualmente no se lo entiende como un concepto ligado al esencialismo de lo femenino o masculino, pues advirtieron que no existía “una mujer ni un hombre”, sino que las personas se sitúan de manera diferente en la valoración social de acuerdo a su clase, etnia, raza, capacidades físicas o mentales. Por lo mismo, las identidades de hombres y mujeres son diversas, lo que abarca también las múltiples formas de las identidades sexuales. En su sentido más cabal, género, alude a una relación de poder social que involucra tanto a las mujeres y lo femenino, como a los varones y lo masculino¹².

Género, en la actualidad, se entiende como una categoría relacional, descriptiva, analítica y política que tiene utilidad para relevar las desigualdades existentes entre las masculinidades y las femineidades a nivel sociocultural, económico y político, considerando las complejidades existentes en sus posicionamientos, status, poderes, en relación con otras categorías que se interseccionan, tales como las de clase, raza, etnia, religión¹³.

Butler afirma que entender una dicotomía entre sexo y género, o como dos conceptos binarios, deviene de un imaginario masculino inscrito en el discurso científico, en el que la naturaleza ha sido representada como un espacio vacío, inerte, femenino, dispuesto a ser penetrado por la inscripción cultural “masculina”¹⁴.

Dice Bonder, citando a Butler, que este tratamiento sería parte de una práctica regulatoria que produce cuerpos de varones y de mujeres como diferentes y complementarios, y que asume la heterosexualidad como norma social. Por ello sexo, lejos de ser algo dado, presimbólico, sería para Butler, una categoría política “El sexo no es lo que uno es, sino lo que uno se convierte”. El dualismo de lo biológico y lo cultural no sería más que la expresión de esta lógica binaria que

¹² Bonder, Gloria, “Género y Subjetividad: Avatares de una relación no evidente”. En *Género y Epistemología: Mujeres y Disciplinas*, Programa Interdisciplinario de Estudios de Género (PIEG), Universidad de Chile, Santiago, 1998. En http://www.iin.oea.org/IIN/cad/actualizacion/pdf/Explotacion/genero_y_subjetividad_bonder.pdf

¹³ Bonder, 2000.

¹⁴ Butler, op. cit.

funda y legitima ordenamientos jerárquicos al oponer hombre y mujer, cuerpo y espíritu o psique, razón y sentimiento¹⁵.

Dice Anthony Giddens al tomar conciencia y actuar en la realidad que nos toca vivir, advertimos que las transformaciones de género y que las personas no estamos llamadas determinadas por el destino: "... Es fácil darse cuenta de esto si se considera la posición cambiante de las mujeres en todo el mundo. Las mujeres en las culturas más tradicionales tenían marcado el destino, sabían qué se esperaba de ellas; la vida doméstica y la crianza de los hijos. También una vida de sometimiento al poder de los hombres. Y, muy a menudo, a la violencia de los hombres. Las mujeres se han liberado de este destino, pero al liberarse, tienen que construir una nueva identidad. Y, lo que es una fuente de emancipación también es una fuente de ansiedad. Y esto es válido también para los hombres. La identidad masculina es un fenómeno problemático en todo el mundo. Y siento que los patrones cambiantes de violencia masculina hacia las mujeres reflejan lo antedicho. Gran parte de la violencia hacia las mujeres es el resultado del rechazo a lo que se considera la democratización de la familia"¹⁶.

1.2. Los géneros y las sexualidades

La construcción genérica a que aluden los y las teóricas se relaciona con la heteronormatividad. Así, como el sistema sexo/género importa la jerarquización de hombres y mujeres, el orden social se ha construido a partir de pensar que todos los sujetos son heterosexuales. La homosexualidad es una desviación de la norma aceptable, válida y cierta. Ello en el orden social, implica valoración o devaluación de los sujetos cuyas identidades sexuales no se conforman con el estándar socialmente construido.

El género implica una línea que va desde la **masculinidad a la femineidad**. Dentro de esta línea se construyen relaciones entre lo femenino y lo masculino. Todas las personas tienen algo en su construcción personal, de lo masculino y de lo femenino. Y pueden ser mujeres y hombres también deconstruyendo las asignaciones tradicionales para construir nuevas masculinidades y femineidades, respetuosas de la diversidad y diferencia enriquecedora que los seres humanos significamos.

¹⁵ Bonder, 1998, citando a Butler, Género en Disputa, 1990, op. cit.

¹⁶ Giddens, Antony: Desigualdad y Globalización. Cinco Conferencias. Facultad de Ciencias Sociales (UBA) Manantial, 200, p. 131.

Asimismo, podemos encontrar tensiones entre los sexos, sexualidades, géneros e identidades de la manera que hemos advertido con las personas transexuales o trangéneros¹⁷.

Como lo afirman Maffía y Cabral, las tensiones sobre sexo e identidad sexual en el binario macho/hembra se relevan cuando nace un bebé cuya genitalidad no permite asignarlo a uno u otro sexo claramente. La respuesta desde la medicina o los saberes es ajustar el sexo, independiente si la utilización de un bisturí pueda construir o no la identidad, le permita una mejor salud o no, o si la reasignación de sexo le permita una vida e identidad sexual satisfactoria para el sujeto¹⁸.

En la actualidad es relevante que las masculinidades y femineidades se intersectan con distintas **orientaciones sexuales: heterosexuales, bisexuales y homosexuales**, que las **orientaciones sexuales e identidades sexuales** no son estáticas dentro de las trayectorias de vida en todas las personas. Estas a su vez, desarrollan diferentes **prácticas sexuales** y se van construyendo a sí mismas de diferentes maneras. Así por ejemplo, los “hombres que tienen sexo con hombres” no se definen necesariamente como gays o bisexuales, y ello se refuerza en aquellos países y culturas en que se rechaza la homosexualidad o se la penaliza.

1.3. El género como categoría de análisis

El género también es una construcción teórica y práctica que posibilita mirar con una perspectiva específica (perspectiva transversal de género) los procesos históricos, sociales, políticos, económicos, culturales, personales que permiten visibilizar las relaciones de poder,

¹⁷ Transgénero es un término que describe un amplio rango de personas que experimentan y/o expresan su género de forma diferente de lo que esperaría la mayoría de la gente. Es un término amplio que incluye a las personas transexuales, travestis, como así también todo aquel o aquella que expresa características de género que no corresponden con las características tradicionalmente asociadas al sexo (o al sexo que se asume) de la persona. Transgénero no es una orientación sexual. Algunas personas transgéneros pueden definirse como transexuales mujer-a-hombre u hombre-a-mujer, y pueden tomar hormonas recetadas por un médico y hacerse cirugías de reasignación del género. Otras se identifican como transgéneros porque no se sienten cómodas con el género masculino o femenino exclusivamente. Ver *Human Rights Campaign Foundation*. Working for lesbian, gay, bisexual, transsexual equal rights. En http://www.hrc.org/Content/NavigationMenu/Coming_Out/Get_Informed4/Resources2/Guia_de_Recursos/Que_Significa_Transgenero.htm

¹⁸ Maffía, Diana y Cabral, Mauro Cabral, “Los sexos ¿son o se hacen? En “Sexualidades migrantes, género y transgénero”. Editora Feminaria, Buenos Aires. 2003. En <http://dianamaffia.com.ar/archivos/sexualidadesmigrantesdm.pdf>, pp. 87-88.

las incidencias políticas, las desigualdades económicas y otras dentro de dichos procesos, con un interés transformador sobre la situación de hombres y mujeres.

Ello permitiría que, una vez detectadas las brechas, se puedan favorecer políticas y estrategias de modificación que consigan igual empoderamiento, igualdad de oportunidades y resultados educativos, laborales, económicos, u otros, para todas las personas.

Asimismo, la categoría “género” interactúa con otras categorías de análisis que pueden ser trabajadas multi e interdisciplinariamente, incluso al interior de ella misma, como la raza o la étnia, solo por nombrar alguna. Ello quiere decir, que si existen diferencias significativas en el trato entre mujeres y hombres, al interior de cada uno de estos grupos sus experiencias están marcadas por la pertenencia a una clase, o los atributos personales que posea.

El reconocimiento de la complejidad de la trama social requiere mayores precisiones de diagnóstico y abordaje. Cuando hay mayores y mejores datos puede lograrse una mejor identificación de estos cruces, comparaciones de procesos, estructuras, situaciones, condiciones, escenarios, actores, conflictos, nudos, tensiones. Por ello, no será lo mismo que una determinada repartición pública tiene a mujeres y hombres como justiciables, sino que implicará responder a cuestiones menos gruesas, tales como la pertenencia a minorías étnicas, la percepción de la justicia en su concepción europea occidental, la experiencia histórica de estos colectivos con la policía o la justicia.

Pensemos por ejemplo, en los procesos penales que ingresan a la justicia. La mayor parte de las veces, el objeto de estudio se centra a partir de estadísticas o cifras que no diferencian por sexo. Si los hombres son los usuarios mayoritarios del sistema de justicia penal, las mujeres serán una minoría y posiblemente con características algo distintas a los sujetos en conflicto con la ley. De la misma manera, hablar de usuarios del sistema de justicia de familia es invisibilizar que la mayoría de los usuarias serán mujeres en busca de protección en casos de violencia intrafamiliar, en demandas de pensión de alimentos, y serán una minoría aquellos hombres que reclaman visitas o la custodia legal de sus hijos. Pero la diferenciación no se detiene solo en el sexo de las personas. Un análisis inclusivo exige aún más complejidad.

La identificación de los sujetos es relevante, pues implicará que las medidas que se adopten puedan impactar de manera diferenciada

entre hombres y mujeres, además de todas las otras características que posean. Así, los procesos de violencia en contra de mujeres nativas en el Canadá muestra que los operadores tienen escasa sensibilidad en la cultura, tradiciones y formas de enfrentar los conflictos. Así si la justicia “blanca” ingresa a sus comunidades a tabla raza y sin tomar en cuenta factores históricos (colonización, mayores niveles de privación de libertad para la población nativa, pobreza y alienación cultural) la justicia se puede transformar en una cadena más de opresión¹⁹.

Históricamente, la subordinación del femenino por el masculino (con mayor valoración social del masculino, mayor estatus y mayor asignación de poder) representa la generalidad de las épocas, espacios, culturas, sociedades, hasta el presente. Esta subordinación, como cualquier otra, implica dificultades en la igualdad de oportunidades y resultados para el sexo subordinado en relación con el subordinador. Implica una relación de sometimiento, y no pocas veces, también implica violencia. Ahora bien, la subordinación del hombre, en la mayoría de los casos de América Latina y el Caribe, se refiere a un hombre blanco, europeo y con recursos económicos. Ello quiere decir, que la subordinación está dada por un conjunto de jerarquías, la de género es una, pero como hemos dicho se superponen a otras.

En este punto, es fácil advertir cómo la violencia como una forma de relación y sometimiento ha sido legitimada por el derecho. El poder omnímodo del *pater familias* permitió el disciplinamiento de la mujer y de todos los miembros de la familia. Esa legitimación ha significado el tardío reconocimiento que la violencia en el espacio privado, es igualmente un delito y una violación a los derechos humanos.

Aquello que ocurre dentro del espacio privado, que puede ser violento o relacionarse con conductas que tipifican delitos, tiene que ser resuelto por políticas públicas y adquirir interés público.

¹⁹ Koshan, Jennifer, “Sounds of Silence. The Private/public Dichotomy, Violence, and Aboriginal Women”, *Challenging The Public/Private Divide. Feminism, Law, and Public Policy*, Susan Boyd Editor, University of Toronto Press, Toronto, 1997, pp. 87-109.

Género se presenta entonces como una categoría fundamental, que forma parte de la complejidad sociocultural, económica, jurídica y política –que debemos conocer y abordar– para incidir en cambios estructurales para la humanidad. Esta categoría es imprescindible para el estudio, aplicación y logro de la justicia, del desarrollo y la paz, como bien lo ha evidenciado la Cuarta Conferencia sobre la Mujer realizada por las Naciones Unidas en Beijing en el año 1995.

2. Género y derecho

2.1. Género y derecho

En la sección hemos trabajado la conceptualización y la discusión teórica en torno al género. La pregunta que debemos hacernos es cuál es la relación con el derecho. Si entendemos que el derecho es un conjunto de principios, reglas que estructuran la vida social y política de una sociedad, en determinados momentos políticos, sociales, culturales y económicos. El derecho también crea y recrea la forma en que hombres y mujeres son construidos en el ordenamiento jurídico, el modelo de hombre, de mujer y las relaciones entre estos²⁰.

Alda Facio inauguró una forma de realizar análisis legal feminista, al señalar que el fenómeno legal cuenta con tres componentes: el componente formal normativo, el estructural y el político estructural²¹. El primero dice relación con la norma agendi, es decir, con la ley o la norma formalmente promulgada, el segundo sería el contenido que le dan los operadores del sistema de justicia: los jueces y juezas, los y las fiscales, los defensores, los y las oficiales del sistema que le dan vida a las normas a través de su interpretación y aplicación, y el componente político-cultural relaciona cómo las personas le dan contenido a esas normas, a través de los estudios específicos de la doctrina legal, sino también las costumbres y las prácticas sociales.

Se habla de un derecho androcéntrico, pues sus instituciones están construidas a partir de un diseño masculino, respondiendo a las nece-

²⁰ Fries L y Matus, “Supuestos ideológicos, mecanismos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal”, *Género y Derecho*, op. cit. p. 143

²¹ Facio, Alda, *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, ILANUD, San José de Costa Rica, 1992.

sidades de los hombres. Catherine Mackinnon afirma que esta forma de ver el mundo se repite en los más diversos ámbitos:

“La fisiología de los hombres define los deportes, sus necesidades definen la cobertura de los seguros de vida y de automóviles, sus biografías socialmente diseñadas definen las expectativas en el lugar de trabajo y los patrones de carreras exitosas, sus perspectivas y preocupaciones definen la calidad del saber, sus experiencias y obsesiones definen el mérito, sus servicios militares definen la ciudadanía, su presencia define a la familia, su incapacidad de llevarse bien los unos con los otros –sus guerras y sus gobiernos– definen la historia, su imagen define a dios, y sus genitales definen el sexo. Para cada una de las diferencias con las mujeres, está vigente un tipo de plan de acción afirmativa, lo cual es conocido como la estructura y valores de la sociedad americana”²².

Los conceptos de “buen padre de familia”, “la doncella”, “honestidad”, “capacidad jurídica”, se relacionan directamente con las concepciones de masculino y femenino, de lo que se ha adscrito a mujeres y hombres en el derecho. Sin embargo, lejos de tomar conciencia de ello no advertimos las consecuencias que tiene al no señalar la presencia de estas construcciones estereotipadas cuando adjudicamos derechos y obligaciones, o cuando establecemos quiénes son sujetos de derecho y quiénes no.

Así por ejemplo, disposiciones sobre el hurto y cómo se manifiesta en la vida social muestra estos tres niveles. Una cosa es aquello que los códigos establezcan, la pena asignada, por ejemplo, si está relacionada con el valor de la cosa hurtada; el segundo cómo aquellos que realizan la selectividad penal las interpretan y aplican. Todo hurto de cosa mueble de menor valor será perseguido penalmente, o será por el efecto de la selección que realiza la policía o los fiscales las que inciden en la persecución penal, y finalmente si llevado a una investigación y juicio, los y las juezas establecen penas por ese delito. Bien sabemos, que la ausencia de aplicación de la norma no se sigue su derogación, a lo más podremos hablar de la eficacia de la misma sin que ello incida en su vigencia.

²² Mackinnon citada por Williams en “Igualdad sin discriminación”, trad. Paquita Cruz. En: Género y Derecho, Alda Facio y Lorena Frías, Editoras, American University Washington College of Law, LOM, Santiago, 1999. p. 89.

Se dice que detrás de las normas, en sus tres componentes se encuentran además aspectos fácticos y axiológicos. Estos se refieren a que las normas no surgen de la nada, sino que muy por el contrario son un producto de momentos político-culturales. Así, tienen un componente fáctico-sociológico y axiológico o valórico que existen detrás de su elaboración. Estos tres elementos a los que se refiere Facio se alimentan mutuamente.

Así, la existencia de normas relativas a la protección de integridad física de las personas fue un límite para la ocurrencia a gran escala de la violencia en contra de mujeres y niños. La *norma agendi*, es decir el tipo legal de lesiones, fue interpretado y aplicado como si no se aplicara a las agresiones y lesiones que se produjeran al interior de la familia. Había una percepción que los operadores sentían que las normas no alcanzaban a este fenómeno. A su vez, la percepción general –de hombres y mujeres– es que la violencia intrafamiliar era un asunto doméstico. Por ello, se justificaba la subordinación, dependencia y disciplinamiento al varón en el hogar del resto de los miembros de la familia. La violencia estaba naturalizada, pese a la existencia de normas expresas que pudieran cubrir y sancionar estas conductas.

De la misma manera cuando concebimos la aplicación de las normas, cuando resolvemos problemas acerca de la libertad personal, y particularmente la autodeterminación sexual, los derechos de las personas como partes de las familias, y el tipo de familias, y tantas otras que requieren conocimiento crítico y juicio proporcionados por otros campos científicos fuera del exclusivamente jurídico, pero que se interconectan con el derecho.

La aproximación clásica o tradicional al derecho lo ha entronizado como un orden neutral, racional y objetivo que se construye desde el ideal de la igualdad de los sujetos imperados. Sin embargo, todos los enfoques críticos cuestionan no solo la supuesta neutralidad de la norma, entendida como *norma agendi*, es decir aquella expedida por el legislador y de aplicación general, sino también la condición en que se encuentran los hombres y mujeres imperados por las normas. Es claro, que el derecho tampoco es siempre racional, pues responde a los momentos políticos y sociales en que se gestan las modificaciones normativas.

Si los principios sobre los cuales descansan los ordenamientos jurídicos de nuestra región se basan en los ideales de la ilustración de la libertad, igualdad y el racionalismo, los análisis y estudios del derecho

tradicionales que reiteran la inspiración de la Ilustración y los valores de la revolución liberal, desconocen que estos principios fueron ajenos a la experiencia de vastas poblaciones: los carentes de propiedad, los analfabetos, los indios, los negros y las mujeres. El derecho se constituyó como un orden político y jurídico que ha reglamentado en base a categorías y jerarquizaciones de los sujetos en la sociedad.

Los estudios del derecho marcados por la influencia del marxismo en su análisis, mostraron cómo el ordenamiento jurídico está estructurado en torno a un sistema de clases y de protección a la propiedad privada²³.

La premisa de que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal descansan sobre el hecho que responde a un tipo de sujeto imperado: el varón, blanco, de clase media y heterosexual. Esa es la experiencia de universalidad que comprende la norma, pues como lo repiten una y otra vez académicas y feministas, la elaboración de las mismas ha sido hecha por varones, y por lo mismo su experiencia y esa realidad es representada por las normas.

Así la violación era un atentado al honor de una familia ofendida y no a la integridad de una mujer violada. O la preocupación de los operadores en que las mujeres hayan resistido el ataque, es porque les preocupa más los casos de falsas acusaciones que proteger a las mujeres de las agresiones sexuales²⁴.

Los conceptos de "buen padre de familia", "la doncella", "honestidad", "capacidad jurídica" se relacionan directamente con las concepciones de masculino y femenino. De lo que se ha adscrito a mujeres y hombres en el derecho. Sin embargo, lejos de tomar conciencia de ello, no advertimos las consecuencias que tiene no darnos cuenta de estas construcciones cuando adjudicamos derechos y obligaciones y establecemos quiénes son sujetos de derecho y quiénes no lo son.

²³ Véase por ejemplo en América Latina, los trabajos de Eduardo Novoa Monreal sobre este punto. Las feministas, por su parte, a través de su relato sobre el género y el derecho, relevaron que el derecho también tiene sexo. Olsen Frances, *El Sexo del Derecho*, David Kairys (ed.), *The Politics of Law* (New York, Pantheon, 1990), pp. 452-467. trad. Christian Curtis y Mariela Santoro En: <http://www.institutoarendt.com.ar/salon/articulos/olsen.pdf>. Sobre la raza/color del derecho puede revisarse Patricia Williams, *The Pain of Bondage (A tale of two stories)* in *The Alchemy of Race and Rights: Diary of a Law Professor*, Harvard University Press, Cambridge, 1991, pp.146-165.

²⁴ Williams, op. cit

La dicotomía que se instala a partir del modelo liberal crea la división público-privado. En esta distinción, se ha señalado que “lo público”, relativo a la deliberación política, y la participación en la economía productiva y remunerada es propio del mundo masculino., Mientras que “lo privado” se encuentra recluido para la domesticidad, la familia, el lugar que ocupan las mujeres.

Esta distinción también tiene eco en el derecho, en la medida en que todo aquello que histórica, política o culturalmente se define como privado ha quedado exento de la intromisión del derecho. Por ello, como postula Olsen, el derecho interviene desde una postura de “no intervención”, dejando a las mujeres expuestas a diversas formas de violencia, o bien regulando otras áreas para dejarlas en desventaja²⁵.

Por ello, se postula que el derecho fracasa en su intento de universalismo, objetividad y racionalidad. Ello debido a que en su intervención en las regulaciones de los espacios domésticos o privados, lo ha hecho para situar a las mujeres en desventaja o en un régimen de inferioridad. Allí se construyen el “ideal de mujer” o las relaciones que ella debe tener con los hombres: su padre, marido o hijos.

Las mujeres en el derecho, sin ir más lejos, han sido consideradas como “menores e incapaces” en los Códigos y leyes, sin que legisladores ni jueces ni autores destacados del derecho, hubieran cuestionado estas prescripciones como contrarias a las disposiciones de igualdad incorporadas en todas los marcos constitucionales en la región o contrarios a los principios de la Ilustración o el liberalismo que abrazan.

Piénsese por ejemplo, en la antigua disposición del Código Civil de Guatemala que disponía que la mujer requería la autorización de su cónyuge para realizar tareas productivas fuera del hogar y estando facultada en la medida en que estas actividades no fuera en detrimento de las tareas propias de la mujer en el hogar, esto es el cuidado y crianza de los hijos²⁶. La norma en este caso representa una visión je-

²⁵ Olsen Frances, *El Sexo del Derecho*, David Kairys (ed.), *The Politics of Law* (New York, Pantheon, 1990), pp. 452-467. trad. Christian Courtis y Mariela Santoro En: <http://www.institutoarendt.com.ar/salon/articulos/olsen.pdf>

²⁶ Véase por ejemplo, la petición presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, María Eugenia Morales de Sierra contra Guatemala, Caso 11.625, Informe No. 4/00, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. en 929 (2000) en <<http://www1.umn.edu/humanrts/cases/S4-00.html>>

rarquizada: el marido es el jefe y la mujer se encuentra en una situación de subordinación. Pero además, el derecho enuncia cuáles son las tareas y el espacio propio de las mujeres: el hogar a cargo de las tareas domésticas para que el marido pueda realizar las tareas propias del proveedor. Es altamente posible que la María Eugenia Morales de Sierra no enfrentara cada una de estas limitantes, pero el derecho le proveía al marido las herramientas para asegurar su subordinación.

Detengámonos en este punto, la norma entrega un patrón de la familia ideal: un proveedor varón y una mujer entregada al espacio doméstico, aun cuando ella no sea la realidad de muchas mujeres quienes trabajan a la par de sus parejas, que son las cabezas de hogar y cumplen las labores del proveedor ideal.

Así, el derecho opera como un mecanismo de construcción de realidad, de prescripción de roles y de sometimiento de las mujeres a un poder masculino.

Ello queda en evidencia por ejemplo, en que aggiornamento del derecho a los ideales de la igualdad del liberalismo, hacen que sea reformado el Código Civil chileno en 1989 en materia de capacidad jurídica de la mujer casada. Esta igualación de derechos –llamémoslo igualdad formal– se queda corta en reconocer una igualdad sustantiva, pues si bien deroga el régimen de equiparar a las mujeres con la incapacidad jurídica de los menores, se mantienen hasta la actualidad las reglas que mantienen al hombre como jefe de la sociedad conyugal, y administrador de los bienes propios de la mujer. Ello vulnera los ideales de la Ilustración y los postulados del modelo liberal, o bien, que el modelo liberal no contó con la presencia de una mujer igual al varón²⁷.

Como señala Fraser, los ideales que aún perviven en el derecho están en franca tensión con la realidad. Las mujeres hace mucho rato, sea por necesidad o elección, participan del mundo productivo remunerado, el salario familiar no es suficiente, y por lo mismo la imagen de una mujer que espera pacientemente que el salario familiar satisfaga las necesidades de toda la prole es cada vez menos común.

²⁷ Véase la petición "Sonia Arce Esparza v. Chile, Caso 071/01, Informe No. 59/03, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 70 rev. 2 en 213 (2003) en < <http://www1.umn.edu/humanrts/cases/S59-03.html>>

El derecho tampoco ha sido neutro frente a la sexualidad. Ha tomado la heterosexualidad como la norma. Ello ha significado que en muchos órdenes normativos las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo son penadas por ley. Las cláusulas de no discriminación, parece no ser inclusivas o suficientes para proteger a las personas de tratos arbitrarios y discriminatorios en base a la orientación sexual.

Lo que ha hecho la inclusión de una perspectiva de género es mostrar los elementos políticos de un cambio que responda a las necesidades de las mujeres y a otros colectivos. Así lo público se redefine como una estrategia política que permita revelar cómo la violencia en contra de las mujeres debe ser un hecho de preocupación pública, y por lo mismo, regulado por el derecho.

De la misma manera, se explica cómo las teóricas del género han facilitado y creado nuevas figuras en el derecho penal, como la violación conyugal, el acoso sexual, todas formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres que permiten superar la mirada parcial del “derecho universal masculino”.

2.2. El género en el derecho

Un análisis más moderno del fenómeno jurídico advierten que el derecho no es solo un asunto de normas, que tiene un elemento de tridimensionalidad. Obando, siguiendo a Miguel Ruiz, explica que en el derecho se relacionan la dimensión normativa, la fáctica o sociológica y la valorativa o axiológica²⁸. Ello quiere decir, que las normas responden a ciertos contextos sociales y culturales y cuya base a su vez tiene ciertos valores del contexto social. Ella señala que las relaciones de género pueden encontrarse fácilmente en estas tres dimensiones.

Si el contexto nutre o responde a las necesidades de una sociedad determinada, las necesidades pueden estar claramente perjudicadas sobre las relaciones de hombres y mujeres, o los valores estereotipados puedan infiltrar la construcción normativa.

Rocío Villanueva lo muestra ejemplificando con la antigua legislación peruana, muy similar a la del resto de los países en la región, sobre el adulterio. El artículo 564 del Código Penal de 1863 señalaba:

²⁸ Obando, op. cit.

“La mujer que cometa adulterio perderá todos los derechos de la sociedad conyugal, y sufrirá una reclusión por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pase seis meses”²⁹.

Ella desentraña la norma para decirnos que

1. La mujer es el sujeto activo de la norma; no existe posibilidad de que el hombre sea adúltero.
2. La norma pedía un ideal de mujer virtuosa, es decir le “era propio la fidelidad”, mientras que para el marido aparece como propio ser infiel³⁰.

Si aquí tenemos una expresión de las necesidades sociales: asegurar el buen comportamiento sexual de las mujeres³¹. No solo buscamos asegurar que ella mantenga el decoro sexual, pero junto con restantes normas del Código Civil buscará asegurar que la prole que genere un hombre sea realmente suya. También en un análisis legal más complejo se deben considerar otros aspectos igualmente importantes del fenómeno jurídico: la aplicación e interpretación de esas normas y sus niveles de eficacia. Así la norma no se encuentra aislada sino que es parte de un sistema en que participan no solo quienes elaboraron la norma, los y las legisladores, sino también quienes como los jueces, a través de su trabajo, les van dando vida y eficacia.

La función que aparece a primera vista de la esencia del trabajo de los jueces es la aplicación del derecho. Cuando resuelven problemas sometidos a su competencia no solo deben encuadrar ciertos hechos, sino que elegir las normas que pudieran ser aplicables al caso concreto. Pudiéramos decir que la tarea de un o una fiscal es similar. Debe investigar e imputar a una persona por una conducta antijurídica. Sin embargo, para adoptar esa decisión debe construir una teoría del caso, encuadrar y valorar los hechos para investigar e imputar bajo el delito a o b.

²⁹ Citado en Villanueva Rocío, “Análisis del Derecho y perspectiva de Género”. En: Sobre Género, Derecho y discriminación, Pontificia Universidad Católica del Perú y Defensoría del Pueblo, Lima, 1999, p. 16.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ Prescribe la virtuosidad femenina en el matrimonio, mientras que naturaliza lo que se espera de los hombres.

Pero volviendo a la labor de adjudicación, esta forma de resolver un asunto no es mecánica. No es la mera aplicación de un silogismo, como algunos supusieron que era la labor jurisdiccional. Los hechos también están sujetos a valoraciones de la misma manera que las normas aplicables. En todo caso, muchos de los problemas que se someten a consideración de los jueces no son las normas aplicables, sino la valoración sobre hechos sobre los que gira un problema determinado, sin descartar los problemas que el derecho tiene una textura amplia, y lo que “aparente ser claro de la norma” no lo es y exige un ejercicio hermenéutico. Así Villanueva, siguiendo a Atienza, afirma que el supuesto silogismo judicial esconde una serie de problemas o limitantes, por ejemplo, respecto de falsas premisas que pueden no ser ciertas, y que pese a ello alcanzan una conclusión satisfactoria desde el punto de vista lógico.

Lo relevante en la teoría de la argumentación jurídica y su relación con el género, es que el proceso de “descubrimiento” y “justificación” en que la primera alude a los contextos y las motivaciones que explican una decisión (políticas, ideológicas, psicológicas) mientras que la justificación se refiere a las razones que “permiten entender por qué se realizó una acción o eventualmente para predecir la ejecución de una acción, sino para valorarla para determinar si fue buena o mala”³².

En este momento que la distinción entre descubrimiento o justificación no es tan nítido. Más allá de considerar que las personas que realizan estas tareas lo hacen desde la asepsia de sus convicciones, sin embargo los valores, las creencias que tienen son parte de su bagaje cultural y político que permea sus decisiones.

La historia sobre la aplicación de una norma del Código Civil peruano que consideraba la violencia como causal de divorcio es ilustrativa en un caso que reseña Rocío Villanueva y que resulta ilustrativo:

³² Carlos Nino citado por Villanueva, Rocío, “Análisis del Derecho y perspectiva de Género”. En: *Sobre Género, Derecho y discriminación*, Pontificia Universidad Católica del Perú y Defensoría del Pueblo, Lima, 1999, p. 29

El artículo 333 del Código Civil señalaba que son causales de divorcio:

“2. La violencia física o psicológica, que el Juez, apreciará según las circunstancias.

3. La injuria grave.”

El día 27 de diciembre de 1995, la señora L.L. de K. esposa de una acaudalado empresario limeño, presentó ante un juzgado peruano una demanda de divorcio por violencia psicológica e injuria grave, aduciendo que era víctima de una conducta permanente de menosprecio, insultos y agresiones verbales por parte de su cónyuge, el señor G.K.C. Llevaban 23 años de matrimonio y tenían cuatro hijos, dos de ellos menores de edad (12 y 16 años). Entre los hechos descritos y las pruebas acompañadas, cabe citar lo siguiente:

- a) El día 12 de mayo de 1995, luego de una discusión, el demandado dio a las empleadas del hogar la orden de no obedecer ni atender a la demandante, indicando que él era quien mantenía la casa. Luego de ello, y en presencia de su hija menor de 12 años, subió a la sala de estar tratando de agredir a su esposa. Ante los gritos del marido, uno de los hijos mayores se levantó para evitar que el demandado golpear a la demandante. Lo mismo hizo la hija, quien llorando impidió que su padre maltratara a su madre. De estos hechos da cuenta la denuncia policial presentada en la Comisaría de Mujeres de Lima, el 29 de mayo de 1995.
- b) Con fecha 7 de junio de 1995, con ocasión de un incidente suscitado con una de las empleadas del hogar, la reacción del demandado fue insultar a gritos a la demandante, tirar al suelo los utensilios en la cocina, amarrar los cables del teléfono para evitar que llamara al servicio de seguridad del distrito [...] y arrojar la tetera con agua caliente. Fotografías presentadas con la demanda dan cuenta de estos hechos.
- c) El día 16 de junio de 1995 el demandado llegó ebrio a la casa y ante todos sus hijos se refirió a la demandante en términos soeces. La demandante grabó estos insultos y la grabación fue presentada a la demanda.

- d) En otra oportunidad el demandado destrozó dos blusas de seda de la demandante. Las fotografías de estas prendas de vestir demuestran los hechos aducidos”.

La demandante solicitó igualmente alimentos provisorios, la tución y cuidado de sus hijos menores de edad y la autorización judicial para hacer abandono de hogar. Antes de que fuese admitida la demanda, la mujer fue físicamente agredida con una herida en una oreja. La agresión fue denunciada en la comisaría y fue constatada en un examen médico-legista, todo lo cual fue presentado en el tribunal. Ella abandonó la casa común en compañía de su hija de 12 años llevándose algunas de sus pertenencias.

El marido envió el resto de sus pertenencias en bolsas de basura a un depósito de una tienda de ropa de la familia de la mujer. La mayoría de los objetos que llegaron venían rotos, se tomó un acta notarial y fotografías del estado en que llegaron las cosas.

Posteriormente el demandado llamó a la demandante insultándola, ésta grabó la conversación y fue puesta a disposición del tribunal.

La demanda de divorcio fue admitida. Sin embargo, el juez de primera instancia señaló que la violencia psicológica debía entenderse “la crueldad excesiva de uno de los cónyuges hacia el otro” y por injuria grave “la ofensa inexcusable manifestada verbalmente o a través de una conducta que atentara contra los deberes de respeto mutuo, fidelidad y asistencia que se deben los cónyuges”.

El marido apeló de la decisión que admitió la demanda, y la sala de familia de la Corte Superior de Lima la revocó señalando que la demanda era infundada y señaló:

“CONSIDERANDO:

Primero- Que revisados los autos, puede colegirse si bien es cierto la parte demandante ha aportado medios probatorios (documentos: copia de denuncias policiales, grabaciones, fotografías, y reconocimientos de los últimos), para tratar de llevar la convicción o certeza respecto al “permanente” menosprecio, insultos, y agresiones verbales de los que afirma ser víctima, tratándose como la propia actora expresa, tanto en su escrito de demanda

como en su declaración presentada en el acto de la Audiencia realizada el cinco de febrero del presente año, cuya acta obra a fojas cuatrocientos noventa a fojas cuatrocientos noventa y cinco del cuaderno principal, de reacciones motivadas ante determinadas conductas de la misma: “decisión adoptada el tres de marzo de 1995 de interrumpir la cohabitación, reacción por llamada de atención al chofer el seis de mayo de 1995, reacción ante un altercado el doce de ese mes y reacción producida el 16 de junio de dicho año, por la presentación de la abogada de la actora, de una propuesta de convenio de separación convencional”.

Segundo.- Que, consecuentemente, al no haber probado la accionante el permanente menosprecio, insultos y agresiones verbales que alega, los que sustentan su pretensión de divorcio, debe declararse infundada la demanda.

Tercero.- Que de otra parte, es necesario precisar que en el derecho de familia es fundamental el rol del juez, que en casos como el presente, cuando llega a su conocimiento la existencia de un conflicto familiar, no puede adoptar una postura de simple espectador, correspondiéndole intentar restablecer el equilibrio roto y afianzar el núcleo familiar, prevaleciendo el interés superior que propugna preservar la integridad de la familia y sus miembros.

Cuarto.- Que consecuentemente, resulta necesario dictar una medida terapéutica, siendo imprescindible la colaboración de los integrantes del núcleo familiar, máxime que los hijos menores del matrimonio G.A y J.L.K.L [...] han presenciado los hechos, según lo expuesto por las partes en la demanda y en la contestación de la misma...

REVOCARON la sentencia apelada ... REFORMÁNDOLA declararon infundada la peticada demanda [y] DISPUSIERON que el núcleo familiar integrado por los cónyuges ...y los hijos ... realicen en conjunto, una terapia a cargo de un psicólogo profesional, quien se encargará de evaluar y diagnosticar la problemática existente y reconstruir el comportamiento y trato entre los mismos...”

Se puede colegir que una de las partes expuso cuál o cuáles eran las normas atingentes, pues ella demandada de divorcio con causal. La cuestión era la valoración de los hechos que hiciera el juez. De

acuerdo a las máximas de experiencia del juez de primera instancia no se configuraba la crueldad excesiva o la falta inexcusable de los deberes del matrimonio, pero igualmente admitió la demanda. Sin embargo, la valoración de los jueces en apelación, es que de acuerdo a los antecedentes los elementos de violencia presentes y reconocidos por el demandado no son considerados suficientes, pues prima el valor que inspira la norma (divorcio con causal) en la mantención del vínculo matrimonial y no la protección de los miembros de la familia de la violencia. Es decir, la causal requeriría soportar un umbral más alto de violencia antes de que un juez admitiera la demanda. Se podrá decir que los jueces se hacen cargo de la existencia de un conflicto: ella desea separarse, pero pareciera que él no, y la labor de los jueces será mantener el vínculo, o esperar la recomendación que haga un profesional externo y no lo que la voluntad de las partes fueran, en particular los deseos de la mujer.

Hacer este análisis es dar cuenta de una narrativa crítica no solo lo que establecen las normas, suponiendo que esta pueda ser excesiva al exigir maltrato permanente pues entonces el maltrato ocasional quedaría impune, sino también cómo se produce la interpretación y aplicación del derecho.

Este es el mismo tipo de ejercicio que deben hacer los fiscales para investigar en los casos de maltrato habitual bajo la Ley 20.066 de violencia intrafamiliar en Chile, teniendo como parámetro los hechos que califican los jueces de familia. Los jueces quienes remiten los antecedentes al Ministerio Público para su investigación sea por maltrato habitual, los y las fiscales pueden adoptar el mismo camino o redireccionar la investigación en un sentido distinto por señalar que existe un delito de lesiones o amenazas, o bien determinan archivar el caso, pues no consideran que existen antecedentes suficientes para la persecución penal.

Sin embargo, subsiste una pregunta, si la norma del caso recién reseñado es justa o no, cosa distinta a la validez o la eficacia de la misma³³.

³³ Bobbio, Norberto, *Teoría general del Derecho*, trad. Eduardo Rozo Acuña, 6ª reimpresión, Editorial Debate, Madrid, 1999, pp. 33-51.

2.3. La justicia y la justicia genérica

Todo lo que hemos visto hasta ahora nos hace preguntarnos por las normas y su aplicación. Sin embargo, el derecho ha estado intrínsecamente vinculado a la cuestión de la justicia, pero cuál es esa la relación y qué entendemos por justicia no son cuestiones claras. Respuestas a estas interrogantes exceden unas cuantas líneas, no obstante podemos adelantar algunas reflexiones.

Para algunos, la justicia del derecho está vinculada con el contenido de las normas, mientras que para otros será la aplicación de esas normas en forma igual para todos. En palabras de Campbell, la primera alude a la adecuada implementación de las reglas jurídicas, lo que se podría denominar justicia formal³⁴. El problema que se produciría es que la aplicación de las normas, como hemos visto hasta hora, puede llevar consigo resultados injustos. En otro sentido, es darle un sentido distinto a las normas y su aplicación que sería algo así como aquello que se le otorga o niega a las personas de acuerdo a sus méritos. Ello sin embargo, podría ser discriminatorio, pues la construcción en un sistema meritocrático puede esconder las desigualdades históricas fundadas en la raza, etnia, clase o género. Si el concepto mismo del mérito es androcéntrico, es decir tomando como patrón la experiencia de cierto varón masculino, puede resultar igualmente discriminatoria.

La pregunta sobre *¿Qué es la Justicia,?* no tiene una respuesta unívoca, y desde los griegos en Platón que se refiere a la justicia en el Libro I La República hasta los contemporáneos autores de filosofía política dan cuenta de un largo trayecto para considerar lo que es “justo” de “lo injusto” entendido como darle a cada uno lo suyo. Ello lleva implícito que las personas *deban ser* (una prescripción) tratadas en forma igualitaria, tratar a los iguales de igual manera. Pero esta forma de concebir la justicia parte de la premisa de que todos somos iguales, ignora que las personas no somos iguales ni biológicamente, ni en capacidades intelectuales, habilidades, riquezas o poder. De hecho, la propia consigna de que a cada uno lo suyo, resultó ser para inerte de exclusión y desigualdad para las mujeres y para los esclavos quienes no compartían el lenguaje de que eran personas.

³⁴ Campbell, Tom, *La Justicia: Los principales debates contemporáneos*, trad. Silvina Álvarez, 1ª reimpresión, Editorial Gedisa, Barcelona, 2008.

Un autor como Tom Campbell describe que la construcción de lo que significa justicia parece llevarnos a una teoría de la justicia como una virtud negativa, es decir, “con la forma en que las personas *no* deberían tratarse las unas a las otras. Hay alguna base para la creencia en que es el sentido de la *injusticia* o agravio el que está en el núcleo de nuestras ideas sobre la justicia...”³⁵. Sin embargo, esta concepción de la justicia parece ser limitada, y le otorgamos a la justicia un sentido positivo, más político, de reivindicación que responda, por ejemplo, a remediar pasados agravios, a compensar a las víctimas.

Desde una perspectiva de género, los y las autoras han afirmado que desde los más clásicos (Platón en adelante) y los ideales de justicia apegados a un modelo liberal, como el de Rawls, o los comunitaristas o libertarios, no reconocen las especiales condiciones de opresión o subordinación de clase y género en que se encuentran ciertos grupos. Por ello, partir solo desde los méritos, o abogar por medidas que respondan a pasados agravios o medidas correctivas del modelo, es no cuestionar esas relaciones de poder basados en el sexo o en la clase. Esto lo señalan claramente feministas como Iris Marion Young³⁶.

Para Hans Kelsen, la idea de justicia parece estar destinada a la clase de cuestiones que la sabiduría se ha resignado a no poder contestar de modo definitivo y que siempre pueden ser replanteadas. La justicia, así es una calidad posible –no necesaria– de un orden social que regula las relaciones mutuas entre las personas.

Evidentemente, este orden social ha sido establecido fuera de la decisión y participación de las mujeres, y el derecho refleja este orden social, androcéntrico y excluyente para ellas³⁷.

El feminismo, en su bagaje doctrinario, siguiendo el itinerario ideológico para transversalizarlo con la mirada de género, ha reflexionado específicamente sobre la justicia y ha generado, incluso, nuevos conceptos, como el de “justicia genérica”.

³⁵ *Ibíd.* p. 15

³⁶ Young, Iris Marion, “La acción afirmativa y el mito del mérito, La justicia y la política de la diferencia”, *Feminismos*, 59, Editorial Cátedra Universidad de Valencia, 2000.

³⁷ Facio, 1999, *op. cit.*

La justicia genérica: “se refiere a la protección y la promoción de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales en base a la equidad de género. Requiere introducir la perspectiva de género en los derechos mismos, así como una evaluación del acceso y de los obstáculos para disfrutar de estos derechos por parte de mujeres, hombres, niñas y niños y adoptar estrategias sensibles al género para protegerlos e impulsarlos”.

La concepción liberal del derecho y la justicia –construida desde el velo de la ignorancia– que distinguió también como espacios separados el público y el privado no cuestionó específicamente la subordinación de las mujeres en decisiones, representaciones, roles, derechos. Es otras palabras, Rawls no tuvo en cuenta la construcción cultural de género como sustrato condicionante del que parten hombres y mujeres para obtener derechos y justicia, ya que no relaciona a los individuos/as con su contexto histórico-cultural específico.

Así, la mirada liberal del modelo político y de justicia, tuvo siempre una mirada fundamentalmente androcéntrica. No ha dejado suficientemente clara la necesidad de políticas sociales de reconocimiento y redistribución en el caso de asignaciones o acumulaciones que priven derechos humanos a otras personas. Tampoco se habría hecho cargo de las tensiones entre autonomía y dependencia o cuidado de seres humanos (una actividad ligada a la responsabilidad de las mujeres y a este espacio privado asignado culturalmente, sin remuneración, reproductivo, esclavo). No obstante, hizo hincapié en la libertad individual, y la posibilidad de ejercer los derechos individuales en forma autónoma como seres humanos autónomos y en igualdad de dignidad. De allí que se pudiera pensar que, pese a la no inclusión explícita de las demandas feministas, los liberales estarían de acuerdo con que las mujeres han sido un grupo históricamente desventajado. De ello no se sigue, que estén de acuerdo con las propuestas que surjan desde las doctrinas legales, políticas y filosóficas desde el feminismo, especialmente las más radicales.

Campbell sostiene que es importante que al trabajar sobre la justicia se tengan en cuenta los variados contextos sociales y políticos en los que aparecen las ideologías adosadas a distintos enfoques, así como un análisis preliminar de qué es recibir lo que se merece y ver con qué distribución de cargas y beneficios económicos y políticos se

³⁸ INSTRAW, Naciones Unidas, 2007.

efectúa, por lo que se incluyen al respecto principios comparativos, retributivos y rectificaciones.

Entonces, no se trata solo de mirar las libertades negativas, el derecho a hacer sin la intromisión de otros, sino también la distribución equitativa de las cargas, como el trabajo doméstico. Así, no solo se trata de una igualdad formal del ejercicio de derechos si no es posible advertir que los contextos sociales y culturales impedirán su ejercicio o goce.

La teoría feminista ha realizado una apuesta crítica a las diversas teorías sobre la Justicia. Si bien las feministas liberales optaron por reclamar de la *injusticia* que las mujeres no tuvieran o gozaran de los mismos derechos que los hombres, hay corrientes del feminismo radical, como Iris Marion Young, que postulan que una gran teoría de la justicia es claramente limitada. Se construye desde grandes ideales, abstracciones y generalizaciones que no logran captar las diferencias entre los distintos sujetos sociales. Así, las experiencias de los hombres no serán todas iguales ni las de las mujeres tampoco, pues variables como raza, etnia o clase serán relevantes para identificar aquello que será justo e igualitario para cada uno de ellos. Así la justicia no es solo el intento de reconocer la igualdad de partida sino el de resultados en la distribución de cargas y beneficios sociales.

Nancy Fraser, desde la teoría crítica, destaca la importancia del reconocimiento social y la redistribución de recursos, bienes, riquezas, como elementos necesarios para gozar de oportunidades y resultados, obtener y ejercer derechos, lograr justicia. Esta autora releva la intersección entre las esferas públicas y privadas (divididas en la concepción liberal). Entiende que se encuentran interconectadas y que dicha conexión tiene consecuencias para el ejercicio efectivo de los derechos y la realización de la justicia, lo que requiere, necesariamente, una mirada de género sobre dichos espacios, sus vínculos, asignaciones genéricas que en ellos habitan, para desarticular desigualdades³⁹.

Una justicia genérica es un aporte crítico al poder, al Estado, al sistema jurídico en sus relaciones, y a las relaciones de igualdad o desigualdad entre masculinidades y femineidades a nivel sociocultural y político. Ello se vincula a la discusión que va desde el reconocimiento de la diferencia, la ética del cuidado adosada históricamente a las mujeres y la deconstrucción de la distinción entre público y privado.

³⁹ Fraser, op. cit. 1999.

3. La igualdad y equidad: la equidad de género

*“Todos los animales son iguales,
pero algunos son más iguales que otros”*

(George Orwell 1984)

En esta sección revisaremos conceptos de igualdad y equidad y cómo se relacionan con la justicia de género. En primer término se revisará críticamente la noción de igualdad de oportunidades y las limitaciones que esta presenta frente a las experiencias y necesidades de aquellos grupos e individuos que se encuentran en desventaja. Se revisa la razón de la limitación del concepto de igualdad formal que no incorpora la justicia en los resultados como una variable. Se revisará igualmente, el concepto de discriminación e igualdad de trato que implicará no solo el aforismo de tratar igual a todos aquellos igualmente situados, sino que identificar situaciones en que categorías sospechosas de distingos deben ser justificadas.

3.1. Igualdad de oportunidades

Como vimos en la sección anterior, existe una estrecha relación entre justicia e igualdad. Katerina Tomasevski señala que tendemos a dar por sentado la igualdad entre hombres y mujeres, la prohibición de discriminación basada en el sexo, no obstante, cuando se redactó la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la mayoría de las mujeres en el mundo no podían votar, y cuando se aprobó y adoptó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Kuwait añadió la afirmación de que “el derecho a ser candidato a unas elecciones y a ejercer el derecho a voto está restringido a los varones”⁴⁰.

Si el énfasis que la mayoría de las teorías se centra en los derechos civiles y políticos, todo ello asociado a un estado liberal, las transformaciones y reformas legales para las mujeres han buscado entregar, al menos, los mismos derechos de que gozan los hombres. Este tipo de reformas ha sido sistemáticamente cuestionado desde una perspectiva de género por cuanto no es inclusiva de los derechos económicos, sociales y culturales que permiten a hombres y mujeres,

⁴⁰ Tomasevski, Katarina, Los derechos de las mujeres: de la prohibición a la eliminación de la discriminación. En <<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista12/articulos/katarina%20tomasevki.htm>

en diversos contextos, la igualdad como un punto de partida sino una aspiración en términos de resultados sociales deseables.

La igualdad no es un concepto raso. No podemos afirmar “todos/as somos iguales” sin considerar las diferencias que se deben relevar, las desigualdades que existen o deben modificarse, teniendo en cuenta realidades históricas y sistémicas, construcciones legislativas, la aplicación de la ley, y sus relaciones con el concepto y la práctica de la justicia.

Es importante, en este contexto doctrinario y político distinguir entre igualdad de derechos, circunscripta en la ley, de la igualdad de acceso y oportunidades en términos normativos o reales. Asimismo, considerar la igualdad de trato, y, finalmente, la igualdad de resultados entre las personas.

La noción de igualdad ha sido formulada desde la neutralidad, es una noción formal que no es capaz ni será capaz de identificar ni generar respuestas inclusivas de las demandas y las necesidades de las mujeres y todos aquellos sujetos o colectividades marginadas desde el sujeto universal-varón con ciertas características⁴¹.

En ocasiones, el lenguaje normativo y político de la igualdad que utilizamos reconoce la existencia de estas diferencias, de los lugares en que nos situamos. Decimos por ejemplo, “que hay algunos que somos más iguales que otros” reconociendo las diferencias sociales, de poder u otras.

Desde ese reconocimiento de cuestiones podemos constatar fácilmente que es posible adoptar un discurso y una práctica en torno a la igualdad de oportunidades que busca alcanzar una igualdad de resultados. Estas medidas que pueden estar bien intencionadas: romper con aquellos obstáculos que impiden que la igualdad para todos, ellas no logran impactar en las variables, situaciones o factores que provocan las desventajas.

⁴¹ Véase Camps, Victoria, *La Mujer Ciudadana*, En: *El siglo de las Mujeres*, 4ª ed., Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, Madrid, 2003.

Como dice Marcela Rodríguez “cuando la desigualdad social es la norma imperante en el contexto inicial previo a la distribución de herramientas, no podemos esperar que la mera igualdad abstracta de oportunidades será capaz de asegurar igualdad de resultados”⁴².

La discriminación y el trato desigual no responden necesariamente a las intenciones de ciertas personas para situar a otras en inferioridad, (aunque tampoco se pueda negar que ello suceda). Las situaciones de desventaja suelen ocurrir como consecuencia de estructuras, instituciones o procesos instalados que no responden a una pensada y orquestada decisión de dar un trato desigual.

Pensemos por ejemplo, en aquellos programas educacionales que propician la incorporación de más niñas en la escuela, abriendo espacios y haciendo que las escuelas sean para niños de ambos sexos. Si el programa no toma en cuenta que las niñas no acuden a la escuela porque las familias y la sociedad no valoran la educación para las mujeres, pues se piensa que a ellas les corresponden las labores domésticas, no tiene sentido, desde esa valoración la inversión en educación para las niñas, porque es posible que no se logren los objetivos esperados. De la misma manera que si la dinámica en la sala de clases es subestimar e invisibilizar la participación de las niñas en el aula, la igualdad de oportunidades se queda en el formulismo sin que calificar la forma en que hay mayor inclusión.

De la misma manera que si abrimos más escuelas para los pobres bajo el eslogan de igualdad de oportunidades, niños y niñas de todas las clases sociales podrán asistir a la escuela. Sin embargo, si niños y niñas pobres deben participar en la economía familiar, en los procesos productivos remunerados o de reproducción de la domesticidad como una cuestión de primera necesidad y supervivencia de la familia, no estarán en condiciones de asistir a la escuela, por más que incluso se rebajen los aranceles o la escuela sea gratuita. Ello querrá decir que para que las medidas sean exitosas requerirán de hacerse cargo de las desigualdades que impiden que los niños o las niñas pobres no asistan a la escuela.

De allí que la **igualdad de oportunidades** requiera la eliminación de privilegios y discriminaciones preestablecidos y establecidos jurídi-

⁴² Rodríguez, Marcela, Igualdad, democracia y acciones positivas. En: Género y Derecho, Alda Facio y Lorena Fries editoras, American University Washington College of Law, La Morada y LOM Ediciones, Santiago, 1999, pp. 245-287.

camente, tales como los que aún existen entre los sexos, entre grupos étnicos, raciales u otros.

Implica un reconocimiento de las distintas necesidades de las personas para atenderlas de manera diferenciada a los fines de equipararlas y lograr igualdad, cuando no **parten de una misma base de derechos y condiciones**. O dicho de otro modo, “si la justa igualdad de oportunidades demanda la eliminación de las desventajas sociales, esto implicaría defender una asignación desigual de determinados instrumentos”. Esto implicaría adoptar un principio de justicia distributiva⁴³, que se haga cargo de la forma que cargas y beneficios sociales y materiales están distribuidos socialmente.

3.2. *Igualdad de trato*

Marchant considera que la voz igualdad y equidad son próximas, pero refieren a cosas distintas. Así, “**la igualdad de trato es la prohibición general de todo trato arbitrario y jurídicamente desigual**, pues debe darse el mismo trato a todas las personas y cosas, que se encuentren en la misma situación; debiendo pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de este trato los órganos jurisdiccionales a través de criterios objetivos y predeterminados”⁴⁴.

Esta forma de concebir la igualdad que proviene de una cultura occidental y cristiana significa que la regla general es que cualquier distingo es inadmisibles en cualquier relación entre las cosas y las personas, abarcando todo el derecho: civil, penal, laboral, comercial, tributario, ambiental, administrativo, económico, etc.⁴⁵.

Ello implica que existen ciertas categorías sospechosas para la igualdad: como establecer que ciertas ocupaciones las atiendan personas con determinadas características: edad, sexo, etc.

De haber distingos, estos deben estar fundados en argumentos racionales, objetivos, demostrables, tanto de hecho como de derecho. Es posible que cierto tipo de ocupaciones requieran habilidades especiales, ciertas destrezas o competencias, pero estas deben ser objetivas para el tipo de trabajo. Los tradicionales avisos de buscadores

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Marchant, Jaime “La discriminación y el derecho a la igualdad”. Artículo en Congreso de Derecho Constitucional 2005. En <http://www.carlosparma.com.ar/pdfs/cp_d_f_08.pdf>

⁴⁵ *Ibíd.* cit.

de trabajadores pueden propiciar que las personas de cierto rango de edad postulen a esos empleos, o que los puestos solo sean accesibles para personas solteras, o bien de un determinado sexo. En cada uno de esos casos, quien hace tales distinciones, pareciera, *prima facie*, estar violando las nociones más básicas del principio de igualdad.

Tendría que explicar las razones por las cuales un contador, es decir, un varón es requerido para un empleo, y no una persona –de cualquiera de los dos sexos– para realizar el trabajo teniendo las competencias para ello.

En otros casos, es posible que se busque a un posible empleado que mida más de lo común en la sociedad, 1.75 m (pensemos en las sociedades latinoamericanas), pues el empleador cree de buena fe que una persona con esa estatura podrá realizar de mejor manera tareas pesadas. El problema es que habiendo un criterio que se funda en una generalización que a mayor estatura mayor posibilidad de realizar tareas físicas duras, excluye a una gran cantidad de población que no satisface la regla (1.75 m), pero que además sea un requisito que no dé cuenta que mujeres y hombres con menores tallas puedan realizar esas tareas, y la experiencia lo demuestra.

Así, no solo habrá discriminación en contra de las mujeres quienes generalmente son más bajas, sino que también afectará a una gran proporción de personas cuyas pertenencias a ciertas etnias sean de menor estatura. Es lo que se denomina en inglés *adverse discrimination*, o discriminación por impacto, es decir, la norma es neutra pero el efecto de su aplicación tiene consecuencias discriminatorias.

El problema como lo señala MacKinnon es que el discurso de la igualdad se ha construido desde la dicotomía igualdad-diferencia, y los sexos son tratados distintos en razón de sus mutuas diferencias⁴⁶. Así se produce una tensión, pues el concepto de sexo presupone una diferencia, al mismo tiempo que género reclama un reconocimiento⁴⁷. Los parámetros de ser iguales a *ellos están concebidos desde un yo masculino y cada una de las medidas será una y masculina*. De allí, que Mackinnon se aleja de esta forma de razonar para hablar de relaciones de dominación, y no de igualmente situados, pues puede perpetuar la subordinación.

⁴⁶ MacKinnon, Catherine, *Feminism Unmodified: Discourses on Law and Life*, Harvard University Press, Cambridge, 1987, p. 32.

⁴⁷ *Ibíd.* p. 33.

A nivel normativo, las mujeres comienzan a proponer leyes diferentes, que relevan los temas que ellas priorizan para la igualdad de oportunidades y resultados, como para el desarrollo humano.

Van destacando, poco a poco, por ejemplo, las que tienen relación a su propio empoderamiento, como el cupo o cuota. Leyes modificadoras de la división sexual del trabajo como la licencia por paternidad, la no discriminación en relaciones laborales, la eliminación de la prohibición de trabajo nocturno, la igualdad de trato, el acoso laboral. Aquellas que ponen en el tapete derechos sexuales y reproductivos, incorporando los derechos a la salud sexual y reproductiva para todos y todas, el reconocimiento de la paternidad responsable, derecho a la planificación familiar, derechos de personas con otras orientaciones sexuales. Se incluye también la igualdad en el ámbito educativo como el derecho a la no discriminación en el sistema educativo. Son en general medidas que problematizan las relaciones y roles entre los géneros dentro y fuera del hogar, desmitificando la división de espacio público y privado⁴⁸.

En una justicia genérica, maternidad y reproducción van dejando de ser conceptos asimilados a las mujeres, como lo suelen hacer las concepciones esencialistas. Así las demandas no son guarderías para las trabajadoras, sino un sistema de cuidado infantil que permita a hombres y mujeres participar equitativamente en el mundo productivo.

Desde las reformas legales también se van deconstruyendo las categorías, así como conocemos la de mujer honesta y metodologías como la prueba de la honestidad de las mujeres, prueba de la lactancia por extracción de leche de la madre para obtener el derecho laboral; que implicaban una dominación patriarcal dentro del paradigma del derecho.

Se gestan, asimismo, nuevas políticas que ligan el espacio privado y el público en resolución de conflictos con perspectiva de géneros. Se limita la posibilidad de mediación en casos de violencia de género o intrafamiliar, pues se reconoce la desigualdad de poder entre las partes.

La distinción que hace Jaime Marchant de igualdad ante la ley y en la ley es relevante. La igualdad ante la ley busca la igual aplicación de la norma a los sujetos igualmente situados, pero es una cosa distinta

⁴⁸ Fraser 1999, op. cit. y las funciones tradicionales del cuidado (Lagarde, 2000).

de la *justicia* de la norma. La igualdad en la ley puede verse comprometida cuando es la norma la que hace una distinción arbitraria, como podría ser la expulsión de un establecimiento educación por causa de embarazo⁴⁹.

Marcela Lagarde destaca que la igualdad entre varones y mujeres es un piso igual de partida, de igual reconocimiento, normativa, trato, respeto identitario, y, fundamentalmente, un posicionamiento donde cada ser humano vale igual que el otro/a. Este principio de igualdad como principio normativo y como derecho, se sustenta en el principio ético de la justicia, ya que no es justa la convivencia en desigualdad ni la competencia en desigualdad, ni la distribución de derechos y deberes basados en desigualdades. Esto implica, además, el respeto a la dignidad, a vivir una vida libre de violencia, a gozar de un mínimo de no interferencia, la imparcialidad en las reglas comunitarias aplicadas, la participación, el reconocimiento de la desigualdad real y simbólica de las mujeres en relación a los jerarquizados hombres, la reconstrucción del conocimiento y organización de las instituciones que sostienen esta opresión. Asimismo, trabajar por el empoderamiento de las mujeres en equidad con los varones.

Los feminismos han distinguido entre diferencias biológicas y culturales. Pero también han profundizado las implicancias culturales de las diferencias biológicas o la integración cultural del concepto de sexo en el de género. Asimismo, se han preguntado acerca de la preservación o no de características que les hacen diferentes, fuera de modelos patriarcales.

Han contemplado las diferencias económicas, sociales, culturales, educativas entre géneros como producto histórico y de discriminación o desigualdad entre los derechos y prácticas genéricas.

La equidad de género para la conceptualización feminista, en general, alude a un compromiso social para asignar beneficios transitorios a un grupo en desventaja con el fin de revertir la desigualdad preexistente. Lleva implícito un principio de justicia, superación de privilegios y preocupación por la justicia genérica, justicia social y derechos humanos. Equidad, entonces, implica igualdad en los resultados.

⁴⁹ Marchant, op. cit.

No hay igualdad entre seres humanos de distinta condición social, política, jurídica, u otras hasta nuestro siglo. Por ello la ley, como techo mínimo, debe favorecer que la igualdad sea un hecho concreto establecido jurídicamente. Que permita distinguir entre los/as desiguales, para generar justicia y buscar formas de respeto a sus derechos humanos **mediante acciones positivas que eliminen las diferencias arbitrarias**. No pocas legislaciones comprometen al Estado en el establecimiento y aplicación de medidas para modificar diferencias arbitrarias y expresan claramente que estas medidas de acción positiva constituyen una “discriminación positiva”, ya que sirve como palanca para el equilibrio del sistema, discriminando para establecer mecanismos que sirvan para eliminar las brechas de injusticia.

3.3. Las acciones positivas

La expresión deriva de las políticas anglosajonas de “affirmative action”. Son todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad mediante la eliminación de las desigualdades de hecho⁵⁰.

Las acciones positivas son medidas que se adoptan desde un punto de vista de la justicia compensatoria, distributiva y su utilidad social⁵¹.

La justicia compensatoria busca resarcir o remediar los agravios pasados que una persona o un grupo de personas hubiera sufrido. Esto significará distribuir de una manera distinta las cargas y los beneficios sociales y materiales. Es posible que quien hubiera sufrido el daño no sea el directamente beneficiado. Así, si las personas afrodescendientes o los indígenas fueron tratadas como esclavos, excluidos de la educación en un momento determinado, los efectos de tal exclusión podrán, y suelen manifestarse no solo en las generaciones directamente afectadas, sino también las posteriores y que se manifiesta, entre otros, en menores índices educacionales, pobreza y marginación social.

La justicia distribuida podrá tener como antecedente los agravios o injusticias pasadas, pero su objetivo no es revocar ni compensarlos en el presente, sino que habrá una desigual entrega de recursos o beneficios porque lo merece. El principio sobre el cual descansa,

⁵⁰ Marchant, op. cit.

⁵¹ Rodríguez, op cit..

es advertir la distribución de cargas y beneficios en el presente. Ver de qué manera resulta más justa esa distribución para el futuro. Está apuntando no solo a las oportunidades existentes –que pueden ser relevantes– sino y en particular a los resultados de medidas concretas. Aquí el punto será preguntarnos, si la igualdad de oportunidades se quiebra con un trato diferenciado, Rodríguez siguiendo a Rawls, sostiene que una desigualdad de oportunidades solo podría ser aceptable si esta agranda la oportunidad de aquellos con menos⁵².

La utilidad social la podemos tomar desde una óptica utilitarista, en que se insta a la maximización de bienestar de la mayoría de los miembros de una comunidad, es necesario o conveniente para la sociedad, por los efectos generales que produce. Para Rodríguez, pueden ser justificados incluso si quienes lo reciben no han sido agraviados en el pasado. Se busca promover y desarrollar modelos de roles deseables, la destrucción de estereotipos, el logro e incremento de la diversidad, el alivio de las tensiones entre grupos y la provisión mejorada de servicios a los menos aventajados social y políticamente⁵³.

Según los datos actualizados de la Organización Mundial del Trabajo, OIT, a nivel internacional el promedio de mujeres en las cámara baja es casi de un 16% mientras que ese porcentaje se reduce a un poco más de un 13% en el Senado o cámara superior legislativa⁵⁴. Lo relevante es que distintos estudios indican que para que haya un impacto en los procesos legislativos se requiere la instalación de una masa crítica que sería, al menos, un 30% de los representantes. Así las actuales cifras no permitirían que la diversidad, al menos de las experiencias de las mujeres, se manifestara cabalmente en las ramas legislativas.

El panorama normativo de la región da cuenta que existen una multiplicidad de formas en que las acciones positivas se integran en los ordenamientos jurídicos de la región, en algunos casos, como en Colombia con un llamado expreso de igual y efectiva participación de

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ Wirth, Linda, "Romper el techo de cristal. Las mujeres en puestos de dirección", Organización Internacional del Trabajo, Naciones Unidas, Actualización, Ginebra, 2004. En: <<http://www.ilo.org/dyn/gender/docs/RES/292/F61986410/Romper%20el%20techo%20de%20cristal.pdf>>

las mujeres en los procesos políticos⁵⁵. Hay leyes específicas en Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela con diversos niveles de impacto⁵⁶, todas las cuales intentan incrementar la participación de las mujeres en los procesos políticos. Esta legislación cristaliza a su vez en el orden doméstico interno las obligaciones que los estados americanos han adoptado cuando suscribieron la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer.

En su artículo 4.1 dispone que:

“La adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter **temporal** encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y trato”.

Todos los países de la región han suscrito esta Convención, por lo cual sus obligaciones se encuentran incorporadas en el bloque de constitucionalidad de sus respectivos países.

El tenor de la Convención es que creemos que Jaime Marchant conceptualiza las cuotas desde su temporalidad y señala que serían admisibles si la igualdad no fuera posible alcanzar de algún otro modo:

⁵⁵ Jaramillo, Cristina Isabel, “Reforma legal, feminismo y patriarcado en Colombia: el caso de la Ley de Cuotas para mujeres de alto nivel de la Rama Ejecutiva”. En: Más Allá del Derecho. Justicia y género en América Latina, Luisa Cabal y Cristina Motta editoras, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006, pp. 59-144.

⁵⁶ Krook, Mona Lena, “La adopción e impacto de las leyes de cuotas de género: una perspectiva global”. En: Mujer y Política. El impacto de las cuotas de género en América Latina, Marcela Ríos Tobar, editora, International Institute for Democracy and Electoral Assistance IDEA, FLACSO-Chile y Catalonia, Santiago, 2008, pp. 27-59.

La cuota de participación:

Establecida con carácter especial y transitorio, solo comprende la discriminación política, racial, sexual y la derivada de la minusvalía física o psíquica. Debe establecerse cuando el objetivo previsto, esto es, la eliminación de las desigualdades de hecho, no pueda ser lograda por otro modo; debe ser temporal, es decir establecerse solo mientras sea justificable. Solo pueden ser ordenadas por ley, ya que estamos estableciendo una desigualdad artificial para lograr una igualdad real. La cuota no implica una excepción o derogación del principio de la idoneidad o aptitud, pues los/as beneficiados/as por la cuota deben competir entre sí para acceder a ella⁵⁷.

La experiencia de las mujeres en el sistema político, es como si la mayoría haya sido tratada como una minoría. Representan más de la mitad de la humanidad, y requieren, y como dice Colazo, tienen derecho a estas medidas a los fines de participar en igualdad de oportunidades y resultados para acceder y ejercer decisión política, sindical, laboral, u otra⁵⁸.

Pensemos en un ejemplo sobre la adopción de medidas afirmativas que pueden ser de distinta índole, uno ellas las cuotas.

La inclusión de acciones tendientes a lograr mayores oportunidades para las personas tradicionalmente marginadas o excluidas de un proceso político como los indígenas o las mujeres se ha realizado a través de mecanismos como las cuotas, las que pueden ser escaños reservados, cuotas de partidos, normalmente cuotas voluntarias impuestas por los propio partidos o las cuotas legislativas que promueven un número mínimo de mujeres nominadas a cargos e elección popular⁵⁹.

También puede haber objetivos o metas plausibles que no establecería un sistema rígido como la política de paridad que es una meta-

⁵⁷ Marchant, op. cit.

⁵⁸ Colazo, Carmen y Yore, Perla, "Al rescate de nuestra historia. Historia de la lucha y conquista de la Multisectorial y la Red de Mujeres Políticas del Paraguay". Con auspicio del Programa de Liderazgo de Género (PROLID) del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). RQ Producciones, Asunción, 2001.

⁵⁹ Krook, op. cit.

objetivo deseable que hombres y mujeres estén proporcionalmente representadas, por ejemplo, en altos puestos de dirección pública. Las metas-objetivos se las consideraría más flexible de alcanzar a través de la buena fe, el problema radica si de verdad, los actores políticos e institucionales hacen verdaderos esfuerzos para promover mujeres⁶⁰.

Las objeciones a los sistemas de acciones afirmativas son múltiples, se dirá que habrá una discriminación inversa, que los o las elegidos son menos meritocráticos o que el progreso de la historia va dando cuenta de un cambio gradual, por lo cual no se necesitan medidas que apuren o aceleren la mayor inclusión⁶¹.

También se ha dicho que las cuotas no son efectivas –como ocurre en numerosos países– para asegurar la participación y representación no sexista, ya que acceden a ellas mujeres sin conciencia de género, no pocas veces promocionadas en lugar de otras mujeres del partido más combativas y feministas, por líderes varones para su propio beneficio. De hecho, se ha planteado, que por un lado las élites de los partidos políticos combaten la posibilidad de tener que contar con cuotas de este tipo, pero por otro las utilizan a fin de asegurar sus propias bases de poder⁶². También se argumenta en contra de ellas señalando que perjudica a las mujeres, pues instala en el imaginario que las mujeres sin este tipo de medidas no podrían alcanzar los lugares que ocupan y que serían esencialmente antidemocráticas.

Lo cierto es que las legislaciones que han determinado una cuota han dado como resultado una mayor representación del sexo excluido en muchos países. Asimismo, hasta el momento, mayor reconocimiento, participación y representación de mujeres adultas y jóvenes en la vida política, un espacio antes hegemonizado solo por hombres, aun cuando las experiencias varían de país en país, dependiendo de múltiples factores como los sistemas electorales, la forma en que en concreto funciona la cuota o el cumplimiento de estas medidas⁶³.

⁶⁰ Rodríguez, op. cit.

⁶¹ Fernández, María de los Ángeles, “Soy cuotista ¿Y qué?” Argumentos pro Igualdad Política de Género en un Páramo Liberal, Colección Ideas, Año 7 N° 66, Santiago, 2006. En: <<http://issuu.com/fundacionchile21/docs/col66>>

⁶² Krook, op. cit.

⁶³ Peschard, Jacqueline, Editora, “Estudio de Caso. El sistema de cuotas en América Latina. Panorama General”, Editorial Pañ, México, 2004. En <http://www.idea.int/publications/wip/upload/chapter_04a-CS-LatinAmerica.pdf>; Bareiro, Line y Soto, Clyde (eds.), Sola no basta. Mecanismos para mejorar la participación política de las mujeres, FES / CDE, Asunción, 1992. y Wirth, op. cit.

Las respuestas a las objeciones también se han elaborado desde las distintas ópticas ya sea desde la justicia o los objetivos de utilidad pública que buscan alcanzar⁶⁴.

Si la objeción es que las medidas producen resultados perjudiciales para determinadas personas, independientes de los efectos beneficios agregativos, Zúñiga Fajuri siguiendo a Miguel responde que aún así la discriminación inversa no sería arbitraria e irracional:

“La discriminación inversa no presenta tales características pues a) no existe motivación social despectiva, porque no entraña ningún tipo de menosprecio por los hombres; b) tampoco hay una finalidad de desigualdad injusta, toda vez que el objetivo de ella es precisamente conseguir una mayor igualdad entre grupos injustamente discriminados con anterioridad, y c) el objeto de la discriminación inversa no afecta nunca a los derechos básicos que, como el voto, la libertad de reunión o el derecho a defensa, no son sometibles a balances con fines sociales genéricos, sino que solo alcanza a la distribución de derechos o bienes sociales en los que, en diferentes contextos, se aceptan restricciones legales por finalidades de interés social”⁶⁵.

Las acciones no implican que aquellos que han detentado el poder no puedan seguir compitiendo por sus cupos. De hecho, y tal como sostiene Nagel, la inclusión de cuotas a favor de afroamericanos no significó una desvalorización de los blancos: “La auto-estima de los blancos como grupo no está en peligro por las “acciones positivas” dado que la situación se produce solo por su dominación general, y el objeto de la práctica es solo beneficiar a los negros, no excluir a los blancos. A política está diseñada para favorecer un grupo cuya posición social está excepcionalmente debilitada, con consecuencias destructivas tanto para la auto-estima de los miembros del grupo como para la salud y la cohesión de la sociedad”⁶⁶.

Es decir, los hombres mantendrán sus redes de contacto, o relaciones, tienen oficio en el aparato de la política seguirán teniendo la

⁶⁴ Rodríguez, op. cit.

⁶⁵ 19. Zúñiga, Alejandra, Aguilera Daniela y Vásquez Andrea, Lejos del Poder. Hacia la implementación de una Ley de cuotas en Chile, Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XX - N° 2 - Diciembre 2007, Páginas 9-30. En< http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502007000200001&script=sci_arttext#30>

⁶⁶ Nagel citado por Rodríguez, op. cit.

posibilidad de participar, sino que se abrirán las puertas a nuevos integrantes del juego.

Debemos entender que la igualdad jurídica de todos/as integran el concepto de democracia. Dentro de las instituciones del derecho electoral actual sobresale la aspiración no solo de la libertad de sufragio y participación, sino también la idea de proporción y tratamiento equitativo dentro del sistema. Las acciones positivas son parte de este equilibrio entre libertad e igualdad, ya que posibilitan que las minorías o mayorías subrepresentadas obtengan reconocimiento y representación, por medio de sistemas proporcionales. Por ejemplo, el sistema D'Hont, que favorece la representación proporcional de partidos políticos para que ninguno obtenga una representación mayoritaria absoluta, la representación regional que favorece la participación de las instancias descentralizadas por región, departamento, municipio, u otras divisiones territoriales⁶⁷, o las representaciones de grupos lingüísticos o étnicos para asegurar la diversidad cultural y étnica como se da en casos como Bélgica.

Las cuotas también se aplican, en algunos estados, al ingreso a la administración pública por personas de otras razas, sexos, capacidades diferentes (no videntes, personas que poseen problemas de audición, etc.). En EE.UU., un Decreto Ley de 1968 establece directrices concretas para asegurar la representación de las minorías en todos los puestos de trabajo y en todas las categorías de organización de carrera. En dicho sistema, las acciones positivas están consignadas a nivel constitucional por enmienda. El concepto de acción positiva también fue acogido por la Comunidad Económica Europea según el artículo 24 de la Directiva 76/207. El enunciado del artículo 4.1 de la Convención de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer de Naciones Unidas que “La adopción de medidas especiales de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre el hombre y la mujer, nunca puede considerarse como un acto de discriminación contra el hombre” se encuentra, a nivel constitucional, establecida, por ejemplo en la Constitución de Paraguay.

3.4. Las mujeres en el aparato de justicia

Las acciones afirmativas ha llevado a discusiones teóricas y políticas sobre cuántas mujeres hay en la rama legislativa, si esas son o han sido las mejores herramientas para aumentar el número de mujeres en el Poder Legislativo, pero algunas de estas preguntas lentamente

⁶⁷ Colazo, op. cit, 2001.

comienzan a hacerse sobre lo que sucede en el sistema judicial y en la administración de justicia.

Las sociedades están viviendo un proceso de transformaciones paradigmáticas. El derecho, al ritmo de las épocas, se está transformando en distintos aspectos y se va dando cuenta de ello.

Las habilidades o capacidades de las mujeres en el derecho fueron históricamente cuestionadas. Iñiguez de Salinas recordaba en un encuentro de jueces que la Ley de Organización Judicial de Bolivia establecía hasta 1954 que “no pueden ser jueces los locos, sordomudos, ciegos, los enfermos habituales, **ni las mujeres**”⁶⁸. La única respuesta plausible para ese estado de situación es pensar que el derecho no podía tratar a las mujeres como iguales a los varones, pues se les había situado bajo el status de la incapacidad.

Estudios realizados en Canadá muestran que la proporción de mujeres en la profesión legal fue aumentando. En el período de 1986-1990 el 35% de las personas que fueron admitidos a la barra en la provincia de Alberta, Canadá eran mujeres⁶⁹. Una década después la proporción subió a un 45%, mostrando resultados similares a los del resto de las provincias⁷⁰. Alberta era la provincia canadiense que permitió solo en 1943 a las mujeres ser abogadas⁷¹.

En el mismo sentido, se puede considerar que la soltería fuera un requisito para ejercer el cargo de juez de familia en el Perú, disposición que se derogó en 1997⁷². Así era claro, tal como nos recuerda Tomasevski, la exclusión de las mujeres en el Poder Judicial hace un poco más de 50 años como exclusión de *iure*, en forma análoga a su participación en la vida política.

⁶⁸ Iñiguez de Salinas, Elizabeth, “Las Juezas en los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales”, p. 1 ponencia presentada en el X Encuentro de presidentes y magistrados de los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina realizado en Santiago de Chile del 1-5 de septiembre de 2003, en http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/descargas/articulos/juezas_eis.pdf accesado el 27 de diciembre de 2006.

⁶⁹ Joan Brockman, “An Update on Gender and Diversity in the Legal Profession in Alberta”, Elizabeth Sheehy and Sheila McIntyre, Editors, *Calling for Change. Women, Law, and the Legal Profession*, University of Ottawa Press, Ottawa, 2006, p. 237.

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ *Ibíd.* p. 38.

⁷² Casas, Lidia, *Mujer y Poder Judicial*. Santiago, 2007. En: <http://www.fes.cl/documentos/Genero/progenero2007/casas.pdf>

Así, se evidencia un progresivo aumento de mujeres en la profesión legal, sea como abogadas, defensoras, fiscales o juezas. Ello ha ocurrido en países como Argentina⁷³ y Chile⁷⁴.

Un estudio realizado con las abogadas y abogados de una universidad privada chilena encontró que en cada uno de los tramos de tiempo de carrera las mujeres ganaban mucho menos que los hombres⁷⁵. Estos resultados son similares a los hallados en la provincia de Ontario, Canadá en que las mujeres en 1995 ganaban un 61% de lo que ganan los abogados con las mismas calificaciones y credenciales académicas⁷⁶. Ello se explicaría en las tarifas que las mujeres reciben por sus servicios legales, y que de acuerdo a los estudios entre más alta es el nivel de servicios más amplia es la brecha entre hombres y mujeres⁷⁷. Los estudios indican que las mujeres se quedan en trabajos en el aparato público, con menores remuneraciones que el sector privado, y ello se produciría por la constante tensión entre vida familiar y trabajo. Las grandes firmas no estarían dispuestas a acomodar la relación familia y trabajo, con un gran impacto para las mujeres en la profesión legal, ya sea en sus ascensos o en sus niveles de remuneración⁷⁸.

La modificación de las normas abiertamente discriminatorias ha significado una parte de la transformación social, pues aún persisten las prácticas discriminatorias. Si se observaran los datos sobre mujeres en el Poder Judicial, en muchos casos, podría decirse que las mujeres han logrado superar la brecha del 30% de masa crítica. El estudio realizado por Corporación Humanas sobre la situación en Chile, Colombia, Ecuador, Perú pudo establecer que entre esos países más del 40% de los jueces son mujeres.

Sin embargo, la presencia de las mujeres en el aparato de justicia mantiene algunos de los patrones estereotipados sobre las mujeres, y parece ser que las mujeres que son parte de estas instituciones estarían menos proclives a que se adoptaran medidas correctivas, pues

⁷³ Kohen, Beatriz, *El género en la Justicia de Familia. Miradas y protagonistas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.

⁷⁴ Casas, 2007, op. cit.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ Kay, Fiona, "Careeer and Family among Lawyers", *Challenging The Public/Private Divide. Feminism, Law, and Public Policy*, Susan Boyd Editor, University of Toronto Press, Toronto, 1997, p. 202.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ *Ibíd.* p. 203.

las mujeres temen que ello se interprete por sus pares varones como ascensos o carreras no meritocráticas, no obstante la evidencia indica que tienen los mismos o más méritos que sus pares⁷⁹.

Actualmente hay más mujeres en las cortes de apelaciones o cámaras, en las cortes supremas o tribunales constitucionales. Sin embargo, esta mayor inclusión –igualdad de acceso de las mujeres en el Poder Judicial– esconde otros fenómenos cuales son la segregación vertical y horizontal⁸⁰.

Se entenderá por segregación horizontal la concentración de personas, en este caso de mujeres, en ciertos espacios o funciones de una organización.

En este caso, lo que se produce es la concentración de las mujeres en labores administrativas o de menor jerarquía o valía de la función judicial como en el fuero de familia.

Se entenderá por segregación vertical la concentración de personas con determinadas características en la pirámide organizacional.

Siguiendo esta definición, las mujeres se encuentran concentradas en la base de la pirámide. A mayor jerarquía en la pirámide se evidencia menor presencia femenina y mayor presencia de varones en la cúspide de la organización.

El estudio regional de la Corporación Humanas⁸¹, muestra además que los y las juezas entrevistadas sobre sus carreras, oportunidades de ascenso y retos son vistos de maneras distintas por hombres y mujeres. Ellas (44%) consideran que parte de los obstáculos para ascender está precisamente en una mirada antropocéntrica, y que por machismo y tradición los hombres tienen mayores posibilidades de

⁷⁹ Experiencia inglesa citada en Casas, 2007, op. cit. y Wirth, op. cit.

⁸⁰ Bergallo, Paola, ¿Un techo de cristal en el Poder Judicial? La selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires. En: Más Allá del Derecho. Justicia y género en América Latina, Luisa Cabal y Cristina Motta editoras, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006, pp. 145-218.

⁸¹ Corporación Humanas, Informe Regional. Iguales en Méritos, Desiguales en Oportunidades: Acceso de Mujeres a los Sistemas de Administración de Justicia, 2007 Santiago, s/f. En: < http://www.humanas.cl/documentos/332informe_regional_de_ddhh.pdf>

ascender. Los hombres, por su parte, explican sus razones de ascenso (47%) por sus buenas calificaciones, conocimientos jurídicos y el buen desempeño, mientras que las mujeres identifican el desempeño y las buenas calificaciones como la forma de ascender en un 23% de los casos.

Algunas de las razones que explicarían estos resultados, bastante universales si se mira la literatura comparada⁸², es que las mujeres están expuestas a múltiples y distintos obstáculos que los hombres para hacer carrera. Se les pregunta sobre su vida privada, si tienen hijos o no, su estado civil y la posibilidad de trasladarse de un lugar a otro. Este tipo de preguntas no sería parte de la experiencia de los varones en el Poder Judicial⁸³, todo ello además de los factores políticos que inciden en sus nombramientos.

El estudio de la Corporación Humanas también indagó sobre las mujeres en el Ministerio Público, desempeñándose como fiscales. Este arrojó que la proporción de mujeres en esa institución era más baja que en el Poder Judicial. Si las mujeres constituyen, en promedio un 43% de los operadores del sistema judicial; en las Fiscalías, la proporción de mujeres baja a un 35%. Lo que hay a favor de las nuevas instituciones, es que hay un poco más de mujeres en los altos cargos, un 20% en el Ministerio Público, comparado con el 17% de mujeres en las más altas cortes⁸⁴.

Es posible que las experiencias de subestimación por los pares y la indagación sobre los roles y responsabilidades familiares también se encuentre en los mecanismos de selección y reclutamiento en las fiscalías y las defensorías penales de la región. Ello deja en evidencia que pese a la igualdad de méritos las mujeres en los ámbitos de administración de justicia, deben constantemente probar que son tan o más capaces que los varones que las rodean y que de aceptar competir en los ámbitos masculinos, deberán aceptar las condiciones de trabajo imperantes.

La experiencia de la aplicación de las cuotas, muestra que como medidas correctivas son importantes, pues favorecen la igualdad de oportunidades. Sin embargo, no son suficientes, pues no aseguran la igualdad de trato o de resultados, como se ha visto en materia electoral.

⁸² Ver en Casas, Lidia, op. cit.

⁸³ En Corporación Humanas, op. cit.

⁸⁴ Véase en: < http://www.humanas.cl/documentos/332informe_regional_de_ddhh.pdf>

Estudios en Canadá sobre responsabilidades familiares muestran que ello es uno de los fuertes factores para dejar la práctica profesional, pero también de sesgo en contra de las mujeres en la profesión legal⁸⁵. Los regímenes de trabajo se estructuran en base a ciertos parámetros de abogados –hombres– sin responsabilidades familiares, no porque no las tengan, sino porque se asume que habrá otras personas que se hagan cargo de ello. Podrá argumentarse que las mujeres de América Latina y el Caribe gozan de privilegios de clase, como pagar por el trabajo doméstico, por lo cual no tienen las preocupaciones que las colegas del norte. No obstante, el trabajo intenso que realizan los y las abogados/as las deshumaniza, tienen escaso tiempo para sus familias e hijos, por lo cual y especialmente ante la presión de desempeñar roles tradicionales las deben optar porque el trabajo dicte sus formas y estilos de vida o renunciar para mejorar su vida familiar. No hay una mirada crítica que significa reconstruir los espacios de trabajo para que sean más inclusivos para hombres y mujeres⁸⁶.

Los incentivos, acciones educativas, recursos administrativos y judiciales y políticas públicas deben considerar cada día más las estructuras sociales y cómo ellas permiten, condicionan o niegan la entrada a los mercados labores, profesionales o carreras.

BIBLIOGRAFÍA

- Astelarra, Judith, “El sistema de género, nuevos conceptos y metodología: Sistema de género, rupturas conceptuales y metodológicas”. En <http://www.cubaliteraria.com/delacuba/ficha.php?ld=1774>
- Bareiro, Line; Soto, Clyde (eds.), *Sola no basta. Mecanismos para mejorar la participación política de las mujeres*, FES / CDE, Asunción, 1992.

⁸⁵ Baily, Jane, *Legal Workplace Technology and Equality for Women Lawyers: Fortifying or transforming the ‘Master House?’*, Elizabeth Sheehy and Sheila McIntyre, Editors, *Calling for Change. Women, Law, and the Legal Profession*, University of Ottawa Press, Ottawa, 2006, pp. 58-59.

⁸⁶ En una capacitación sobre la aplicación de la perspectiva de género realizada a operadores del sistema de justicia en Chile pude apreciar la contradicción. Había una pareja de abogados. La mujer debió retirarse a retirar los niños del jardín mientras su par, marido, se quedaba en la capacitación.

- Baily, Jane, *Legal Workplace Technology and Equality for Women Lawyers: Fortifying or transforming the 'Master House?'*. En: Elizabeth Sheehy and Sheila McIntyre, Editors, *Calling for Change. Women, Law, and the Legal Profession*, University of Ottawa Press, Ottawa, 2006, pp. 53-81.
- Bergallo, Paola, *¿Un techo de cristal en el Poder Judicial? La selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires*. En: *Más Allá del Derecho. Justicia y género en América Latina*, Luisa Cabal y Cristina Motta editoras, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006, pp. 145-218.
- Bobbio, Norberto. *Teoría general del Derecho*, trad. Eduardo Rozo Acuña, 6ª reimpresión, Editorial Debate, Madrid, 1999.
- Bonder, Gloria, "Género y Subjetividad: Avatares de una relación no evidente". En *Género y Epistemología: Mujeres y Disciplinas*, Programa Interdisciplinario de Estudios de Género (PIEG), Universidad de Chile, Santiago, 1998. En http://www.iin.oea.org/IIN/cad/actualizacion/pdf/Explotacion/genero_y_subjetividad_bonder.pdf
- Joan Brockman, "An Update on Gender and Diversity in the Legal Profession in Alberta", Elizabeth Sheehy and Sheila McIntyre, Editors, *Calling for Change. Women, Law, and the Legal Profession*, University of Ottawa Press, Ottawa, 2006, pp. 237-251.
- Campbell, Tom, *La Justicia: Los principales debates contemporáneos*, trad. Silvina Álvarez, 1ª reimpresión, Editorial Gedisa, Barcelona, 2008.
- Camps, Victoria, *La Mujer Ciudadana*, En: *El siglo de las Mujeres*, 4ª ed., Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, Madrid, 2003.
- Casas, Lidia, *Mujer y Poder Judicial*. Mimeo, Santiago, 2007. En: <http://www.fes.cl/documentos/Genero/progenero2007/casas.pdf>
- Colazo, Carmen y Yore, Perla, *Al rescate de nuestra historia. Historia de la lucha y conquista de la Multisectorial y la Red de Mujeres Políticas del Paraguay*. Con auspicio del Programa de Liderazgo de Género (PROLID) del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). RQ Producciones, Asunción, 2001.

- Conferencia: “Ciencias Sociales y Globalización” efectuada en la Facultad de Buenos Aires el 26 de junio del año 2000, en ocasión de recibir el Doctorado Honoris Causa de la UBA.
- Corporación Humanas, Informe Regional. Iguales en Méritos, Desiguales en Oportunidades: Acceso de Mujeres a los Sistemas de Administración de Justicia, 2007 Santiago, s/f. En: < http://www.humanas.cl/documentos/332informe_regional_de_ddhh.pdf>
- Facio, Alda, Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal), ILANUD, San José de Costa Rica, 1992.
- Facio, Alda. “Hacia otra teoría crítica del Derecho”. En: Género y Derecho, Alda Facio y Lorena Fries editoras, Washington College of Law American University, La Morada, Ediciones LOM, Santiago, 1999.
- Facio, Alda y Fries, Lorena, “Feminismo, género y patriarcado”. En: Género y Derecho, Alda Facio y Lorena Fries editoras, Washington College of Law American University, La Morada, Ediciones LOM, Santiago, 1999.
- Fernández, María de los Ángeles, Soy cuotista ¿Y qué? Argumentos pro Igualdad Política de Género en un Páramo Liberal, Colección Ideas, Año 7 N° 66, Santiago, 2006. En: <http://issuu.com/fundacionchile21/docs/col66>
- Fraser, Nancy, “Repensando la esfera pública”. En: Iustitia Interrupta. Reflexiones Críticas desde la posición ‘postsocialista’, trad. Magdalena Holguín e Isabel Cristina Jaramillo, Siglo del Hombre Editores y Universidad de Los Andes, Bogotá, 1997. En <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/8debate.htm>
- Giddens, Antony: Desigualdad y Globalización. Cinco Conferencias. Facultad de Ciencias Sociales (UBA) Manantial, 2001.
- Iñiguez de Salinas, Elizabeth, “Las Juezas en los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales”, p. 1 ponencia presentada en el X Encuentro de presidentes y magistrados de los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina realizado en Santiago de Chile del 1-5 de septiembre de 2003. En <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/ArticuloId-21.html>. Accesado el 10 de abril de 2010.

- Jaramillo, Cristina Isabel, reforma legal, feminismo y patriarcado en Colombia: el caso de la Ley de Cuotas para mujeres de alto nivel de la Rama Ejecutiva". En: Más Allá del Derecho. Justicia y género en América Latina, Luisa Cabal y Cristina Motta editoras, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006, pp. 59-144.
- Kay, Fiona, "Careeer and Family among Lawyers". En: Challenging The Public/Private Divide. Feminism, Law, and Public Policy, Susan Boyd Editor, University of Toronto Press, Toronto, 1997, pp. 193-224.
- Kohen, Beatriz, El género en la Justicia de Familia. Miradas y protagonistas, Ad- Hoc, Buenos Aires, 2008.
- Koshan, Jennifer, "Sounds of Silence. The Private/public Dichotomy, Violence, and Aboriginal Women". En: Challenging The Public/Private Divide. Feminism, Law, and Public Policy, Susan Boyd Editor, University of Toronto Press, Toronto, 1997, pp. 85-109.
- Krook, Mona Lena, "La adopción e impacto de las leyes de cuotas de género: una perspectiva global". En: Mujer y Política. El impacto de las cuotas de género en América Latina, Marcela Ríos Tobar, editora, International Institute for Democracy and Electoral Assistance IDEA, FLACSO-Chile y Catalonia, Santiago, 2008, pp. 27-59.
- Lagarde, Marcela, Género y feminismo: Desarrollo Humano y Democracia (Cuadernos inacabados), Horas y horas, Madrid, 1986.
- Lamas, Marta: "Cuerpo: diferencia sexual y género". Debate Feminista, Año 5, Vol. 10, septiembre de 1994.
- Maffia, Diana. Compiladora: "Sexualidades migrantes, género y transgénero". Editora Feminaria, Buenos Aires. 2003. En <http://dianamaffia.com.ar/archivos/sexualidadesmigrantesdm.pdf>
- Maffia, Diana y Cabral, Mauro Cabral, "Los sexos ¿son o se hacen? En "Sexualidades migrantes, género y transgénero". Editora Feminaria, Buenos Aires. 2003. En <http://dianamaffia.com.ar/archivos/sexualidadesmigrantesdm.pdf>

- Marchant, Jaime, "La discriminación y el derecho a la igualdad". Artículo en Congreso de Derecho Constitucional 2005. En <http://www.carlosparma.com.ar/pdfs/cp_d_f_08.pdf>
- Moore, Henrietta, *Antropología y Feminismos*, 4ª edición, Ediciones Cátedra Universitat de Valencia e Instituto de la Mujer de España, Madrid, 2004.
- Obando, Ana Elena, "Las interpretaciones del derecho", En: *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Fries editoras, Washington College of Law American University, La Morada, Ediciones LOM, Santiago, 2000.
- Olsen Frances, *El Sexo del Derecho*, David Kairys (ed.), *The Politics of Law* (New York, Pantheon, 1990), pp. 452-467. trad. Christian Courtis y Mariela Santoro En: <http://www.institutoarendt.com.ar/salon/articulos/olsen.pdf>
- Peschard, Jacqueline, Editora, "Estudio de Caso. El sistema de cuotas en América Latina. Panorama General", Editorial País, México, 2004. En http://www.idea.int/publications/wip/upload/chapter_04a-CS-LatinAmerica.pdf
- Rodríguez, Marcela, *Igualdad, democracia y acciones positivas*. En: *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Fries editoras, American University Washington College of Law, La Morada y LOM Ediciones, Santiago, 1999, pp. 245-287.
- Tomasevski, Katarina, *Los derechos de las mujeres: de la prohibición a la eliminación de la discriminación*. En <<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista12/articulos/katarina%20tomasevki.htm>>
- US Department of State Human Rights Report for 1999 Perú. En <http://www.freelori.org/gov/statedept/99_perureport.html#discrimination>
- Villanueva, Rocío, "Análisis del Derecho y perspectiva de Género". En: *Sobre Género, Derecho y discriminación*, Pontificia Universidad Católica del Perú y Defensoría del Pueblo, Lima, 1999.
- Williams, Joan, "Igualdad sin discriminación", trad. Paquita Cruz. En: *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Frés, Editoras, American University Washington College of Law, LOM, Santiago, 1999.

- Wirth, Linda, "Romper el techo de cristal. Las mujeres en puestos de dirección". OIT, Naciones Unidas, Actualización. Ginebra. 2004. <<http://www.ilo.org/dyn/gender/docs/RES/292/F61986410/Romper%20el%20techo%20de%20cristal.pdf>>
- Young, Iris Marion, "La acción afirmativa y el mito del mérito, La justicia y la política de la diferencia", *Feminismos*, 59, Editorial Cátedra Universidad de Valencia, 2000.
- Zúñiga, Alejandra, Aguilera Daniela y Vásquez Andrea, *Lejos del Poder. Hacia la implementación de una Ley de cuotas en Chile*, *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol. XX - N° 2 - Diciembre 2007, Páginas 9-30. En< http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502007000200001&script=sci_arttext#30>



CAPÍTULO II

MUJERES EN CONFLICTO* CON LA LEY

INTRODUCCIÓN

Este capítulo aborda la criminalidad femenina. Queremos que el lector/a pueda advertir la escasa atención que se le ha prestado a este fenómeno desde la criminología. Se ha explicado entre otras razones por el escaso número de mujeres que ingresan al circuito penal. Ello tiene implicancias para el sistema penal, de administración de justicia y aplicación de penas, pues cuando el sistema es ciego a las diferencias o similitudes que puedan existir con los varones imputados por delitos se puede transformar en una fuente más de subordinación y discriminación cuya base está en el género y que se imbrican con otras formas de dominación o subordinación existentes como la sexualidad, raza y clase. Este trabajo tiene como base la investigación realizada por la autora junto con la colega Olga Espinoza para la Defensoría Penal Pública de Chile⁸⁷.

En los últimos años comenzamos a evidenciar un mayor número de mujeres imputadas por delitos distintos a los cuales tradicionalmente se asocia a las mujeres: de la criminalidad de baja intensidad (delitos contra la propiedad) y delitos *proprios* de su sexo (aborto e infanticidio). Hoy en día las mujeres han irrumpido en delitos que dicen relación con la criminalidad más tradicional al participar en delitos en el tráfico de estupefacientes, y en participación de delitos violentos, a veces asociadas a la pertenencia a pandillas o maras.

* Capítulo adaptado y actualizado por Lidia Casas elaborado en base a la investigación sobre la defensa de mujeres en el nuevo sistema criminal en Chile por Olga Espinoza Mavila y Lidia Casas (Módulo II de e-learning de CEJA).

⁸⁷ Casas Lidia, Espinoza Olga, Cordero Rodrigo y Osorio Ximena, Defensa de Mujeres en el Nuevo Sistema Procesal Penal, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2005. El informe final se puede encontrar en: http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/estandares/genero_defensa/INFORME-FINAL-DEFENSA-PERSPECTIVA-GENERO.pdf.

Nuestro propósito es revisar cómo desde una visión criminológica se han dado distintas respuestas al fenómeno delictual femenino, el lugar que las mujeres actualmente ocupan en él y los estereotipos que subyacen al momento de enjuiciarlas, pudiendo tener un trato más o menos benévolo por su condición de género.

El propósito de las lecciones que siguen es entender el fenómeno de la criminalidad femenina, el espacio que ocupa en la criminalidad, si es que esta muestra diferencias y similitudes que comparte con la criminalidad masculina, si estas mujeres conforme a sus características, pueden ser consideradas un grupo homogéneo, y si el efecto de la persecución penal y la aplicación de privación de libertad es género neutro. Es decir, que se diferencia en el sexo de aquellos que quebrantan la ley, y por lo mismo si pueden o deben ser tratadas y consideradas en los mismos términos que la criminalidad masculina. Para ello, incorporaremos en nuestro análisis la perspectiva de género.

La perspectiva de género puede ser entendida como las relaciones culturales y de poder que facilitan o limitan la interacción entre hombres y mujeres o entre cada uno de estos grupos y que se construyen a partir de las diferencias biológicas: el sexo. La perspectiva de género implica no solo la existencia de diferencias entre los sexos, sino la constatación de la construcción y reproducción de jerarquías entre hombres y mujeres, entre hombres y también entre mujeres, en que participan las otras características o atributos de las personas como su sexualidad. Por ello, no se trata de la idealización de lo que son o serían las mujeres, pues muchas veces, al silenciar por ejemplo expresiones de sexualidad distintas, construimos estereotipos que imponen nuevas formas de jerarquías y opresión. Así lesbianas y mujeres heterosexuales serán tratadas distintas en el sistema de encarceración y rehabilitación.

Así, es posible vislumbrar que las mujeres pueden compartir ciertas características, pero su condición de clase o raza hace que sus experiencias con la ley o con el aparato de justicia sean distintas. El trato que otorga el sistema penal en su conjunto no solo es distinto en cuanto una mujer sea una migrante, o una minoría étnica, pertenezca a los pueblos originarios o sea blanca y de una clase acomodada y además sea lesbiana. La relación entre clase, etnia/raza y sexualidad es un conjunto de elementos que hacen la identidad de un sujeto y que tienen repercusiones en cómo se construyen como sujetos para el derecho y el trato que experimentan por parte del sistema de administración de justicia.

Denominaremos género⁸⁸ a la óptica particular para el análisis de las relaciones sociales, por medio de la cual podemos vislumbrar e interpretar: 1. Las atribuciones sociales históricamente construidas (femineidad y masculinidad); 2. La valoración dada por las personas a cada papel; 3. La correspondencia de cada uno de esos papeles con el sexo biológico.

La importancia de mirar a las mujeres como un grupo al interior de la criminalidad es que permite visualizar aquellos aspectos en que las mujeres se asemejan o se diferencian de la criminalidad masculina, ver cómo han sido tratadas por la ley, el aparato de justicia, y aquellos organismos encargados de vigilar el castigo. Debemos tener en claro que es posible caer en la generalización de las experiencias de las mujeres, y debemos una y otra vez, ver el conjunto pero también las diferencias individuales de las mujeres. No existe *una única experiencia femenina de mujeres infractoras*, de la misma manera que la experiencia de los hombres puede ser diversa.

I. LA INVISIBILIDAD DE LAS MUJERES INFRACTORAS DE LEY

1. Consideraciones Generales

Cuando se hace una reflexión a partir de la criminalidad se suele pensar inconscientemente en un varón y con ciertas características⁸⁹. Todo ello producto del escaso número de mujeres comparativamente con el de hombres que se imputan y condenan por quebrantar la ley. También es un hecho que el número de personas y particularmente de mujeres en conflicto con la ley y privadas de libertad ha aumentado considerablemente. Así, las estadísticas de México sobre mujeres privadas de libertad señalan que la cifra ha aumentado en 4 puntos porcentuales⁹⁰. Ello obliga a revisar críticamente los paradigmas con los cuales hemos analizado, evaluado e intervenido con el derecho,

⁸⁸ El concepto de género evidencia el rechazo al determinismo biológico propio del uso de términos como diferencia sexual o sexo, para identificar los papeles sociales de los hombres y de las mujeres. En Meo, Analia, "El delito de las féminas", Delito y Sociedad, Año 1, N° 2, Buenos Aires, 1992.

⁸⁹ Kent, Jorge, "La criminalidad femenina ¿Madres e hijos en prisión? La degradante complejidad de una atribuida problemática, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, p.17.

⁹⁰ Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, Diagnóstico sobre la incidencia de los delitos cometidos por las mujeres privadas de su libertad, procesadas y sentencias, Cámara de Diputados de los Estados Unidos Mexicanos, 2009, p. 9-11. En: <www3.diputados.gob.mx/camara/content/.../file/Mujeres_Privadas.pdf>

las políticas de persecución penal y las ejecución de penas y rehabilitación para las mujeres.

Según Zaffaroni, la relación de la mujer con el poder punitivo se revela en el proceso de gestación de ese poder⁹¹. Señala que se trata de un poder de género, pues subordina a las mujeres tanto en la esfera de la protección de sus derechos cuanto en la forma que la concibe como ente capaz de transgredirlo. El poder punitivo discrimina en dos momentos y desde su surgimiento cuando agredió a la mujer –y también a todos aquellos que estaban sometidos– y al sistema de relaciones que ella representaba. Aquí podemos pensar en todas aquellas normas que han tenido un trato discriminatrio de jure frente a las mujeres, como fue la capacidad y que hemos visto en el capítulo anterior y luego cómo la aplicación de normas neutras frente al género tienen un impacto diferenciado de facto. Ello se reproduce en el derecho y el sistema penal.

El poder punitivo cuyas características corresponden al modelo corporativista –concentración de poder y verticalidad– surge en oposición a otro, cuyo paradigma de solución de conflictos era la lucha y la composición.

Antônio Hespanha, al ocuparse de este último, destaca que en la Edad Media “el control se materializaba a través de la dispersión de un conjunto de poderes, distribuidos entre los señores feudales, la Iglesia, la comunidad local, el padre de familia y el Ejército”. Frente a ello, el actual modelo de sistema criminal (centralizado y vertical) no se habría inspirado en los padrones compositivos que iba más allá de la “venganza privada”, comúnmente identificada como “respuesta sanguinaria” (linchamientos, represalias, ejecuciones sumarias), pues también estaba “la posibilidad de matar al ofensor, [principalmente] la posibilidad de exigir una compensación, de punirlo en una cárcel, de perdonarlo, con o sin pago previo, y de recurrir a terceros, ya sea un líder de la comunidad o ya sea un notario, a fin de evitar el proceso”⁹².

Claramente esa era una de las limitaciones del modelo inquisitivo que están, de alguna manera superadas, con la multiplicidad de sali-

⁹¹ Zaffaroni Eugenio, “La mujer y el poder punitivo”, *Vigiladas y Castigadas*, Cladem, Lima, 1993, p. 21.

⁹² Larrauri Elena. *Criminología crítica: abolicionismo y garantismo*, Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 730, citado en Olga Espinoza. *O direito penal mínimo: entre o minimalismo e o abolicionismo*, mimeo, 2000.

das de los sistemas de justicia penal reformados permiten; así se ocasionan menos daños en las relaciones sociales de las comunidades, se abren espacios para acuerdos en que participen las víctimas. Con todo, sigue siendo una propuesta que centraliza la respuesta del poder estatal al quebrantamiento con la ley.

La distinción más evidente en el campo penal separa los estudios sobre los “comportamientos problemáticos” o desviados según la criminología tradicional de las mujeres como agentes de agresión, de aquellos sobre las mujeres como víctimas de la agresión⁹³. Mientras que la última perspectiva ha sido ampliamente abordada en los trabajos feministas, especialmente respecto de la violencia contra las mujeres y el lugar que ocupa el derecho y el sistema judicial para su prevención y sanción el análisis de la primera se ha mostrado menos frecuente. Es importante destacar y como veremos en el siguiente capítulo los estudios de la mujer como víctima han sido utilizados por movimientos feministas para reclamar mayor represión de los agresores masculinos, reivindicando el uso más efectivo del derecho penal. Ello tiende a ser observado como una contradicción con la demanda de descriminalización de conductas que consideran a la mujer como autora de crímenes como, por ejemplo, en el caso del aborto, pues la gestación, el embarazo y el aborto solo se producen en los cuerpos de las mujeres⁹⁴.

Los pocos trabajos existentes sobre la delincuencia femenina han sido encarados bajo distintas concepciones teóricas, desde finales del siglo XIX hasta la actualidad. Para Analia Meo, es posible distinguir dos líneas de interpretación más importantes: la que contempla a las concepciones clásicas y la que incluye los esfuerzos críticos contemporáneos que buscan encontrar las motivaciones de tal práctica⁹⁵.

En el primer grupo se encajarían criminólogos y criminólogas que trabajaron (y trabajan) bajo la orientación del marco conceptual tradicional y cuyos estudios sobre la mujer criminal fueron guiados por la visión androcéntrica de la criminalidad, esto es, aquella que

⁹³ Pires Alvaro e Digneffe Françoise, *Vers un paradigme des inter-relations sociales? Pour une reconstruction du champ criminologique*, Criminologie, Vol. XXV, N° 2, 1992, p. 36.

⁹⁴ Creemos que esta es una aparente contradicción, pues la reproducción humana es una de las cuestiones centrales en la vida de las mujeres que las sitúa en una forma desproporcionada a que sus vidas sean controladas al punto de negar la existencia de embarazos y maternidades no deseadas.

⁹⁵ Meo, op. cit. p. 115.

toma como referencia la función reproductiva de la mujer en la práctica de conductas desviadas, tales como el aborto, el infanticidio y la prostitución. El desvío es explicado por la no adecuación al rol reproductivo. Fundamentan esa visión las teorías biológicas y constitucionales, que se inspira en las ideas de Lombroso sobre criminalidad.

En la tipificación de la prostitución podríamos decir que el derecho muestra la doble opresión de las mujeres. El comercio sexual que sirve mayoritariamente a una clientela masculina que tiene el poder de cosificar los cuerpos de las mujeres y comprar sexo es una empresa controlada usualmente por hombres. Sin embargo, en muchos países sin que la prostitución sea un delito, no obstante la regula sanitaria o la prohibición de prostíbulos, la policía sanciona u hostiga a las mujeres que lo practican, escasamente afectando a los usuarios o los proxenetes del negocio del comercio sexual.

Estudios en Canadá muestran que aquellas mujeres prostituidas acusadas de “soliciting”, es decir, la comunicación con el sentido de ofrecer servicios sexuales reciben penas de privación de libertad en un 39% de los casos en comparación con un 3% para los clientes que compran los servicios sexuales⁹⁶.

A pesar de la existencia de estas investigaciones, la tendencia a considerar a la mujer criminal como objeto de estudio es escasa, lo que ha sido justificado por el reducido número de delincuentes femeninas, el carácter prudente de su criminalidad, la aceptación acrítica de las explicaciones “biologicistas” y psicológicas de la criminalidad femenina, entre otros⁹⁷, evitada en algunos casos y no raramente ignorada⁹⁸. También se hacen reflexiones que pretenden ser serias, y que finalmente convergen en establecer la relación entre condiciones biológicas y características innatas sobre la criminalidad:

⁹⁶ Day Shelagh, “Prostitution: Violating the Human Rights of Poor Women”, *Action ontarienne contra la violence faite aux femmes Report (2008)*, p. 37. En: http://francofemmes.org/aocvf/documents/Prostitution-v.angl_FINALE_WEB.pdf.

⁹⁷ Meo. op. cit., p. 113.

⁹⁸ Del Olmo, Rosa, *Teorías sobre la criminalidad femenina, Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*, Org. Rosa del Olmo, Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1998, p. 19.

“Se han acometido muchos estudios orientados a tratar de encontrar una complaciente respuesta al mayor caudal de delincuencia en los hombres que en el otro sexo, indagaciones todas ellas que no podrían –de momento– ser tenidas como definitivas y, en ciertos aspectos, tan solo con resultancias de mero valor empírico.

Así, se ha perquisado [sic] –en el contexto de sesudos estudios– las diferencias de agresividad innata, en la moralidad y socialización, en la resistencia al estrés, en las distintas oportunidades para incurrir es desviaciones ilícitas, en la alteración de sistema biológicos y sociales, en las disímiles aristas psicobiológicas de los sexos, en la estructura cerebral y en la mayor o menos inteligencia impersonal o interpersonal”⁹⁹.

2. Algunos números básicos

La reducida presencia numérica de la mujer en el sistema criminal ha provocado desinterés, tanto de investigadores¹⁰⁰ como de autoridades, y la consecuente “invisibilización” de las necesidades femeninas en la política criminal que, en general, se ajusta a modelos típicamente masculinos.

La explicación de la menor criminalidad de las mujeres también se explica por los sistemas de reproducción del control de estas: la familia, y en general, los roles de género. Serán más susceptibles de obedecer la ley producto de un proceso de socialización que las obliga a “ser buenas”, en que la femineidad dominante contiene su agresión, limita las conductas rupturistas y las hace desarrollar mayores niveles de tolerancia a la opresión¹⁰¹. A los hombres se los espera que sean más rupturistas, Lagarde sostiene que la trasgresión a la ley otorga a los hombres un valía adicional: virilidad, “su capacidad de trans-

⁹⁹ Kent, op. cit. p. 19.

¹⁰⁰ Ver Brant V. C., *O trabalho encarcerado*, Rio de Janeiro, Forense, 1994. Diversos estudios sobre prisiones femeninas de sarrollados subrayan esa falta de atención. También se puede consultar C. Stella, As implicações do aprisionamento materno na vida dos(as) filhos(as), *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, RT, 2001, vol. 34, p. 239; M. Winifred, Vocational and technical training programs for women in prison, in *Corrections today*, vol. 58-5, American Correctional Association, 1996; I. Nagel & B.L. Johnson, The role of gender in a structured sentencing system: Equal treatment, policy choices and the sentencing of the female offenders under the United States sentencing guidelines, in *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 85-1, Chicago, 1994, p.181.

¹⁰¹ Lagarde, p. 645.

gredir la norma, de tomar objetos de “otros, y de vencer el miedo al interdicto, a la sanción y al castigo”¹⁰².

Siguiendo a Lagarde, se entiende que “Los controles informales son los que establecen las instituciones –como el sistema de educación, la cultura, las religiones, los medios de comunicación, entre otros– que inciden y determinan el deber ser de las mujeres, es decir, son instituciones que contribuyen a crear una identidad social sobre el hecho de ser mujer, fomentando por todos los medios que a las mujeres se les atribuyan características tales como ser buenas, obedientes, dóciles, fáciles de persuadir, amas de casa, amorosas, dadoras de todo a los demás, no transgresoras, etcétera; por tanto, se les educa para no transgredir las normas, para no delinquir”¹⁰³.

Los números y proporción de mujeres privados de libertad en distintos países de América Latina y el Caribe, tal como se aprecia en el Cuadro N° 1. Para efectos ilustrativos, hemos tomado el cuadro publicado por el Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad en México que brinda una panorámica de la región lo que muestra que, en general, la proporción es alrededor del 5%, siendo Bolivia (20%), Ecuador (10%), Costa Rica (8%), Chile, Panamá y Perú (7% cada uno) los que muestran proporciones superiores al 5 por ciento.

En Argentina, en el sistema federal penitenciario en 1989 había 231 mujeres presas, y en marzo de 2006 había 1.112¹⁰⁴. Los datos de población bajo la supervisión del sistema carcelario en Chile indica que la población adulta recluida (detenida y condenada) en el 2007 del total de 41.880, el 93,18% corresponde a varones (39.025) mientras que menos del 7% corresponde a mujeres (2.855)¹⁰⁵. Las cifras y los estudios suelen concentrarse en las mujeres recluidas, por lo cual no se alcanza a dimensionar cuántas ingresan al circuito penal.

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, *op. cit.* p. 12.

¹⁰⁴ Arduino Ileana, “La Justicia Penal. Entre la impunidad y el Cambio, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2007, p. 74.

¹⁰⁵ Registros de Gendarmería de Chile. Datos de 2007.

Cuadro 1

NÚMERO DE MUJERES Y HOMBRES PRIVADOS DE LA LIBERTAD EN AMÉRICA LATINA

País	Año	Hombres		Mujeres	
		Total	%	Total	%
Bolivia	2001	5.840	80.0	1.440	20.0
Brasil	2003	272.462	96.0	12.527	4.0
Colombia	2003	53.700	93.5	3.772	6.5
Costa Rica	2005	7.816	92.0	637	8.0
Chile	2002	30.934	93.0	2.164	7.0
Ecuador	2005	10.330	90.0	1.151	10.0
El Salvador	2005	11.641	95.0	625	5.0
Guatemala	2003	7.931	94.5	487	5.5
Honduras	2003	10.087	96.0	421	4.0
México	2003	172.567	95.5	8.654	4.5
Nicaragua	2005	6.001	94.0	381	6.0
Panamá	2005	10.788	93.0	814	7.0
Paraguay	1999	3.881	95.0	207	5.0
Perú	2005	31.098	93.0	2.380	7.0
República Dominicana	2005	12.621	97.0	447	3.0
Uruguay	2006	6.185	94.5	370	5.5
Venezuela	2003	18.449	94.5	1.105	5.5

Fuente: Informe sobre las condiciones de reclusión. Mujeres Privadas de la Libertad en Uruguay; septiembre 2006. Citado en Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, op. cit. p. 44.

Los registros de atención a imputados por la Defensoría Penal Pública de Chile en 2007 muestran que el 15% de la clientela es femenina (37.846)¹⁰⁶. La clientela masculina de esta institución correspondió

¹⁰⁶ Defensoría Penal Pública, Informe Estadístico Anual 2007, Santiago 2008, p. 7. En www.defensoriapenal.cl/interior/estadisticas/2007/informe-estadistico-anual-2007.pdf

a 211.837 personas, de las cuales en igual período un poco más de 39.000 estaban recluidas, lo que reflejada una proporción del 18,42% de la clientela de la DPP. En el caso de las mujeres, ese porcentaje alcanzaría al 7,54%. Nos podríamos preguntar si la ley es más benévola o no con las mujeres, o si el tipo de criminalidad en que participan las hace menos susceptibles de reclusión.

Dado este contexto, el problema criminal ha sido enfocado por los hombres y para los hombres en conflicto con el sistema penal¹⁰⁷.

El trabajo realizado en Chile en 2003 sobre mujeres imputadas mostró que los defensores perciben que ellas están mucho más solas y vulnerables que los hombres. Estos cuentan con las redes femeninas para soporte (madres, abuelas, tías, madrinas, novias, parejas o cónyuges) que les brindan apoyo económico y participan activamente en la defensa de los imputados. Las mujeres no solo pierden el vínculo con sus hijos, sino también con sus parejas y suelen enfrentar el control penal en abandono¹⁰⁸. Si las redes afectivas, especialmente las femeninas colaboran en la defensa de los varones, las mujeres en el proceso penal no tienen las mismas experiencias que los hombres, ni de sus parejas y tampoco a veces de sus entornos afectivo-familiares¹⁰⁹.

En la región no es infrecuente que no se pueda contar con datos fidedignos sobre la cantidad de personas privadas de libertad distinguiendo por la edad y sexo de estas¹¹⁰. Ello implica no solo que las mujeres se hacen invisibles sino que no permite desarrollar políticas públicas basadas en la evidencia, y lo mismo sucede respecto de las cifras de delitos cometidos en un país determinado que la mayoría de las veces no coloca el acento respecto del sexo de los imputados.

¹⁰⁷ Anthony Carmen, "Mujer y Cárcel: rol genérico de la ejecución", Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina, Org. Rosa del Olmo Ed., Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1998.

¹⁰⁸ Espinoza Olga O derecho penal mínimo: entre o minimalismo e o abolicionismo, mimeo, 2000. Citado en Casas, Espinoza et al. op. cit.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ Por ejemplo, el informe de Bolivia, Nardy Suño Iturry, Violencia contra las Mujeres Privadas de Libertad en América Latina. Violaciones a los Derechos Humanos de las Mujeres Privadas de Libertad, Due Process Foundation, 2004 en <http://www.dplf.org/uploads/1190750510.pdf>, visitado el 12 de septiembre de 2008.

Algunos problemas

En el caso de las mujeres privadas de libertad, se reconoce que ellas comparten los mismos problemas que aqueja a la población penal masculina, esto es, hacinamiento y violencia como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las penitenciarías de Mendoza, Argentina o de la Urso Branco en Brasil¹¹¹.

La carencia de políticas públicas que respondan a las necesidades y particularidades de este grupo ha ocasionado perjuicios en las mujeres afectadas y en sus familias. En los casos en los que se observa intentos de responder a estas particularidades, puede percibirse que éstos se restringen a aspectos vinculados con la infraestructura penitenciaria, pues buscan instalar a las mujeres condenadas y detenidas en espacios exclusivamente femeninos. Sin atender por ejemplo, a que las mujeres experimentan la maternidad, y eso mismo tiene repercusiones distintas cuando están enfrentadas a la ley o cuando deben sufrir la reclusión.

En contextos como Brasil, este ajuste se materializa en asuntos menores que pasan desapercibidos, tales como el uso del mismo uniforme de los presos varones, hasta otros más visibles, como la falta de infraestructura física para atender sus necesidades específicas, tales como la instalación de salas cuna y guarderías para las mujeres presas que trabajan¹¹².

En Chile, por su parte, si bien hay penales especiales para mujeres, su número es insuficiente, lo que obliga a recluirlas en prisiones masculinas, en pabellones o celdas adaptadas para este uso¹¹³.

La existencia de establecimientos carcelarios para mujeres no garantiza que estos contemplen ambientes tales como salas cuna o guarderías para los hijos, escuelas, celdas especiales para mujeres embarazadas, ni que estén regulados por normas que permitan ejercer derechos como el de visita íntima.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² Teixeira, A & Fernandes, M., "Presidiárias: equidade e libertad, difíceis caminhos", mimeo. Citado en Casas Lidia, Espinoza Olga, Cordero Rodrigo y Osorio Ximena, Defensa de Mujeres en el Nuevo Sistema Procesal Penal, Defensoría Penal Pública, Estudios y Capacitación N° 4, Santiago, 2005.

¹¹³ Bavestrello, Yolanda y Cortés P, Mujeres en conflicto con el sistema penal, SERNAM, GENCHI, Santiago, 1997, pp. 116-117.

Si tomamos en consideración la poca atención que se proporciona a la mujer privada de libertad, en nada nos sorprenderá que sea menor la atención a aquellas que aún no adquirieron la calidad de condenadas, es decir, que se encuentran sometidas a los procedimientos del sistema de justicia, que no la reconoce como sujeto diferenciado y susceptible de atención especializada. Por lo mismo, no hay muchas investigaciones que se ocupen de las mujeres imputadas en el proceso penal.

Ahora bien, de las que se encuentran disponibles, dan cuenta que se trata de mujeres, madres de hijos pequeños, jefas de hogar y con escasa escolaridad. La mayoría de ellas no tiene antecedentes penales previos lo cual permitiría que ante la infracción tengan mayor probabilidad de resocialización¹¹⁴.

En América Latina existen trabajos más clásicos desarrollados por criminólogas feministas los cuales han explorado el panorama regional de privación de libertad femenina. Uno de los más destacados es de Elena Azaola y Cristina Yacamán¹¹⁵. Este corresponde a una investigación minuciosa que permitió exponer la invisibilizada realidad de las mujeres encarceladas en México. Las autoras obtuvieron información acerca de 79% del total de mujeres en prisión, a través de entrevistas individuales y grupales y de la aplicación de cuestionarios a mujeres presas y agentes penitenciarios (durante 1993 y 1994).

En otro estudio denominado de la misma autora, "El delito de ser mujer" (1996)¹¹⁶, Azaola denuncia las condiciones discriminatorias del encierro femenino, fundadas en la violencia de género que les afecta desde antes de su ingreso al sistema criminal, así como la influencia masculina en la criminalidad de la mujer. El análisis de Azaola busca también poner en evidencia el incremento de la participación femenina en los delitos de drogas, pretendiendo elaborar algunas explicaciones sobre este fenómeno.

En Brasil, las investigaciones van dando cuenta de que la criminalidad está intersectada por la raza. La Investigación de la Fundación

¹¹⁴ Arduino, Ileana, op. cit p. 74.

¹¹⁵ Azaola Elena y Yacamán Cristina, "Las mujeres olvidadas. Un estudio acerca de la situación de las cárceles para mujeres en la república mexicana", Colegio de México e Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996 citado en Casas, Espinoza et al. op. cit.

¹¹⁶ Azaola Elena, *El Delito de Ser Mujer*, Plaza y Valdés/CIESAS, México, 1996 citado en Casas, Espinoza et al.

SEADE, publicada en el Boletim do IBCCRIM concluye al analizar la discriminación de las mujeres negras que “es con [ellas] que la doble discriminación se torna alarmante. Progresivamente ellas van siendo más sobrerrepresentadas a lo largo de las etapas de la investigación policial y del proceso, mientras que las blancas van, en sentido inverso, saliendo del sistema [...]”. Este hecho, observado también en relación a los hombres, es todavía más acentuado en el caso de las mujeres, revelándose como otro mecanismo de reproducción de segregación y de exclusión al que las mujeres negras son sometidas en nuestra sociedad”¹¹⁷. Las mujeres no blancas (negras, mulatas, amarillas, rojas) representan el contingente mayoritario, de 61,4%¹¹⁸. En cuanto a la edad, 78% tiene entre 19 y 34 años. La gran mayoría nació en la región urbana (62%) y creció ahí mismo (67%). En lo que se refiere a la escolaridad, 84% de ellas no concluyeron la enseñanza primaria, y 44% tiene un grado de escolaridad muy bajo, habiendo frecuentado hasta la mitad de la primaria. La jefatura de la familia es comandada por 59% de mujeres presas.

Los estudios advierten cambios en la conducta delictiva de las mujeres. Los crímenes cometidos por ellas ya no se encajan en los denominados “delitos femeninos” –infanticidio, aborto, homicidio pasional–, pues se dio un incremento en los índices de condenas por crímenes de tráfico de drogas, robos, secuestros, homicidios, entre otros.

La investigación del Colectivo de Feministas Lesbianas en Brasil destaca que 40% de las mujeres estarían presas por tráfico de drogas, 37% por robo, 12% por hurto y solo 10% por homicidio. El trabajo del Instituto Gino Germani de Argentina también expresa este cambio, identificando un porcentaje de 60% de mujeres recluidas por tráfico y de 20% por delitos contra el patrimonio (estas cifras deben ser observadas con cierto cuidado, pues ellas solo grafican la situación de las mujeres presas (condenadas y procesadas), condición que no comprende los delitos que normalmente no reciben prisión preventiva ni aquellos cuya condena no es privativa de libertad (como el hurto simple o las lesiones)). Por lo tanto, la conducta que tiene a mujeres como sujeto activo adquirió una connotación desvinculada de la categoría de género para alinearse en lo que puede llamarse “criminalidad de pobreza”.

¹¹⁷ De Lima Renato, Sinhoreto Jacqueline & Teixeira Alessandra, “Raça e gênero no funcionamento do sistema de justiça criminal”, Boletim do IBCCRIM, N° 125, abr. 2003 citado en Casas, Espinoza et al. Op. cit.

¹¹⁸ *Ibíd.*

Una situación similar ocurre en México, en que el diagnóstico sobre las mujeres privadas de libertad muestra que los principales delitos por lo cual las mujeres se encontraban presas por el fuero federal son narcóticos en 2007 (75%)¹¹⁹, mientras el tipo de delito cambiada a lesiones (34%), robo (31%) y en la legislación estadual o foro común¹²⁰. De acuerdo al reporte del Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, hay una mayor proporción de mujeres procesadas que condenadas en las cárceles mexicanas. Uno de los factores que pueden incidir es el tipo de delitos por el cual una mujer está imputada (drogas) y la menor posibilidad de obtener fianza si no cuenta con los recursos para ello.

Uno de los aspectos más importantes en las consecuencias provocadas por la detención entre las mujeres presas, es el distanciamiento de la familia.

Julita Lemgruber resalta que “el rompimiento del contacto continuo con sus familiares y, sobre todo, con sus hijos es extremadamente difícil de soportar”¹²¹. Esa afirmación debe confrontarse con datos estadísticos que señalan que corresponde al 63% en el Estado de Rio de Janeiro¹²².

En el estudio del Colectivo de Feministas Lesbianas, en el Estado de São Paulo¹²³, el 74% de las mujeres en aquella prisión era madres. Entre el y el 89%, según la investigación elaborada por Samantha Buglione y Livia Pithan en la Penitenciaría Femenina Madre Pelletier¹²⁴, en el Estado de Rio Grande do Sul. De esas mujeres madres, el 60% son jefas del hogar¹²⁵, o sea, constituyen la principal fuente de ingresos de la familia.

¹¹⁹ Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, op. cit. p. 54

¹²⁰ *Ibíd.* p. 52

¹²¹ Lemgruber, Julita. *Cemitério dos Vivos*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999. p. 96. Citado en Casas, Espizoza, et al. Op. cit.

¹²² Según la investigación elaborada por Julita Lemgruber en el presidio Talavera Bruce. *Ibíd.* p. 57

¹²³ Publicado en el Relatório sobre prevenção de HIV. AIDS na Casa de Detenção Femenina de Tatuapé – São Paulo, 1997, p. 15.

¹²⁴ “A face feminina da execução penal. A mulher e o poder punitivo”, Relatório Azul. Garantias e violações dos derechos humanos no Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Assembleia Legislativa, 1997, p. 364.

¹²⁵ Colectivo de Feministas Lesbianas, op. cit. p. 9

También se advierten otros factores que intensifican el distanciamiento entre la mujer presa y su familia. Uno de ellos es la falta de infraestructura, provocado que la población carcelaria femenina sea instalada en algunos pocos presidios para mujeres. Así, por ejemplo, en Río Grande del Sur (Brasil), existe una única prisión de mujeres, la Penitenciaría Femenina Madre Pelletier, donde son trasladadas todas las mujeres que delinquen a nivel del Estado. Esto ocasiona que las mujeres sean concentradas en localidades alejadas de la residencia de sus familiares, intensificándose el abandono de estos y de sus hijos¹²⁶.

Otro factor que redundante en separación familiar es la cantidad de restricciones para el ejercicio del derecho a visita íntima¹²⁷.

Samantha Buglione y Livia Pithan resaltan que “existe un proteccionismo discriminatorio cuando se trata de asuntos que envuelven la sexualidad femenina, siendo la mujer presa desestimulada en su vida sexual debido a la burocratización del acceso a la visita conyugal”¹²⁸. El resultado de su investigación destaca que apenas 13% de las mujeres presas reciben visita íntima¹²⁹. Un ejemplo de lo anterior, se puede revisar el caso de visita íntima en cárceles colombianas en que una interna demanda a Colombia por trato discriminatorio¹³⁰.

II. LOS ESPACIOS DE LA MUJER EN LA CRIMINOLOGÍA

2.1. Las criminales: de la debilidad moral a presas de sus cuerpos

La imagen de la mujer en la criminología fue construida como sujeto débil en cuerpo y en inteligencia, atribuido a fallas genéticas, postura en la que se basa la criminología positivista cuando se ocupa de la mujer criminal.

¹²⁶ Cairo, Robert, “Particularidades de la situación carcelaria de las mujeres, Cárcel de mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima”, Bilbao, Ediciones Mensajero, 1989, pp. 119-120

¹²⁷ Teixeira, Alessandra. & Sinhoretto, Jaqueline, A visita íntima às presas: uma primeira vitória?, Boletim do IBCCRIM, N° 112. Disponible en internet: <http://www.ibccrim.org.br/boletim/0005/> [12.11.2004

¹²⁸ Samantha Buglione y Livia Pithan, op. cit.

¹²⁹ Ibíd.

¹³⁰ Marta Lucía Álvarez Giraldo contra Colombia, Caso 11.656, Informe 71/99 de admisibilidad, 4 de mayo de 1999, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Admisible/Colombia11656.htm>>.

Esta postura desarrollada en los trabajos de Cesare Lombroso y Giovanni Ferrero (1892) en la obra "La donna delinquente" sostienen que "la mujer posee inmovilidad y pasividad particulares, determinadas fisiológicamente. Por eso, ella presenta mayor adaptabilidad y obedece más a la ley que a los hombres. Sin embargo, es potencialmente amoral, es decir, es engañosa, fría, calculadora seductora y malévola"¹³¹.

Además de los aspectos biologizantes, para algunos la criminalidad femenina se relacionaría directamente con la capacidad de discernimiento moral de las mujeres y por ello tendrían mayor inclinación al mal. Esta mirada responde de alguna manera a los estereotipos de género: las mujeres brujas, y que después de todo responden a la historia bíblica en que si no fuera por Eva, Adán no habrían incurrido en la tentación y no habrían sido expulsados del paraíso.

Esta característica de mayor inclinación al mal por su menor resistencia a la tentación, se relaciona con el predominio de la carnalidad en perjuicio de la espiritualidad¹³². Ello vincula dos ejes centrales en el control de las mujeres según los postulados del feminismo: sexualidad y control del cuerpo.

Se justificaba, por lo tanto, una vigilancia más efectiva por parte de la Iglesia y del Estado, tal como sostiene Graziosi. La ciencia penal, de finales del siglo XVI, insistió en atenuar en algunos casos la imputabilidad de las mujeres por considerarlas "incapaces de ser plenamente imputables debido a su debilidad global de cuerpo y de mente. El concepto que más frecuentemente se utiliza como referencia para designar una minoridad femenina genérica, que justifica también la posibilidad de una pena más atenuada, es el de *infirmas sexus*, *fragilitas* ou *imbecillitas sexus*: figuras al mismo tiempo vagas y omnicomprendivas, retomadas de la tradición jurídica romanista y utilizadas indiscriminadamente en las más variadas situaciones"¹³³.

¹³¹ Lombroso y Ferrero en R. Van Swaaningen, "Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida", *Papers d'estudis i formació*, Catalunya, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, 1990, p. 86.

¹³² Zaffaroni, op. cit. p. 23.

¹³³ Graziosi Marina. "En los orígenes del machismo jurídico. La idea de inferioridad de la mujer en la obra de Farinacio", *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, Edisa, 1997, vol. 30, p. 49. En <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174722> visitado el 12 de septiembre de 2008.

Esta autora llama la atención que en la Edad Media, por ejemplo, que las mujeres estaban excluidas del delito de calumnias por su propensión al embuste¹³⁴.

La ideología de la “tutela”, introducida por el discurso inquisitorial, se extendió a los nuevos cristianos, a los indígenas, a los negros, a las prostitutas, a los enfermos mentales, a los niños y adolescentes, a los viejos, entre otros, tanto para protegerlos como para reprimirlos. Y esta debe ser comprendida como el paradigma de la colonización, pues la tutela de las razas inferiores tenía la misma importancia que la tutela de los inferiores de la propia raza. La condición mermada de algunos sujetos y las mujeres en particular, todos los cuales eran carentes de derechos o ciudadanía, estuvo presente en el Derecho, y los estereotipos se infiltraron en la legislación de las naciones recientemente emancipadas. El derecho penal no fue ajeno a este fenómeno.

La transformación industrial incentivó la lucha por la hegemonía social entre la clase industrial burguesa y la nobleza, conflicto de intereses que adquirió visibilidad con la Revolución Francesa, inspirada en los principios iluministas de libertad, igualdad y fraternidad. En esa lucha, la mujer recuperó cierto espacio público y reconocimiento, pero por poco tiempo¹³⁵, o bien podríamos decir parcialmente, pues nunca se la tuvo como ciudadana completa.

Olga Espinoza señala que “[...] el movimiento iluminista marca un punto de partida en los procesos emancipatorios individuales y colectivos, porque es en ese contexto que el ser humano empieza a ser percibido como sujeto de derechos, liberándose de concepciones monárquicas que justificaban (bajo el argumento de la autoridad divina) la sumisión de unos hombres a otros. Sin embargo, ese nuevo concepto no incluía a todos los seres humanos. La categoría de sujeto de derechos solo alcanzaba a los hombres, libres e iguales entre sus pares. Evidentemente, como consecuencia de esa situación, la mujer fue apartada del pacto social, siendo integrada simplemente como sujeto dependiente del hombre, mas no como ciudadana”¹³⁶.

Cuando la nueva clase burguesa obtuvo el poder, dejó de ser importante restringir o limitar el poder punitivo (al cual se había opuesto en la confrontación con la nobleza), que pasó a ser empleado como

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ Zaffaroni, *op. cit.* p. 23.

¹³⁶ Espinoza, Olga, Citada en Casas, Espinoza et al. *op. cit.*

instrumento potencial de control de los grupos marginales y marginalizados.

En el caso de las mujeres, el sistema de control por excelencia ha sido el informal, intermedio de instancias como la familia, la escuela, la Iglesia, el vecindario, todas las esferas de la vida de las mujeres son constantemente observadas y limitadas, dando poco margen al control formal, expresión límite del sistema punitivo (cuya manifestación más común es la cárcel). Esa situación explica la menor visibilidad de la mujer en los índices de criminalidad.

Davies y Cook muestran que autores relativamente contemporáneos sostienen que la capacidad de astucia de las mujeres es mayor que la de los hombres y por ello no son identificadas o reprimidas por el sistema penal. No es que no sean tan desviadas como los hombres sino más listas que estos: “Otto Pollack en ‘La Criminalidad de las Mujeres’ publicado en 1950 sostuvo que las mujeres tienen una mayor capacidad para encubrir sus delitos por lo cual no se las identifica. De acuerdo a Pollack, las mujeres son mejores en la trampa y el engaño que sus colegas criminales debido a su posibilidad de aparentar el orgasmo mientras que los hombres no pueden “lamentablemente ocultar su fracaso”¹³⁷.

Pero el pensamiento binario de las mujeres: malas por naturaleza versus mala por las circunstancias ha estado muy presente en el pensamiento criminológico. La situación no fue muy distinta en el sistema del common law, la criminalidad de las mujeres en la perspectiva del Canadá puritano de finales del siglo XX consideraba que las delincuentes transitaban en caminos dicotómicos y que resultaban irreconciliables: si las mujeres delinquían era producto de desafortunadas circunstancias, pues eran naturalmente más virtuosas, y por ello a través del castigo podían recuperar su moral, pero si eran presas de su inmoralidad, su maldad era mayor que la de los hombres¹³⁸.

En definitiva, la situación de las mujeres podían quedar comprendidas entre ambos fenómenos: inocencia y maldad. Por lo mismo se consideró que la rehabilitación de un delincuente requería instrucción moral y religiosa, además del castigo corporal. La criminalidad

¹³⁷ Davies, Sussane and Cook, Sandy, “The Sex of Crime and Punishment”, en Harsh Punishment. International Experiences of Women’s Imprisonment, Northeastern University Press, Boston, 1999, p. 57 y la cita que la acompaña.

¹³⁸ Kendall Kathleen, “Beyond Grace. Criminal Lunatic Women in Victorian Canadá”, Canadian Women Studies, Vol. 19, 1999, p. 111.

provenía de la inmoralidad, con lo cual era prioritario moralizar a la población en la penitenciaría. Este camino minario también se cristalizó en la forma en que las mujeres, una vez que eran condenadas, eran tratadas por el sistema carcelario en los Estados Unidos. Desde reformatorios para mujeres jóvenes y blancas donde tenían la posibilidad de rehabilitarse a cárceles similares a la de los hombres para mujeres de color cuyas características las hacían menos probable a la reinserción por su marcada maldad¹³⁹.

Ese contexto posibilitó el surgimiento de posturas positivistas que instauraron un modelo de Estado policial. Se legitimó el vigilantismo social sobre la base de la desigualdad de los individuos y se distinguió la categoría de “humano”, que contemplaba a los hombres superiores, blancos, casados con mujeres dóciles, con hijos, heterosexuales y burgueses. Como consecuencia de ello, el modelo punitivo vertical y jerarquizado se perennizó, sobre la base de la marginalización (selección y exclusión) de todos los incapaces de ajustarse a los modelos de “normalidad”.

Lo que aparecía como un elemento de la criminalidad, para hombres y mujeres, era su patología: la neurosis, las psicosis, las compulsiones, todas sicopatías asociadas al delito, y por lo mismo, si los delincuentes, personas consideradas enfermas se pudieran curar de la enfermedad, estarían ellas a salvo y también la sociedad¹⁴⁰.

El mundo continuó transitando por diversas transformaciones que colocaron a la modernidad en el banquillo de los acusados, y con ella entraron en crisis postulados asumidos como absolutos, tales como el poder punitivo.

Sin embargo, a partir de la década de los 60 la crisis de ese discurso se intensificó al confrontarse con movimientos de activistas y de académicos que cuestionaron el sistema criminal y exigieron una coherencia inexistente, puesta en evidencia por el conflicto entre sus funciones latentes y manifiestas¹⁴¹.

¹³⁹ Davies y Cook, op. cit., p. 67.

¹⁴⁰ Marchiori (1985), citada por Lagarde, op. cit. 2003, pp. 645-646.

¹⁴¹ Función manifiesta es aquella expresamente prevista en la norma criminal, como podría ser la protección de ciertos bienes jurídicos o la prevención de determinadas conductas, en contraposición, función latente será aquella que efectivamente cumple la norma, aunque esta no lo declare. O. Espinoza e D. Ikawa, Aborto: uma questão de política criminal, Boletim do IBCCRIM, IBCCRIM, Vol. 9, n. 104, p. 4, jul. 2001.

Se destaca en esa época el movimiento feminista, que cuestionó no solo el sistema de castigos, como configuración aislada, sino también la propia estructura del derecho como disciplina que confiere legitimidad al discurso punitivo y lo presenta como consensual y neutro.

Estas visiones permearon la mirada de las mujeres infractoras de ley en la criminología en que los estereotipos y las imágenes de las mujeres construidas instalan la desviación de las mujeres en dos planos distintos: desde el deber ser femenino (la ley natural), y su distanciamiento con la ley del hombre (ley positiva),

“Para comprender la diferencia entre la conducta criminal entre ambos sexos hemos de partir de su carácter biológico y también de la misión vital que corresponde a este carácter. Somáticamente la mujer es más débil, esto, sin, embargo, no quiere decir mucho, pues todos sabemos que en ciertos terrenos son capaces de rendir energías que sobrepasan la capacidad masculina. Pero hay otra cosa decisiva, la fuerza del hombre yace en el hacer y en el mando; la de la mujer en la resignación y en el sacrificio. Actividad en el hombre, pasividad en la mujer, corresponden a la visión vital natural de ambos sexos la del hombre que está obligado a luchar por el mantenimiento de su familia y por el hecho vital de su pueblo, la de la mujer que debe cuidar tranquila y pacientemente a sus hijos y criarlos con el mayor sacrificio. Estas características de los sexos en función de lo social, pueden ser referidas también en su conducta antisocial. Esto constituye la más evidente diferencia de los sexos que aclara de modo más completo la distinta participación en los delitos contra la moral”¹⁴².

Como hemos visto, los argumentos que explican la criminalidad femenina son variados. En sus inicios, como ya lo vimos, se basaron en explicaciones biologicistas. Pese en los marcados cambios sociales, en alguna criminología contemporánea aún se explica la criminalidad femenina en los procesos biológicos que experimentan las mujeres, “sus humores”, las podría hacer susceptible a delinquir en distintos momentos de su ciclo vital o mensual,

“Muy notorio resulta el predominio que tienen en la mujer los trastornos fisiológicos, propios de su organismo. Procesos tales como la menstruación, el embarazo, el parto y el climaterio se

¹⁴² Lagarde, op. cit., 2003, p. 644.

proyectan, con particular valimiento, sobre la situación psíquica y, por ende, repercuten en el contorno de la criminalidad, habida cuenta de que suelen provocar exaltación del humor, con sus consiguientes perturbaciones del carácter y anomalías en la conducta”¹⁴³.

El autor de tales afirmaciones señala sin brindar fuente alguna que “ciertas investigaciones han permitido comprobar que, un gran porcentaje de mujeres parisinas había cometido el delito de hurto, en grandes almacenes, bajo el período menstrual”¹⁴⁴.

De la misma manera, algunos todavía consideran que la ausencia del lazo matrimonial, que ven como un fuerte bastión contra el delito, los deficitarios principios morales, la constitución orgánica y la edad pueden ser factores detonantes del delito en la mujer. La diferencia con la criminalidad de los hombres radicaría en que estos últimos estarían influenciados por factores ambientales¹⁴⁵.

2.2. De la criminología crítica a la criminología feminista

La criminología crítica o radical surge en la década de los sesenta en los Estados Unidos y Europa, coetáneo al surgimiento del feminismo. El foco de atención de la criminología crítica es desviar la mirada del fenómenos de la criminalidad como un problema de los sujetos criminalizados, que buscan las respuestas en sus atributos físicos, o características comunes, sino indagar en las condiciones individuales de vida de estos sujetos las explicaciones de la criminalidad. Esta corriente fue conocida como “labelling approach” o etiquetamiento¹⁴⁶.

Según Baratta, la mirada tradicional no se enfocó las relaciones de poder de la sociedad, que están impuestas por un orden económico, político y social que repercute en fenómenos de exclusión¹⁴⁷.

¹⁴³ Kent Jorge, op. cit. p. 26.

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ Denno Deborah W. “Gender, crime and the criminal law defenses”, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 85-1, 1994, p. 159.

¹⁴⁶ Campos Carmen, “Criminología feminista. Un discurso (im)posible?”, *Lorena Fries, Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Fries, Edit., La Morada y LOM Ediciones, Santiago, 1999, pp. 745-748

¹⁴⁷ Baratta Alessandro, “Sobre a crimologia crítica e sua funcao na política criminal. Documentacao e Direito Comparado”, *Boletín de Ministerio da Justicia*, Lisboa, 1983, p. 145, citado en *Ibíd.* p. 748

Es la selectividad penal, un sistema basado en garantizar, mantener y reproducir un orden desigual en el proceso de la definición de conductas criminales a través de las leyes es una forma de criminalización primaria, le sigue la identificación y persecución penal a través de las policías, jueces y operadores del sistema judicial, la criminalización secundaria, para luego estigmatizar a través de la ejecución penal¹⁴⁸. Todavía buena parte del sistema de control es masculino: son hombres los que definen la ley, hombres los que determinan si persiguen criminalmente, los que defienden, juzgan y ejecutan la ley. Por ello, ha sido aún más difícil observar qué rol y bajo qué condiciones las mujeres juegan en su condición de infractoras¹⁴⁹.

Es posible considerar que diversos grupos, dependiendo de sus características sociales, étnicas o raciales se sitúen de una manera distinta frente a la ley y al control social: las trabajadoras en huelga puedan ser sancionadas por desórdenes en la vía pública al instalar un piquete que impida la entrada de trabajadores rompehuelgas, mientras que el mismo empleador busque a través del orden jurídico vigente que se desista de tales acciones para mantener el funcionamiento de su empresa. Ambos grupos se ubican en distintos lados de la norma, ya sea en la protección de los trabajadores de sus derechos laborales y el empleador en el funcionamiento de la fábrica¹⁵⁰.

Así, aparece a primera vista, más fácil para el sistema de selección penal advertir y sancionar penalmente los desórdenes en la vía pública, la identificación de aquellas personas que hemos marginado socialmente o perseguir penalmente los hurtos en baja escala bajo la presión de grandes tiendas bajo el eslogan de tolerancia cero que una política encaminada a identificación y persecución de la evasión de impuesto o la sanción por la apropiación de dineros de los trabajadores cuando los empleadores no los integra al sistema de previsión social.

En el ámbito criminológico, las teorías feministas también incurrieron en ellas para dar nuevos enfoques teóricos al fenómeno de la criminalidad.

¹⁴⁸ Andrade, 1995, citado por Campos, op. cit., p. 749

¹⁴⁹ Davies y Cook, op. cit., p. 60.

¹⁵⁰ Kennedy, Duncan, Libertad y Restricción en la decisión Judicial, trad. Diego López y Juan Manuel Pombo, 5° reimpresión, Universidad de los Andes, Ediciones Unian-des, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2005, pp. 91-116.

Las feministas se inspiraron en las discusiones del interaccionismo simbólico, es decir, se proponen resaltar la autopercepción del individuo en conflicto con el sistema penal, dialogando con la forma como construye su realidad y cómo la interpreta para destacar la necesidad de observar al oprimido y dotarlo de voz, o sea, otorgar derecho de palabra a aquel que es estigmatizado, seleccionado y punido por el sistema criminal. Para poder hablar o estudiar la criminalidad de las mujeres, ello debía hacerse desde y con las voces de las mujeres, cuyos relatos y experiencias suelen estar ignorados.

Sin embargo, el entendimiento de la criminología feminista demanda la exploración del trayecto recorrido por estudiosos de ambos sexos que identificaron a la mujer agresora como objeto de estudio¹⁵¹.

Los estudios feministas que se aproximaron al sistema criminal tuvieron dificultades para ajustarse a la división entre el paradigma etiológico (propio de la criminología positivista) y el paradigma de la definición social (propio de criminología crítica).

En el marco de las concepciones contemporáneas, el énfasis está en la criminología feminista que tuvo un desarrollo más acentuado a partir de los años 60, década en la que se produjo la ruptura teórica que fomentó el surgimiento de las teorías feministas. Su desarrollo no fue uniforme y algunas de sus propuestas no consiguieron desprenderse de la tradición positivista, como fueron los casos de Freda Adler y Rita Simon.

Para ellas, la delincuencia femenina se constituiría a partir del cambio subjetivo de la mujer, quien habría abandonado su pasividad para tornarse más atenta y agresiva (tesis de la masculinidad, defendida por Freda Adler), o como resultado de su mayor acceso al mercado de trabajo y al espacio público, ámbito en el que transcurre la criminalidad (tesis de la oportunidad, de Rita Simon)¹⁵². Después de todo, si como resultado de las relaciones de género las mujeres habrían quedado reducidas al espacio doméstico; y la criminalidad

¹⁵¹ Debemos aclarar que no existe una única perspectiva feminista en criminología, así como no existe una única concepción del feminismo, y por ello conviven diversas corrientes que intentan interpretar la criminalidad femenina bajo diversos enfoques. Por esa razón, sería inconsecuente hablar de “una” criminología feminista, así como de una única criminología crítica, pues subsisten múltiples visiones criminológicas que se autodenominan críticas. Por ello, preferimos hablar del paradigma del feminismo como perspectiva. R. Van Swaaningen, op. cit. p. 89.

¹⁵² Del Olmo, op. cit., pp. 23-24.

era por definición un ejercicio en un espacio público. De allí que a mayor inserción en los espacios que estaban históricamente restringidos para las mujeres, de producirse un cambio ello significaría mayor incidencia de criminalidad.

Eso es fácil de comprender porque muchas de esas posturas fueron inspiradas en las teorías feministas que partieron de enfoques y propuestas conflictivas¹⁵³. Sin embargo, a pesar de las críticas que puedan recibir, los trabajos motivados por las teorías feministas de tendencia liberal y radical consiguieron tornar visible la criminalidad femenina y abrieron caminos para la elaboración de nuevas teorías que, valiéndose de la perspectiva de género, consolidaron la criminología feminista¹⁵⁴.

Fue principalmente en las décadas de los 70 y de los 80 que la criminología feminista de perfil más crítico ofreció nuevas aproximaciones y análisis sobre el tema en foco¹⁵⁵. Se tejieron críticas a las tesis tradicionales, con la intención de promover el debate acerca “de los estereotipos sexistas que alimentan esas teorías, [y de explicitar] los límites de una criminología positivista cuyas premisas son inadecuadas y que se presenta como instrumento de control y de preservación del *statu quo*”¹⁵⁶.

Para graficar el desarrollo de las teorías feministas al interior de la criminología, en palabras de Kathleen Daly, “en los años 80, la teoría feminista fue especialmente influenciada por la filosofía y la literatura. Esa situación marcó un cambio de énfasis sociocultural e histórico con respecto a los años 70, cuando las académicas revelaron historias de mujeres desvendando la diversidad etnográfica y la generalidad presentes en sus vidas. En la década de los 70, las académicas feministas se referían a las mujeres o a las experiencias de las mujeres sin problematizarse, destacando la importancia de diferenciar el sexo biológico del género sociocultural y desarrollando una teoría feminista comprensible capaz de sustituir a las teorías liberales, marxistas o psicoanalíticas. Un desafío crítico surgió desde los espacios de las mujeres marginalizadas por la teoría feminista y de una variedad de teóricos y textos postmodernos/postestructuralistas. Esos desarrollos

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ *Ibíd.* p. 25.

¹⁵⁵ A. I. Meo, *op. cit.* p. 118.

¹⁵⁶ Parent Collete, *La contribution féministe à l'étude de la déviance en criminologie*, *Criminologie*, vol. XXV, N° 2, 1992, p. 88.

plantearon cuestionamientos al conocimiento feminista y a la forma como debía ser producido y evaluado¹⁵⁷. Por ello, posicionan la disciplina desde un cuestionamiento del sistema jurídico, basado en parámetros construidos por hombres y desde las experiencias de los hombres. Es lo que suele llamarse la mirada *androcéntrica*.

Los defensores y defensoras de la criminología feminista basada en postulados críticos comprenden la intervención penal como una de las facetas del control ejercido sobre las mujeres, una instancia en que se reproducen e intensifican las condiciones de opresión mediante la imposición de un padrón de normalidad. Sin embargo, se debe reconocer otras formas de control que afectan a las mujeres. Tales como los controles informales de la familia, escuela, religión, vecindario y atender a cuáles son las consecuencias cuando ellas que no se ajustan a esos controles y transgreden las normas sociales.

Es posible considerar, por ejemplo, que la mayor o menor uso de la prisión preventiva sea un resultado de las posibles consecuencias en la familia (y las responsabilidades familiares que una mujer tenga) y por ello se facilite el control social, sin tener que recurrir a medidas más drásticas como la privación de libertad.

De hecho, Lagarde sostiene que todas las mujeres están potencialmente presas, entendiendo la “prisión” como el límite que imposibilita al sujeto “realizar su concepción de mundo –su deseo– en cada acto y hecho de su vida [... así...], las mujeres viven su prisión en la opresión genérica combinada con las otras determinaciones sociales y culturales que le dan vida¹⁵⁸.

Las preguntas que surgen son: ¿Por qué insistir en observar a las mujeres imputadas bajo la óptica de la criminología feminista? ¿Qué ventajas puede generar ese abordaje? Intentaremos responder estas preguntas.

Los estudios de la criminología feminista, en la medida que buscaron atender las necesidades y los intereses de las mujeres como grupo, posibilitaron la superación de algunos límites de la criminología, desarrollada bajo patrones masculinos. Así, “sus investigaciones abrieron nuevos caminos que pueden servir de inspiración al cuestionamiento actual en la criminología¹⁵⁹.”

¹⁵⁷ Del Olmo, R. op. cit. p. 30. Citado en Casas, Espinoza, et al. op. cit.

¹⁵⁸ Lagarde, op. cit. p. 622.

¹⁵⁹ Parent, op. cit., p. 88.

Partimos por reconocer las contribuciones del feminismo a los estudios criminológicos.

1. La primera gran contribución está dada por la introducción de la perspectiva de género como instrumento para observar a las mujeres en el sistema punitivo, es decir, para entender el sistema criminal como construcción social que pretende reproducir las concepciones tradicionales sobre la naturaleza y los papeles femeninos y masculinos, tal como han sido instituidos en la modernidad¹⁶⁰. Por ello, para conocer cómo se construye la feminidad en el sistema penal, debemos extrapolar ese ámbito y estudiar a las mujeres justiciables en el mundo de las propias mujeres. De ese modo, podremos comprender la “criminalidad femenina” a partir del cuestionamiento de la sociedad y proponer políticas basadas no en la rehabilitación de las imputadas, sino en la “reforma de las relaciones sociales basadas en el sexo y de las instituciones que las sustentan¹⁶¹. Esa propuesta, que expresa una postura favorable hacia las mujeres y presenta su desvío en relación al estatus de sujetos oprimidos en la sociedad, no pretende principalmente “combatir” el “crimen” cometido, sino las condiciones de exclusión que les afecta en tanto grupo.
2. La segunda contribución se funda en la posibilidad de estudiar el sistema por medio de la observación de sus actores considerados como sujetos. En ese sentido, los análisis feministas sobre la criminalidad femenina intentaron identificar a las mujeres concediéndoles la palabra, de tal manera que mediante sus voces y experiencias de vida, los investigadores/as puedan aproximarse y entender a su objeto de estudio. Esa actitud abre el camino hacia el “otro”, y acentúa la dimensión relacional de la situación o problema; la preocupación se centra en el otro como ser individual y particular, y no solamente como sujeto de derechos o como entidad abstracta a analizar¹⁶².

¹⁶⁰ Biron, Louise., *Les femmes et l’incarcération. Le temps n’arrange rien*, Criminologie, Montreal, vol. XXV, N° 1, 1992, p. 126.

¹⁶¹ Parent, op. cit. p. 147

¹⁶² Mesutti, Ana, Reflexiones sobre el pensamiento penal, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 31, 2000, p. 21.

3. La interdisciplinaridad es igualmente valorizada por los estudios feministas. En el caso de la criminología, el empleo de ese concepto permite la incorporación de disciplinas distintas en el análisis de la problemática que envuelve a la “criminalidad”, generando miradas alternativas para entenderla mejor¹⁶³.

Además, los estudios feministas en la criminología han denunciado el carácter androcéntrico y parcial de la criminología, permitiendo el distanciamiento del “modelo de análisis concebido para el hombre blanco promedio y mostrando que no es aplicable para todos”¹⁶⁴, característica no percibida, y algunas veces negada, por representantes de la criminología crítica.

Las investigaciones elaboradas bajo el marco de la criminología feminista deben superar la oposición de sexo, a fin de evitar el desgaste de energías en la búsqueda de diferencias que justifiquen abordajes distintos, pues como hemos dicho, los hombres y las mujeres no son solo sexo, sino sus identidades están marcadas por cada uno de sus atributos en tanto individuos o como miembros de grupos oprimidos.

Cabe agregar que a través de las contribuciones de la criminología feminista fueron explicitados los sistemas de opresión de los grupos marginalizados. De allí, que se estimulen la producción de análisis que adopten la perspectiva de género para mirar a la mujer y a todos los individuos insertados en el sistema punitivo. Así, la óptica del género nos llevará a cuestionar la propia estructura del sistema, “deconstruyendo el universo de las formas tradicionales de legitimación punitiva y procurando soluciones más equitativas, que valoricen las situaciones concretas en las que evolucionan los diferentes protagonistas de la intervención penal”¹⁶⁵.

III. DÓNDE ESTÁN Y QUÉ PASA CON LAS MUJERES

En la mayoría de países los índices de criminalidad femenina se han incrementado notablemente durante la década de los 80, llegando, inclusive a triplicarse¹⁶⁶. Las mujeres cometen menos delitos que los

¹⁶³ Biron, op. cit. p. 126.

¹⁶⁴ *Ibíd.*

¹⁶⁵ *Ibíd.*

¹⁶⁶ Conly C., *The women’s prison association: Supporting women offenders and their families*, National Institute of Justice, Washington, U.S. Department of Justice, 1998, p. 3. Ver también E. Azaola, C. Anthony, L. Francia, Y. Bavestrello y Cortés, op. cit.

hombres, hay algunos que cometen con menor frecuencia que los hombres, y en otros casos, cuando son perpetrados tanto por hombres como mujeres, estos delitos tendrían significados distintos y determinados por el género¹⁶⁷.

Por ello, se observa que pese al aumento de la participación de mujeres, esta se reduce a actividades de menor importancia en la escala de poder, es decir, las mujeres no están insertas en las redes de poder de la criminalidad¹⁶⁸. Su participación suele asociarse su delito a infracciones en hurtos, u otros delitos contra la propiedad, y escasamente con delitos violentos como robos con fuerza o intimidación.

El perfil de las mujeres es una constante en los distintos estudios: son pobres, tienen escasa escolaridad, y han iniciado la maternidad en forma precoz. Si trabajan remuneradamente lo hacen en oficios humildes a los que haremos referencia a lo largo de este trabajo.

El aumento de las mujeres en delitos “masculinos” para algunos mostraría un síntoma de la liberación de la mujer, por lo cual la criminalidad femenina irrumpe en espacios no tradicionales¹⁶⁹.

En Chile, el primer lugar que ocupa a las mujeres son delitos contra la propiedad de poca monta. Según los datos de la Defensoría Penal Pública de 2003, los hurtos corresponden al 10% de las imputaciones a hombres, esa cifra se eleva al 24,1% en las mujeres¹⁷⁰. En la actualidad¹⁷¹, y con un proceso de reforma en todo el país, ello produjo que las imputaciones por hurto se multiplicaran: el hurto representa casi el 32% de los delitos por los cuales ingresan las mujeres al circuito de la criminalidad, le siguen las faltas (12,8%), lesiones (12,6%) y en cuarto lugar los delitos relacionados con drogas¹⁷². Estas cifras mutan de acuerdo a las distintas zonas del país.

¹⁶⁷ Lagarde, op. cit. p. 648

¹⁶⁸ Anthony Carmen: “Reflexiones sobre los procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres de América Latina implicadas en delitos relacionados con drogas”, Género y Derecho, Alda Facio y Lorena Fries, Edit., La Morada y LOM, Santiago, 1999.

¹⁶⁹ Pate Kim, “Young Women and Violent Offences. Myths and Realities”, Canadian Women Studies, Vol. 19 Nos 1 & 2, 1999, p. 39.

¹⁷⁰ Casas, Espinoza, et al., op. cit. p. 58.

¹⁷¹ Defensoría Penal Pública, Informe Estadístico Anual 2007

¹⁷² Defensoría Penal Pública, op. cit., p. 16.

En Canadá, las adolescentes infractoras de ley también muestran conductas similares: una mayor proporción de ellas son criminalizadas por conductas que constituyen faltas, incluso delitos de leyes de tránsito como la conducción en estado de ebriedad¹⁷³.

Si la criminología crítica puso de relieve que la criminalización es selectiva, sesgada por la pobreza y la marginación social; la criminología feminista pone el acento en que se deben comprender las especiales condiciones sociales y de poder en que se encuentran las mujeres. Es decir, si los elementos de la pertenencia a la clase, raza o etnia confluyen en la criminalización de ciertas poblaciones, las condicionantes de género añaden otras tantas.

Las mujeres y las drogas

Las mujeres aparecen vinculadas con el tráfico de estupefacientes como mulas/burreras o borregas sin que la persecución sea eficaz en desbaratar las redes del narcotráfico, sin embargo es apta para controlar a este grupo. En este punto, la persecución penal muestra todos los problemas de la selección penal, pues la criminalización resulta altamente selectiva y discriminatoria, pues las mujeres, especialmente las más pobres, son las explotadas en el tráfico y transporte de drogas, se las castiga duramente sin que con ello se toque a las estructuras de poder del tráfico de estupefacientes.

Una joven peruana, primeriza, trabajaba y estudiaba de noche en Tacna [Perú], le ofrecieron hacer un reemplazo durante el verano trabajando en una residencial en Arica [ciudad chilena fronteriza con Perú] donde conoció a un par de hombres (un chileno y un peruano) quienes les ofrecieron pagar la suma de \$50.000 [menos de US\$ 100] por cada cruce con droga (pasta base). Ella ganaba en Perú \$35.000. Ella fue detectada en el segundo cruce, colaboró pero su colaboración no fue tenida como eficaz¹⁷⁴.

La introducción de la droga en las vaginas o estómagos las exponen a riesgos gravísimos de perder la vida, y que de tener éxito en la empresa, las ganancias son realmente marginales¹⁷⁵.

¹⁷³ Pate, op. cit., p. 82.

¹⁷⁴ Casas, Espinoza, et al., op. cit. p. 83.

¹⁷⁵ *Ibíd.* L. Casas, O. Espinoza, et al., op. cit., p. 82. Véase también, Carmen Anthony, "Reflexiones sobre los procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres

El 63% de las mujeres presas en penales federales argentinos en el 2006 estaban recluidas por tráfico de drogas¹⁷⁶. Según el Informe sobre Mujeres Privadas de Libertad de CEJIL que presentó ante el Relator Especial sobre personas privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2006, un tercio de ellas serían extranjeras¹⁷⁷.

Una de los aspectos en que se puede ver el aumento de la criminalidad está vinculada con el tráfico de estupefacientes. Según los trabajos de Carmen Anthony, el aumento de las mujeres involucradas en drogas es parte de un panorama regional y global. En Bolivia, en la década de los noventa, el tráfico de drogas es la primera razón de ingreso a la cárcel lo que incluso supera a los hombres. Lo mismo ocurría respecto de las mujeres criminalizadas en Perú¹⁷⁸.

Como ya dijéramos, las cifras de México muestran que los delitos de las mujeres se sitúan en el fuero común o estadual están relacionados con las lesiones, los robos y otros delitos contra la propiedad como los fraudes. Sin embargo, un 77% de las mujeres en conflicto con la ley por delitos de orden federal se relacionan con las drogas¹⁷⁹.

Los estudios en los Estados Unidos indican que las mujeres privadas de libertad por drogas en ese país aumentó en dos décadas (1980 al 2002) ocho veces, contexto incompleto si no se consideran factores como raza y etnia, en que las mujeres latinas, luego afroamericanas las que participan en mayor proporción de la población reclusa¹⁸⁰.

Ello obedecería a los problemas estructurales de pobreza y marginación social, pues las mujeres si bien aumentan su participación en este delito, no se encuentran en ninguna esfera de poder de las mafias de la droga.

de América Latina implicadas en delitos relacionadas con droga”, Género y Derecho, Alda Facio y Lorena Fries edit., American University Washington College of Law, La Morada y LOM, Santiago, 1999, p. 739.

¹⁷⁶ Arduino, op. cit., p. 74

¹⁷⁷ CEJIL, p. 4. Citado en Ileana Arduino y Luciana Sánchez.

¹⁷⁸ Anthony Carmen, “Reflexiones sobre los procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres”, op. cit. pp. 737-744.)

¹⁷⁹ Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, op. cit. p. 51.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p. 737.

Lagarde advierte dos grupos de mujeres en el tráfico de drogas: aquellas que lo cometen junto a sus hombres, apresadas y detenidas junto a ellos; y las que son conminadas por sus hombres¹⁸¹. El primer tipo está determinado por sus relaciones conyugales, filiales o maternas respecto del poder masculino que controla la mafia del narcotráfico. En el segundo grupo se ubican las mujeres sometidas al control del hombre que incide en forma gravitante en una participación como coautora, cómplice o encubridora del tráfico que controla el varón, y del que ellas escasamente pueden eludir.

Anthony denomina al primer grupo las mujeres que cometen el delito “por amor y solidaridad” con el compañero/marido traficante, en algunos casos instadas por los hombres bajo la creencia que las mujeres serán tratadas más benévolamente que los hombres¹⁸².

Las labores domésticas de las mujeres, las involucrarían como cómplices o encubridoras de sus maridos o convivientes¹⁸³.

En algunos casos, la droga le pertenece o es controlada por los hijos narcotraficantes (y consumidores).

Un elemento adicional que se juega en los delitos de drogas es su vinculación con el consumo de esta, con su tráfico (microtráfico) y en ocasiones también está relacionado con la violencia de género. Así lo estima Anthony respecto de sus pesquisas con las mujeres que ingresan droga a los penales para sus parejas privadas de libertad, coaccionadas o amenazadas por ellos, con el fin de mantener la conyugalidad o la convivencia con ellos¹⁸⁴:

¹⁸¹ Lagarde, op. cit. pp. 654-656.

¹⁸² Anthony Carmen. Citando a Sánchez Galindo, Manual de conocimientos básicos del personal penitenciario, Editorial Rmres, México, 1972, p. 29 citado en Anthony, “Reflexiones sobre los procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres”, op. cit., p. 738.

¹⁸³ Del Olmo, Rosa, “Reclusión de Mujeres por delito de droga. Reflexiones preliminares”. En “Reunión de Consulta sobre el Impacto del Abuso de drogas en la Mujer y en la familia”, Himes, OEA, Montevideo, 1996, p. 29.

¹⁸⁴ Anthony, op. cit. p. 742.

“Una mujer casada, de clase media, señala haber estado ‘enferma de los nervios’, con una profunda depresión, por lo cual le recetan pastillas para dormir. Ella relata haber conocido a otra mujer quien le vendía productos para hacer dieta, ésta última resultó ser traficante. A través de esta comienza a visitar la cárcel de hombres acompañando a su amiga a las visitas que ella hace a un hermano en la cárcel. A partir de estas visitas, conoce a un interno del cual se enamora y quien le pide que obtenga más pastillas de las que ella toma y las entregue a un tercero para ser ingresadas al recinto penal. Su médico, aparentemente sin problemas para darle más recetas, le permite despachar las recetas y entregar estos medicamentos al penal a través de un tercero. Ella fue descubierta al término de una visita, luego que su enamorado le pidiera sacar las pastillas del penal”. La mujer fue sorprendida en la inspección a la salida del penal, su primo, un policía le había reprendido por visitar la cárcel antes de ser descubierta, y al ser descubierta, le recomendaron colaborar con la investigación del fiscal, pagó dinero por algunos datos, ninguno de los cuales resultó¹⁸⁵.

Algunas de estas mujeres, de acuerdo con Lagarde, no fueron traficantes sino hasta que el marido las conmina a traficar:

“El fue el que me forzó, yo lo venía a ver, así no más a la visita. Hasta que un día me dijo que si quería seguir viniendo tenía que pasar una cosa que me iba a dar uno de sus amigos. El mismo día me explicó dónde me lo tenían que poner. Y yo le dije que no, qué horror. El me dijo si quieres bueno, si no, ya no vengas, al fin que hay otras que quieran entrar a estar conmigo. Así fue como me decidí. Era como su condición. Si no aceptaba lo perdía” (Rosa Santiago, 35 años, purga condena en la cárcel de Puebla [México])¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Casas, Espinoza et al. op. cit. pp. 83-84.

¹⁸⁶ Lagarde, op. cit. p. 656.

Los vínculos afectivos con narcotraficantes tienen una doble lectura: le tienen miedo a que les pase algo o les digan que no, pero a su vez mantienen la reacción por razones de apego afectivo y entrega de droga para el consumo¹⁸⁷.

Los estudios de Cooper en Chile también asocian a las mujeres de clase baja, jefas de hogar y cargo de varios niños o mujeres de mayor edad en el tráfico de drogas “al minoreo” o microtráfico, en que su participación en la red de la mafia constituye una forma informal e ilegal de supervivencia cuando las opciones de inserción laboral no existen o son limitadas¹⁸⁸. Como destaca esta autora, estas mujeres no pertenecen a una contracultura mafiosa, pues no se integran necesariamente en la escala de estratificación de la mafia, se tienden a desempeñar en ferias o como comerciantes ambulantes¹⁸⁹.

En el caso de las mujeres que consumen, su criminalidad está más asociada a delitos más violentos como robo con intimidación o violencia, y por lo mismo recibirían menor legitimación social, tal como reseñaremos más adelante¹⁹⁰.

Algunos estudios en los Estados Unidos advierten que el uso/consumo de droga es parte de una compleja trama que relaciona mayor susceptibilidad al delito producto del consumo, o que el consumo de este es parte de la historia delincinencial. En todo caso, analizada la variable consumo de drogas de otras que pudieran explicar la delincuencia, Slocum, Simpson y Smith encontraron que las mujeres infractoras tenían 45 veces más probabilidades de haberse involucrado en delitos no violentos tales como hurtos o prostitución¹⁹¹.

¹⁸⁷ Ramm Alejandra y Barros Paula, *Imputados. Primerizos y Reincidentes: un Registro Testimonial*, Universidad Diego Portales y Defensoría Penal Pública, Santiago, 2005.

¹⁸⁸ Cooper, Doris, *Criminología y delincuencia femenina en Chile*, LOM, Santiago, 2002.

¹⁸⁹ *Ibíd.* p. 342.

¹⁹⁰ Gibbs, Claudia, “Características que diferencian a mujeres recluidas por tráfico de estupefacientes del resto de la población penitenciaria femenina”, *Revista de Estudios Penales y Penitenciarios UNICRIM*, Santiago, 200. Citado en Casas, Espinoza et al.

¹⁹¹ Slocum Lee Ann, Simpson Sally S. y Smith Douglas, “Strained lives and crime: Examining intra-individual variation in strain and offending in a sample of incarcerated women”, *Criminology*, Vol. 43, N° 4, 2005, p. 1095.

Los delitos contra la propiedad

El delito de robo o hurto, según Lagarde es una forma de trabajo. Ello quiere decir que es una forma de actividad “remunerada” distinto al trabajo doméstico, pues como señala, es difícil que una mujer que se dedique a su casa salga a robar¹⁹².

Cooper en sus trabajos sobre delincuencia femenina en Chile, arriba a la misma conclusión. Hay “ladronas” de distintas categorías que se perciben como “ladronas-ladronas”, es decir son profesionales, viven de lo que roban o hurtan, salen a trabajar, en áreas y horarios definidos¹⁹³.

Un estudio en Chile encontró que un poco más de un tercio de las mujeres realiza una actividad remunerada formal, ya sea sola o con su pareja. Las que declaran “no trabajar” entre las condenadas en delitos contra la propiedad, se dedican a la actividad delictual¹⁹⁴.

La importancia de la autodefinition de ser ladrona para Cooper es importante, pues señala que las no ladronas no se definen como tales y explican las motivaciones que las llevaron a cometer el delito. Ellas refieren ser pobres y tener necesidades de dinero; en otros casos se trata de una participación más fortuita vinculada a una pareja consumidora o delincuente¹⁹⁵.

Como se muestran en algunos relatos de mujeres condenadas en México, “las mujeres se involucran [en el delito de robo o hurto] principalmente en el de pequeña escala en establecimientos comerciales grandes, donde roban prendas de vestir, cosméticos y artículos de belleza, productos de despensa básica, probablemente sin ninguna necesidad famélica, solo por apoyar su economía familiar, como aquella señora que acudía al supermercado, tomaba un pollo pequeño y uno grande, intercambiaba la etiqueta del precio y pagaba en caja el pollo grande, lo mismo hacía con la carne y el pescado, hasta que fue detectada por el personal de vigilancia, remitida ante las autoridades, acusada y consignada por robo en serie; su motivo era

¹⁹² Lagarde, op. cit. p. 658.

¹⁹³ Cooper, Doris. op. cit.

¹⁹⁴ Casas, Espinoza et al., op. cit. p. 82.

¹⁹⁵ Cooper, op. cit. p. 282.

alimentar a su numerosa familia, fue sentenciada por declararse confesa y haber sido detenida en flagrancia¹⁹⁶.

Es por ello que para algunos operadores las mujeres que hurtan en tiendas o supermercados lo hacen como parte de su trabajo y en “forma inteligente”: sustraen bienes que pueden fácilmente reducir, mientras que los hombres muchas veces hurtan licores, bebestibles o comida para su consumo personal, y por esa razón consideraban que ellas eran más “inteligentes” en la comisión del delito. Se trataría de mujeres jóvenes¹⁹⁷.

Lagarde sostiene que el hurto, más allá de la actividad que desarrolle una mujer, se asocia al consumo y la necesidad de comprar aquellos artículos suntuarios que le permitan ascender a través del delito a los bienes de otra clase social¹⁹⁸.

“Una joven mujer condenada por hurto, que señala que, además de ser trabajadora de casa particular [doméstica] y estudiante en la nocturna, se dedica al hurto o robo en los fines de semana, fundamentalmente para pagar sus deudas por su estilo de vida un tanto parrandero. Ella relató que había ingresado al circuito delictual porque ‘había tenido malas juntas desde niña y se había ido de la casa a los 16 años porque su mamá la controlaba mucho’. Se mantenía sola, le gustaba pasarlo bien, invitar a sus amigos y de vez en cuando consumir algún vicio (como dijo ‘no le hacía al vicio porque estaba muy caro’). Con ese estilo de vida siempre tenía deudas que pagar y su sueldo [...] no le alcanzaba para pagar sus gastos y su pieza”¹⁹⁹.

Así como hay mujeres pobres que delinquen por su vulnerabilidad social, hay otras de clase media alta que lo hacen para sostener cierto estilo de vida, sustrayendo bienes de lujo de supermercados, como whisky, centolla o caviar²⁰⁰.

¹⁹⁶ Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, op. cit. p. 26.

¹⁹⁷ Casas, Espinoza et al., op. cit. p. 78.

¹⁹⁸ *Ibíd.*

¹⁹⁹ *Ibíd.* p. 84.

²⁰⁰ *Ibíd.*

De la misma manera se sitúa el delito por venganza o envidia de otras mujeres, como la patrona, que tiene bienes a los cuales ellas desearían acceder. Ello no siempre significa que desean robar, sino apropiarse momentáneamente para saberse poseedoras de bienes de otras²⁰¹.

Una cuestión que aparece en un estudio de Chile, son los delitos económicos o de 'cuello blanco' en que las mujeres aparecen como las autoras por giro doloso de cheques, o la defraudación cuando ellas se convierten en la contención económica o financiera de algún sujeto significativo masculino en sus vidas –el marido, conviviente, hermano o novio–: la falta de crédito, el endeudamiento del hombre terminan involucrándola como única autora²⁰². Al igual que las mujeres de clase media y alta no siempre se representan la actuación como delictual sino que reflexionan en torno a los problemas económicos, y en la confirmación de un modelo de obediencia y servicio a otros, se involucran a costa de ser sancionadas.

La participación de mujeres en delitos violentos y de poca monta no es respetada en el mundo del hampa del "ladrón profesional", se las denominan "las domésticas", pues se asocia a pandillas, al consumo de alcohol y drogas que a juicio de los profesionales que las definden carecen de valores y corazón, y que violentan y roban a los mismos pobres²⁰³. Los defensores de mujeres que delinquen para mantener hábitos de consumo de droga e ingresan a la cárcel a cumplir pena lo hacen en malas condiciones físicas y síquicas (*flacas como gatos*), debido al exceso de consumo de drogas²⁰⁴. Tal como señaló un defensor público entrevistado en Chile, estas mujeres logran recuperarse, subir de peso, pero al salir volverán al consumo de droga cuando salen del penal²⁰⁵.

²⁰¹ Lagarde, op. cit. p. 659.

²⁰² Casas, Espinoza et al. op. cit., p. 76.

²⁰³ Cooper, op. cit. p. 302.

²⁰⁴ *Ibíd.* p. 304.

²⁰⁵ Casas, Espinoza et al. op. cit., p. 79, nota 156.

“Una tarde llegó la policía a su casa: ‘¿Dónde está el Flaco?’, le dice. Ella no puede contestar. No habla. Estaba tirada en la cama drogada. Encima de las sábanas había pasta base y marihuana. Su conviviente estaba en el patio, buscando algo para hacer ‘una pipa’ de pasta base y, al sentir a la policía, arrancó. Ella fue detenida de inmediato. Su proceso es por tráfico ilegal de drogas y tenencia ilegal de armas de fuego. Ella asegura que solo es adicta a las drogas. ‘Empecé fumando marihuana como a los 20 años, después seguí con más, pero yo soy adicta, no traficante’, insiste. La vida se la gana como mechera (hurtos en tiendas comerciales). Tiene cinco procesos en el sistema antiguo por hurto y dos en el nuevo sistema [...] Toma medicamentos para controlar su carácter y la depresión. Por eso un día, cuando estaba angustiada, le pidió a un gendarme que le comprara ‘copete’ [alcohol]. Se emborracha y se golpea haciéndose daño”²⁰⁶.

Los delitos “femeninos”

Los delitos en que las mujeres tradicionalmente incurrieron estaban vinculados contra las personas: lesiones, homicidios, aborto, infanticidio y abandono de menores. Estudios sobre los “crímenes de las mujeres” sobre aborto e infanticidio en Australia, muestran que pese a los cambios legales, las mujeres con menos recursos experimentaron su vulnerabilidad y sufrieron la persecución penal²⁰⁷, aun cuando los hombres participaron en la producción del embarazo, en algunos casos, insistieron en que las mujeres abortaran o facilitaron el aborto. En la práctica solo las mujeres fueron perseguidas por este delito²⁰⁸.

Maternidad rechazada

Se habla de delitos femeninos, pues están a la base algunas de las concepciones de mujer que hemos construido social y culturalmente: la madre que nutre y acoge, la maternidad a toda prueba, y la esposa sumisa. La muerte a los hijos “el filicidio” como señala Lagarde, es la ruptura extrema de su condición genérica²⁰⁹, percibido como un aten-

²⁰⁶ Ramm y Barros, op. cit, p. 88.

²⁰⁷ Allen Judith, “The Trials of Abortion in Late Nineteenth and Early Twentieth Century Australia”, Australia Cultural History N° 12, 1993, pp. 87-95 citado en Davies y Cook, Citando op. cit. p. 63.

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ Lagarde, op. cit., p. 661.

tado extremadamente grave pues confluyen dos bienes jurídicos vulnerados: el atentado contra la vida como la idealización de la madre, su “ser maternal”²¹⁰.

“La ideología dominante de la maternidad no reconoce la agresividad materna, por el contrario la encubre, y solo la distingue cuando rebasa ciertos límites, para evidenciar que es la disfunción, la enfermedad, la anomia, la locura de unas cuantas lo que violenta la institución, el modo de vida y la definición femenina de las mujeres: buenas por naturaleza, e implícitamente seguras, inofensivas, protectoras y no dañinas para los menores”²¹¹.

Algunos estudios realizados sobre mujeres que matan a sus hijos en los Estados Unidos muestran que el filicidio estaría conectado con las historias de vida de las autoras sus propias madres, su aspiración de ser queridas, la necesidad de cobijo, sentirse seguras, aceptadas y amadas. Sin embargo, en el estudio de Oberman y Meyer no recibieron nada o poco de eso de sus madres quienes fueron cómplices o encubridoras del abuso sexual perpetrados por los significativos masculinos de las madres²¹². La violencia física o psicológica del entorno familiar se suma a una maternidad que puede constituirse en un espacio de afecto, del nuevo ser para estas mujeres²¹³, pero que finalmente rechazan. El aborto no lo aceptan como una opción, pese a que sea legal, por los valores familiares y rechazan/acogen la maternidad como esperanza.

En contextos latinoamericanos, la muerte del hijo, especialmente luego del parto se relaciona con la ocultación del embarazo, y a veces negación y rechazo de la maternidad no deseada. Así queda manifiesto en los relatos y entrevistas de Cooper en que la ocurrencia de estos delitos es más frecuente en zonas rurales²¹⁴. Estudios posteriores verifican y corroboran similares hallazgos: el rechazo y la negación de la maternidad²¹⁵. El número de casos de procesos por abortos es

²¹⁰ *Ibíd.*

²¹¹ *Ibíd.* p. 662.

²¹² Oberman, Michelle y Meyer Cheryl, *When Mothers Kill. Interviews from Prison*, New York University Press, New York, 2008.

²¹³ *Ibíd.* pp. 36-40

²¹⁴ Cooper, *op. cit.* pp. 384-390. Véase también, Lorena Fries y Verónica Matus, *La ley hace el delito*, La Morada y LOM, Santiago, 2000, pp. 96-99.

²¹⁵ Casas y Espinoza et al. *op. cit.* p. 85.

ínfimo en relación a las estimaciones sobre cuántos se realizan cada año²¹⁶, de hecho en Chile en el período entre 1989-1993 ingresaron apenas 214 casos²¹⁷.

“Las mujeres entrevistadas en los casos de homicidio mostraban algunas singularidades. Una [...] condenada por parricidio era una mujer joven a quien su marido la abandonó por otra. Ella intentó suicidarse, tirándose a la línea del tren con su hijo pequeño, ‘no quería que éste quedara solo’; en el intento el niño murió, ella fue rescatada y condenada por la muerte del hijo [la mujer estuvo 9 meses en prisión preventiva]. Por otro lado, se encuentra una temporera que esperaba el juicio oral por infanticidio, era una mujer de apariencia tosca, de campo, con hijos y de muy pocas palabras, algunas de las cuales eran de gran agudeza en términos de análisis, lo que contrastaba con su apariencia [...] La imputada narró que ‘no tenía muy claro lo del embarazo y que de ello se acordaba poco de lo sucedido’, sin embargo, en su relato sobre motivaciones del infanticidio emergió la historia de su vida y niñez, señaló tener rencor por la vida que le habían dado. Relató maltrato físico y sexual por parte de abuelos y tíos, trabajaba como temporera [trabajadora asalariada en el campo] desde los 12 años”²¹⁸.

El aborto, por su parte, representa uno de aquellos delitos que se practican en la región en que la herramienta penal muestra toda su inoperancia²¹⁹. Al igual que los estudios sobre infanticidio, las mujeres que cometen estos delitos no muestran los rasgos de pertenencia al mundo criminal. Se trataría de mujeres pobres, obreras o domésticas quienes por diversas razones –económicas–, de abandono o enfermedad de ellas o los hijos que ya tienen no están condiciones de proseguir con el embarazo²²⁰. A diferencia del infanticidio, el aborto

²¹⁶ En atención a la ilegalidad del aborto casi en toda América Latina y el Caribe solo se puede hablar de estimaciones de abortos inducidos. Uno de estos trabajos que trata estimaciones de Brasil, Chile, Perú y México es de Alan Guttmacher Institute, Panorama General del Aborto Clandestino en América Latina, Nueva York, 1996. En: <http://www.guttmacher.org/pubs/1997/01/01/ib12sp.pdf>.

²¹⁷ Fries, Lorena y Matus, Verónica. op. cit. p. 97

²¹⁸ Casas y Espinoza et al. op. cit. p. 85.

²¹⁹ Zaffaroni, Raúl, Muertes Anunciadas, Instituto de Derechos Humanos, Temis, México, D.F. 1993, p. 15

²²⁰ Casas, Lidia, Mujeres Procesadas por aborto, Foro Abierto de Salud Sexual y Reproductiva y Center for Reproductive Law and Policy, Santiago, 1996 y Encarceladas

representa el cuestionamiento a ser madres o la oportunidad y contexto en que se produce la maternidad. En niveles distintos de rechazo a la maternidad estará el abandono de menores.

Ahora bien, el abandono de niños es visto y reprochado como un delito femenino, y no hay cuestionamiento el rol paterno en el mismo abandono. Desde ese punto de vista, la violación al derecho aparece agravada por haber quebrantado el ideal o imaginario de madre incondicional.

Lesiones y homicidios

Las cifras sobre mujeres defendidas por la Defensoría Penal Pública en Chile durante el 2007 muestra que el ingreso de casos por lesiones realizados por mujeres bordea el 13% de todos los delitos cometidos por mujeres en comparación con un 17% respecto del universo de casos de los hombres²²¹. En caso de homicidios, el porcentaje alcanza al 0.3% y el de los hombres es el doble²²².

La pregunta es quiénes son las víctimas de estas mujeres y bajo qué contextos se producen las lesiones. Una primera aproximación será considerar que las víctimas, por lo general, estarán en el entorno familiar de la mujer, y los más débiles serán sus hijos.

Algunas feministas estadounidenses teorizan que la participación de mujeres en delitos violentos se explica por su situación de opresión/subordinación, y por ello, lo que aparece son las mujeres indefensas que agreden a otros. Como no todos los delitos se explican en estos contextos, entonces el imaginario social/judicial se juega entre construcción de la mujer indefensa y la "mala", y en ambos la raza o la pertenencia étnica juegan un rol central²²³.

Lagarde sostiene que la ideología dominante en que la maternidad es sacrosanta no reconoce la agresividad materna, la que se manifiesta

por Aborto, Foro Abierto de Salud Sexual y Reproductiva y Center for Reproductive Law and Policy, Nueva York, 2001.

²²¹ Defensoría Penal Pública Boletín Estadístico 2007, op. cit.

²²² *Ibíd.*

²²³ Kruntschnitt, Candace y Carbone-Lopez, Kristin, "Moving beyond the stereotypes: Women's subjective Accounts of Their Violent Crime", *Criminology*, Vol. 44 N° 2, 2006. Ellas citan los trabajos de Gilbert (2002), Pearson (1997), Morrisey (2003) para señalar el estereotipo de la mujer que ni actúa por su volición sino presa de sus circunstancias, 2006, pp. 325-329

en forma esporádica o sistemática en pequeñas o grandes lesiones que se hacen pasar por accidentes domésticos²²⁴. En la comisión de estos hechos, que a veces pueden terminar con la muerte de un menor, se eleva un fuerte discurso moral:

“María del Carmen Castañeda de 22 años, vendedora de cosméticos casa por casa, madre sola, responsable de sí misma y de sus hijos de cinco y dos años, abandonada por el marido.

No vende, no tiene dinero, no tiene marido, mató a su hija por emocional y lastima al otro hijo por lo mismo. Presentan a una mujer carente de todo lo que vale: dinero, capacidad de vender y capacidad de retener al marido. La mujer es responsable de sus carencias, de no tener trabajo, salario, dinero, familia y pareja. De ahí se desprende que es una mala mujer –una mala madre– y se deduce inequívocamente que es filicida, por torpe, incapaz de hacer y tener buenas cosas y, por mala.

...Los hechos: María del Carmen regresó de trabajar sin dinero, no había vendido nada y mató a su hija a golpes. En seguida llevó a la niña malherida al hospital infantil de la zona, donde dijo a los médicos que había sido un accidente, que la niña se había caído y golpeado. Sin embargo ante la evidencia de los golpes la sometieron a un interrogatorio y confesó haber golpeado a la niña y que un ropero se le cayó encima. La niña murió...²²⁵

Fuera de los casos en que las víctimas son los hijos, las mujeres también lesionan o matan a otros adultos de su entorno. Según Casas, Espinoza et al., las mujeres agraden a sus rivales, a aquellas que les han usurpado a sus parejas, o bien a otras mujeres con quien tienen conflictos familiares²²⁶. En esto, serían tan distintos a los hombres: sus víctimas en primer lugar son hombres y luego le siguen sus rivales sexuales, por ello, sus motivaciones no serían tan distintas a los de los hombres: los celos, la necesidad de vindicación y búsqueda de respeto las lleva a agredir²²⁷.

²²⁴ Lagarde, op. cit. p. 662

²²⁵ *Ibíd.* p. 666.

²²⁶ Casas y Espinoza et al., op. cit. p. 85

²²⁷ Kruttschnitt y Carbone-Lopez, op. cit. pp. 334-335

Pero también se encuentran los delitos más sangrientos: lesiones graves y homicidios. Aquí hay una clara diferenciación entre los homicidios cometidos por hombres y mujeres.

Las cifras parecen indicar que las muertes de hombres ocurren en contextos de violencia delictual mientras que las muertes de mujeres suelen estar asociadas a contextos de violencia de género²²⁸. Los trabajos sobre violencia contra la mujer da cuenta de una serie de herramientas que tienen para permanecer en una relación violenta, una de ellas es la respuesta violenta y no solo la sumisión²²⁹. El problema, como señalan Kruttschnitt y Carbone-Lopez es que no da cuenta de la autonomía de las mujeres, y que su participación en estos delitos no solo responden a una racionalidad en contextos de violencia dirigida en contra de las mujeres²³⁰.

Dar muerte al otro abre otros ámbitos de cuestionamientos respecto de las mujeres, Cooper indica que las mujeres en Chile que matan a sus parejas no pertenecen a la cultura del hampa, rechazan los roles de las ladronas, cometen sus delitos en contextos extremos y afirman que solo a través del trabajo es posible alcanzar a vivir dignamente²³¹. Esta autora observa en sus trabajos que son las mujeres de sectores rurales quienes participan en delitos de sangre; las víctimas generalmente son hombres que han abusado física, psíquica y sexualmente de ellas, y en una alta proporción también han maltratado a sus hijos²³².

Como plantea Schneider es cómo el sistema penal presenta a estas mujeres: son producto de la locura temporal, víctimas de su propia tragedia o bien seres que con capacidad de autonomía moral pueden explicar y defender que la agresión a sus agresores fue racional y no desmedida²³³.

Sin embargo, también la utilización de la violencia se explica en contextos del "mundo privado" fuera de la domesticidad de las relaciones íntimas de hombres y mujeres, que ejercen comercio sexual agre-

²²⁸ Luz Rioseco, "Culminación de la Violencia Doméstica: mujeres que asesinan a sus parejas- defensas posibles", *Género y Derecho*, op. cit. p. 709

²²⁹ Schneider, Fall 1986, pp. 195-222: En Olsen, pp. 155-182, New York University Press, NY, 1995, p. 159

²³⁰ Kruttschnitt y Carbone-Lopez, op. cit. pp. 332-345

²³¹ Cooper, op. cit. p. 368

²³² *Ibíd.* p. 369

²³³ Schneider, op. cit.

den en defensa propia a hombres que las agreden, o en la búsqueda del pago por los servicios prestados²³⁴.

El tratamiento Judicial a las mujeres

La literatura especializada muestra que el sistema penal se puede mover entre dos ejes: el trato de caballerosidad o ser más duro con las mujeres que delinquen, esto afecta tanto la predisposición de abogados como fiscales, jueces y funcionarios a cargo de establecimientos penitenciarios que deben evaluar los posibles beneficios de la población reclusa. En esta sección abordaremos el tratamiento que los operadores dan a las mujeres, revisando para ello lo que muestra la literatura especializada.

No existen únicas lecturas de si este se produce en la práctica. Para aquellos que sostienen la existencia de la tesis de la caballerosidad, ello solo reflejaría que respecto de las mujeres infractoras se intensifican los controles informales, o se espera que estos sean más eficaces que respecto de la criminalidad masculina. En todo caso, el trato más beneficioso dependerá de una multiplicidad de factores que intersectan tales como género, raza, etnia, orientación sexual, clase y delito cometido.

En este sentido, el trato más favorable se manifiesta en que las mujeres pueden recibir menos penas privativas de la libertad, que se conceden más beneficios o tendrá mayor posibilidad de modificar las cautelares. El trato más benévolo hacia la mujer podría ser explicado por los conceptos de control social y de costo social²³⁵.

También hay otra literatura que no encuentra tratamiento más benevolente para las mujeres sino por el contrario, penas más duras porque se produciría una doble desviación: de lo que se espera de ellas además del delito cometido.

No es posible comparar los resultados de los distintos estudios, ellos constituyen un cúmulo de investigaciones que no necesariamente utilizan los mismos instrumentos metodológicos, cuestión que se evidencia en la selección de muestras, la determinación del marco temporal y los objetivos de los mismos, por lo cual esta información debe ser considerada como un punto de partida de reflexión sobre estereotipos judiciales.

²³⁴ Kruttschnitt y Carbone-Lopez, op. cit. p. 335.

²³⁵ Goethals, 1997, pp. 212-213.

4.1. De la teoría de la caballerosidad al tratamiento más duro

Existe una diversidad de literatura, predominantemente de América del Norte que da cuenta que las mujeres reciben un trato diferenciado y benévolo frente a los hombres que delinquen²³⁶.

Pero por otro lado, también se afirma que esta situación suele provocar una mayor punición contra esas mujeres, por huir de las expectativas sociales y del padrón construido en torno de ellas.

Simpson encontró que los jueces tratan con más benevolencia a las mujeres porque asumen que sus responsabilidades familiares proporcionarán un control social informal en sus vidas y porque consideran esencial el cuidado de las madres para beneficio de los niños²³⁷.

No está exenta de este análisis una constatación que es aplicable a todas las culturas, que la condena de las mujeres-madres a prisión, probablemente ocasionará la pérdida del vínculo con sus hijos –producto del abandono familiar– lo que no sucede en el caso de imputados.

Algunos trabajos se ocupan de la influencia del sexo del magistrado en las decisiones finales. Así no solo sería gravitante el sexo del imputado sino también quien juzga. En este contexto se encuentran presente la ética del derecho vinculada a lo “masculino” y la ética del cuidado, al rol femenino²³⁸.

Un estudio indicaría que las mujeres jueces suelen confiar más en los fiscales y a seguir las reglas procedimentales, mientras que los jueces hombres son más propensos a ponerse del lado de la defensa, provocando que ellas actúen con mayor severidad²³⁹. Una hipótesis

²³⁶ Simpson Sally, “Feminist theory, crime and justice”, *Readings in contemporary criminological theory*, Boston, Northeastern University Press, 1990; Hedderman, Carol & Gelsthorpe Loraine: *Understanding the sentencing of women*, Washington, Home Office Research Studies, 1997 y Goethals Johan, Maes Eric y Klinckhamers Patrizia, “Sex/Gender-based decision-making in the Criminal Justice System as a possible (additional) explanation for the underrepresentation of women in official criminal statistics”, *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, Vol. 21-2, 1997.

²³⁷ Goethals, Maes y Klinckhamers, op. cit., pp. 212-213

²³⁸ Gilligan, Carol. *In a different voice. Psychological theory and women’s development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

²³⁹ Fox, Richard y Van Sickle, Robert, “Gender dynamics and judicial behavior in criminal trial courts: An exploratory study”, *The Justice System Journal*, Vol. 21-3, 2000, p. 261.

planteada en el trabajo de Fox y Van Dickel indica que esta mayor severidad puede deberse a que las mujeres necesitan probar que se encuentran capacitadas para desempeñar su papel de jueces con la misma objetividad que los varones y sin que su condición de género distorsione el resultado de sus decisiones. Ellos afirman que a pesar de la imparcialidad y la objetividad ser el más alto ideal al que la judicatura aspira, el sistema judicial norteamericano ha realizado prácticas regularmente subjetivas y diferenciadas en perjuicio de las mujeres²⁴⁰.

Algunos jueces opinan que las mujeres deben ser tratadas de igual forma que los hombres, especialmente cuando se trata de mujeres adictas al alcohol o a las drogas. Sin embargo, otros sugieren que el trato debe ser distinto en razón del rol de la mujer en la escala de poder de la criminalidad o de haber cometido el ilícito penal por inducción o influencia de otra persona.

El trabajo de Hedderman y Gelsthorpe explora el contenido de las sentencias en Inglaterra y Wales, centrando su atención en explicar por qué las condenas por hurto de tienda, drogas y crímenes violentos son diferentes para hombres y mujeres²⁴¹. En la primera parte del trabajo, las autoras realizan una aproximación exclusivamente cualitativa usando información proveniente del Home Office Offenders Index y de otros datos adicionales extraídos de una submuestra de casos, durante seis meses (1991). En la segunda parte, las autoras entrevistaron 197 jueces, durante 1997, sobre los factores que más influenciaban al momento de decidir sobre la sentencia para ambos sexos.

Según Hedderman y Gelsthorpe los argumentos acogidos por los jueces para efectos de atenuar la pena de las imputadas son: el tener familiares dependientes de ella y la tenencia de hijos menores de edad. Estos argumentos no siempre son válidos para los imputados. Según los magistrados entrevistados, la mujer hurta para alimentar a su familia, sustraen cosas que ellas, o especialmente sus hijos, necesitan; inclusive, cuando hurtan objetos más extravagantes (como una lata de salmón), lo hacen para dar un gusto a su familia, a diferencia del hombre quien hurta para mantener sus hábitos de adicción. Generalmente, el perfil de estas mujeres será de madres solteras con escasos recursos económicos. Por otro lado, insisten en reconocer que los

²⁴⁰ *Ibíd.*

²⁴¹ Hedderman y Gelsthorpe, *op. cit.*,

crímenes violentos practicados por mujeres siempre están dirigidos contra personas conocidas tales como la pareja abusiva de la imputada. A diferencia de los hombres que atacan a extraños por ejemplo, como resultado de una pelea en un bar²⁴².

Su estudio muestra que las decisiones finales en que la mujer es el sujeto agresor, ellas reciben una salida alternativa –“probation”– en más del 50% de los casos (y el 90% de las veces no supera el año), especialmente en crímenes vinculados al fraude y la droga²⁴³.

La mayoría de mujeres sancionadas comparece a juicio en libertad. Cerca de la mitad de mujeres son condenadas a pagar una multa (45,8%) cuando se trata de delitos ligados al patrimonio y a las drogas. Esta cifra es bastante similar a la presentada por Hedderman y Gelsthorpe, y diferirá en los casos en que la imputada posea antecedentes, es decir, sea reincidente. En esa situación, solo el 30% de mujeres recibe una multa.

Fagnan encuentra que el 16,7% de mujeres reciben pena privativa de libertad (de las cuales el 1,6% tienen prisiones de fin de semana) de corta duración (51% recibe menos de un mes). Podría decirse también que las mujeres que recibieron pena de prisión son las que poseen una historia judicial anterior. Por lo expuesto, todo indica que las mujeres poseen una situación privilegiada frente a los hombres.

Obando sostiene “sobre el tratamiento a las mujeres por parte de los tribunales de justicia, [que] la tesis de la caballerosidad estableció que el menor índice de mujeres encarceladas no obedecía a que éstas delinquieran menos, sino a un trato más benévolo de los jueces [Sin embargo], las mujeres pueden recibir un trato más benévolo cuando el delito o su situación personal responde al deber ser femenino y menos benevolente cuando no responda a ese deber ser o no se adecue a la imagen de mujer respetablemente tradicional. En ese trato más o menos benévolo pueden influir otras variables relacionadas con el tipo de delito, la etnia, la edad, la raza, la opción sexual, la clase, que en el fondo develan el orden jerárquico de géneros”²⁴⁴.

²⁴² Andrée B. Fagnan, “De la comparution à la décision pénale, le profil judiciaire de plus de 1500 femmes”, *Criminologie*, Vol. XXV N° 1, 1992.

²⁴³ *Ibíd.*

²⁴⁴ *Ibíd.*

Algunas autoras afirman que cuando la benevolencia de los operadores jurídicos se basa en las responsabilidades familiares, estos pueden estar perpetuando estereotipos femeninos o asumiendo posiciones paternalistas. Kathleen Daly señala que el trato a mujeres imputadas reproduce la “justicia familiar” que se basa en dos factores: 1. En los controles sociales informales que funcionan en lugar del encarcelamiento formal y 2. En el mayor costo social creado como consecuencia de la prisión de la mujer²⁴⁵. Si los hombres pudieran invocar las mismas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal –padres solos– serían castigados más duramente si son percibidos como padres irresponsables²⁴⁶.

4.2. La caballerosidad relativizada

Un estudio más reciente en Ohio, Estados Unidos con el registro de más de 5 mil registros de sentencias y registros del sistema penitenciario, con el objeto de probar si los cambios introducidos en la ley para reducir la discrecionalidad judicial y administrativa, en la práctica mostraba que se otorgaban mayores beneficios para las mujeres que los hombres, y que dentro del primer grupo, las mujeres blancas aparecían más beneficiadas que las de color²⁴⁷.

Los resultados pudieron establecer que existían algunas ventajas para las mujeres, las que no fueron significativas. Sin embargo, pese a los estudios de Daly que habían encontrado que a mayor número de hijos dependientes, las mujeres podían obtener sentencias más favorables (menos tiempo de privación de libertad o penas alternativas), se encontró que mujeres por tráfico de drogas tenían penas tan o igualmente altas que los hombres. Los autores, Griffin y Wooldredge sostienen que es posible que el razonamiento de los jueces sea que si existe preocupación por los hijos de las mujeres cuando se las debe condenar, en casos de drogas consideren que los hijos de estas mujeres estarían mejor sin ellas²⁴⁸.

Ahora bien, los estudios en América Latina también se mueven en los mismos ejes y corroboran este panorama, la que roba o hurta lo hace como una forma de subsistencia familiar, es jefa de hogar, a cargo de la manutención de sus hijos. Así, jueces y operadores reconocerían el

²⁴⁵ Daly, Kathleen, “Structure and practice of familial-based justice in a criminal court”, *Law and Society Review* 21:267–90, 1987 y Daly, 1989 citado en Griffin and Wooldredge, 2006, p. 895.

²⁴⁶ Daly, 1989, *Ibíd.*

²⁴⁷ Griffin and Wooldredge, *op. cit.*, pp. 893-923.

²⁴⁸ *Ibíd.* p. 916

efecto diferenciado que tiene la persecución penal y en particular la privación de libertad, y con ello, la posibilidad de desintegración familiar, si la mujer ya no está a cargo del hogar. Por otro lado, las que delinquen desviándose del deber ser mujer, pueden ser tratadas más drásticamente.

La imputada que no se encaja en el modelo de madre ideal, como es el caso de mujeres pobres, negras, lesbianas, solteras y mujeres que cometieron crímenes “no femeninos” puede ser tratada con mucha severidad, inclusive mayor que la recibida por los imputados. Algunos jueces han asumido que la madre blanca de clase media o clase alta es más susceptible a controles no judiciales, y más importante para el bienestar de sus hijos que madres con otras características²⁴⁹.

Uno de los estudios que analizan las formas como se perfilan las decisiones judiciales sobre mujeres agresoras proviene de Argentina. Elaborado por Haydée Birgin: “El derecho en el género y el género en el derecho” (2000) se propone analizar la teoría jurídica y detectar las discriminaciones en la ley y, al mismo tiempo, explorar el discurso del derecho, a través del examen de 500 sentencias de los tribunales criminales ordinarios, con sede en la ciudad autónoma de Buenos Aires.

El estudio de Birgin permitió constatar que “las mujeres son estigmatizadas en el discurso judicial. Se las condena a cumplir las funciones y a seguir los modelos que se les asignó históricamente, aun cuando esa imagen de mujer no corresponda a la realidad actual. Los jueces establecen un complicado esquema de protecciones, castigos y recompensas”²⁵⁰. La propuesta integral del estudio elaborado por esta autora contempla las áreas del Derecho Civil, Derecho Penal y Derecho del Trabajo. La mujer es vista como un ser al que debe protegerse en su papel de esposa, madre y continuadora de la estirpe. Esta imagen de mayor fragilidad suele generar un trato diferencial, casi paternalista, cuando la mujer resulta autora de conductas delictivas de menor gravedad. En una muestra de 500 sentencias, no se detectaron casos de aborto u homicidio pasionales y solo se registró un caso de infanticidio, lo que demuestra los cambios en los tipos delictivos de los últimos años. Estos confirman la idea de que la tipología criminológica ha cambiado y se distancia cada vez más de los críme-

²⁴⁹ En el caso de las mujeres con mejor posición económica, los argumentos expuestos no se resumen a la maternidad sino también a la posición de clase. J. Goethal, E. Maes & P. Klinckhamers, *op. cit.* p. 224.

²⁵⁰ Birgin, Haydée, “El género en el derecho y el derecho en el género”, Buenos Aires, 2000, p. 168.

nes llamados típicamente femeninos. Tampoco fue posible detectar expresiones de discriminación negativa explícita, pero fue posible inferir cierto grado de “paternalismo protector en relación con las imputadas mujeres en la solicitud y determinación de la pena que se aplicará”²⁵¹, situación que no se identifica en el caso de los hombres.

Otro estudio, realizado por Graciela Edit Otano²⁵², en el que analiza esta temática partiendo de trabajos anteriores sobre la materia, para luego centrar su atención en el análisis cualitativo de 220 causas falladas por tribunales orales criminales ordinarios, para vía este medio determinar si existe diferencia de trato entre hombres y mujeres imputadas. Otano, a diferencia de Birgin, no halla diferencias sustanciales en el tratamiento judicial a hombres y mujeres, pues los argumentos valorativos que dicen relación con las pruebas producidas son de orden técnico y no aluden a consideraciones personales.

En todo caso, señala observar una ligera tendencia a recibir penas menores, en el caso de las mujeres. Este dato debe ser confrontado con el hecho de que hombres que delinquen poseen antecedentes criminales o son reincidentes y con el rol que ocupan en la comisión de delitos. La impresión que deja el estudio es que las mujeres tienden a colaborar en la conducta delictiva de su compañero (concubino, esposo o hijo). La contradicción de ambos trabajos se puede explicar al observar que el primero centró su atención en los delitos tradicionalmente femeninos, mientras que el segundo, tomó como referencia un marco más amplio de crímenes²⁵³.

Si los operadores reconocen que la criminalidad femenina, en ocasiones, está asociada como una estrategia de supervivencia, hay otras transgresoras que delinquen para sostener cierto estilo de vida, y no por vulnerabilidad social. Se sustraen bienes de lujo o suntuarios de supermercados como whisky, centolla o caviar, que les permite mantener o mostrar cierto estilo de vida²⁵⁴. La diferencia entre unas y otras, no es la conducta de las pobres con las de clase media y alta, sino el tratamiento que le dan los operadores: desde la policía hasta los jueces ven en estas infractoras una conducta inadecuada que deben ser sancionadas o alertadas sobre el disvalor de sus comportamientos pasando rápidamente por el sistema, se les da escarmiento y

²⁵¹ *Ibíd.* p. 173.

²⁵² Birgin, *op. cit.*

²⁵³ Casas, Espinoza et al. *op. cit.* p. 84.

²⁵⁴ *Ibíd.*

un tratamiento benevolente, tratando de provocar el menor bochorno y escarnio social posible²⁵⁵.

En cuanto a los defensores de las mujeres imputadas, los estudios también suelen encontrar que es común “encajarlas como víctimas de un desajuste biológico, en vez de considerarlas como agentes que actúan en un contexto político social particular”²⁵⁶. Ello además se facilita cuando las mismas acusadas sustentan explicaciones biológicas, como el síndrome premenstrual o la depresión postparto antes que las restricciones/coacciones de su rol tradicional femenino, para explicar sus motivaciones al momento de cometer el ilícito penal.

El estudio de Chile sobre defensa de mujeres mostró que los defensores muestran el efecto que la privación de libertad tendría en las mujeres y sus hijos, y que los roles de género de cuidado y crianza no suelen ser relevantes en los casos de imputados varones²⁵⁷. Por lo mismo, y al igual que en Chile, tanto fiscales como jueces están más conscientes de los efectos de la privación de libertad en el entorno familiar y están dispuestos a modificar medidas cautelares, dando por hecho que las mujeres, si tienen hijos pequeños no se darán a la fuga²⁵⁸.

El tratamiento benevolente también se asocia a la historia (o ausencia) de criminalidad y a la expectativa de que las mujeres tienen mejores índices de cumplimiento de las penas alternativas²⁵⁹. Lo paradójico de este mayor nivel de cumplimiento, a veces las ubica, como clientas más críticas y reflexivas o difíciles frente a las alternativas que le ofrece el fiscal. Lo que para los operadores puede ser un problema, para el sistema puede ser un beneficio mujeres que tienen mayor disposición a no reincidir y por ello, reflexionar sobre la capacidad para cumplir cabalmente con las condiciones que se le imponen a través de salidas alternativas²⁶⁰.

Una cuestión diversa y más compleja es la relación entre defensa e imputación de mujeres que han agredido o matado a sus parejas, agresores de violencia doméstica. Para las feministas, en estos contextos, una de las claves no es solo la labor de la defensa de instar

²⁵⁵ *Ibíd.*

²⁵⁶ Dorothy E. Roberts, “Forward: The Meaning of gender equality in the Criminal Law”, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol.85-1, 1994, p. 10.

²⁵⁷ Casas, Espinoza et al. *Op. cit*

²⁵⁸ *Ibíd.* En este sentido también puede revisarse Kent, *op. cit.*

²⁵⁹ *Ibíd.*

²⁶⁰ *Ibíd.*

por una mirada distinta de esta criminalidad, sino es relevar que todos los operadores deban formularse una serie de preguntas: ¿qué ha hecho la policía en estos casos? ¿Los fiscales y jueces? Con ello se busca establecer que las mujeres no necesariamente pueden creer y establecer bases de confianza en un sistema de justicia que en la mayoría de las ocasiones no da crédito a sus aflicciones.

Como todo, en los casos de violencia se usa y se reconstruye la narrativa y experiencia de las mujeres a partir del testimonio de expertos, los que por una parte permiten que los actores comprendan el fenómeno de la violencia, pero que a la vez puede perpetuar la condición de víctima de las mujeres. En la mayoría de los casos analizados por Schneider, el testimonio experto se presenta en los casos más agudos de violencia síquica y física:

“Para ello, las defensas han usado el testimonio de expertos que permita que jueces y jurados sean sensibilizados y educados en la especial situación de una mujer que mata a su agresor, el contexto, la experiencia que atraviesa y que otorgue credibilidad a su relato y sus acciones.

A veces, los jurados y jueces pueden aceptar implícitamente que la mujer es responsable de la violencia, que ella no ha terminado con la relación o que ella provoca ciertas situaciones que detonan la violencia.

El testimonio del experto puede otorgar credibilidad de que esta mujer víctima de una relación violenta explica el homicidio en términos fue razonable y necesario para responder a la violencia ejercida en contra de ella, pero esto amenaza al estereotipo de que la mujer es una víctima sometida al poder patriarcal e incapaz de actuar²⁶¹.

[...]El testimonio experto es útil por cuanto responde a preguntas que se hubieran formulados los jueces de las razones por las cuales una mujer no ha dejado una relación violenta, porque no acudió antes a la policía, y quizá lo más importante porque ella creía que enfrentaba un peligro, que en esa ocasión amenazaba su vida. En resumen, demostrar porque su conducta era razonable.

²⁶¹ Schneider, op. cit. p. 202, en Olsen, op. cit. p. 162.

Pero Schneider señala que una cosa es lo que quieran mostrar los defensores, y como fiscales o jueces lean esos relatos:

“El experto entrega información crucial sobre el componente de la razonabilidad del comportamiento, de la razonabilidad de percepción de riesgo y la inminencia del riesgo. Se necesita un testimonio de experto precisamente porque el jurado, en este caso, no estaría en condiciones de entender la predicción de la mujer golpeada sobre la inminencia de la violencia, si es aguda y correcta”²⁶².

El riesgo es mostrar a la mujer solo como una víctima incapaz de escapar de su tragedia sin poder explicar su reacción violenta y necesaria. Lo segundo, y que también ha ocurrido en los casos de legítima defensa es el rol que los fiscales juegan en desacreditar a su víctima, no a partir de la evidencia del caso, sino a partir de las características de la imputada²⁶³. Ello apareció en la Comisión Investigadora sobre casos de Legítima Defensa de Mujeres en el Canadá, en que fiscales hacían comentarios sobre la orientación sexual o los estilos de vida de las imputadas, en que la Comisión determinó era discriminatorio de las mujeres²⁶⁴.

Poder explicar de una manera distinta la reacción violenta (y necesaria de una mujer) permite cambiar el escenario o marco de reflexión en virtud del cual se presentaban estos casos como “pasionales”, de “insanidad mental temporal” a uno que permitiera ver si era casos de defensa personal.

BIBLIOGRAFÍA

- Anthony Carmen, “Reflexiones sobre los procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres de América Latina implicadas en delitos relacionados con drogas”. Género y Derecho, Alda Facio y Lorena Fries, editoras, La Morada y LOM, Santiago, 1999.
- Birgin, Haydée. El derecho en el género y el género en el derecho. Rompiendo la indiferencia. Fundación Ford, Santiago, 2000.

²⁶² *Ibíd.* p. 221 en Olsen, *op. cit.*, p. 171.

²⁶³ Derrick, Anne “The discourse of Inequality. Fighting to be heard”, *Canadian Women Studies*, Vol. 19, N° 1 & 2, Spring/Summer 1999, p. 172.

²⁶⁴ *Ibíd.*

- Biron, Louise, "Les femmes et l'incarcération. Le temps n'arrange rien", *Criminologie*, Montreal, vol. XXV, N° 1, 1992.
- Gilligan, Carol. *In a different voice. Psychological theory and women's development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.
- Casas Lidia. *Mujeres Procesadas por Aborto*, Foro Abierto de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivo y Center for Reproductive Law and Policy, Nueva York, 1996.
- Casas Lidia, *Encarceladas por Aborto*, Foro Abierto de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivo y Center for Reproductive Law and Policy, Nueva York, 2001.
- Casas Lidia, Espinoza Olga, Cordero Rodrigo y Osorio Ximena. *Defensa de Mujeres en el Nuevo Sistema Procesal Penal*, Defensoría Penal Pública, Estudios y Capacitación N° 4, Santiago, 2005.
- Conly C, *The women's prison association: Supporting women offenders and their families*", National Institute of Justice, Washington, U.S. Department of Justice, 1998.
- Cooper, Doris *Criminología y delincuencia femenina en Chile*, LOM, Santiago, 2002.
- Daly, Kathleen. "Structure and practice of familial-based justice in a criminal court", *Law and Society Review* 21:267-90, 1987.
- Derrick, Anne "The discourse of Inequality. Fighting to be heard", *Canadian Women Studies*, Vol. 19, N° 1 & 2, Spring/Summer 1999.
- Gobierno de Chile. Defensoría Penal Pública, *Informe Estadístico Anual 2007*.
- Griffin, Timothy and Wooldredge, John. "Sex-Based disparities in felony disposition before versus after change dispositions in Ohio", *Criminology*, Vol. 44 N° 4, 2006.
- Del Olmo Rosa, *Reclusión de Mujeres por delito de droga. Reflexiones preliminares. Reunión de Consulta sobre el Impacto del Abuso de drogas en la Mujer y en la familia*, Himes, OEA, Montevideo, 1996.

- Derrick, Anne "The discourse of Inequality. Fighting to be heard", *Canadian Women Studies*, Vol. 19, N° 1 & 2, Spring/Summer 1999.
- Fagnan, Andrée B. "De la comparution à la décision pénale, le profil judiciaire de plus de 1500 femmes", *Criminologie*, Vol. XXV N°1, 1992.
- Fox Richard y Van Sickel Robert, "Gender dynamics and judicial behavior in criminal trial courts: An exploratory study", *The Justice System Journal*, Vol. 21-3, 2000.
- Fries Lorena y Matus, Verónica *La ley hace el delito*, La Morada, LOM Ediciones, Santiago, 2000.
- Goethals Johan, Maes Eric y Klinckhamers Patrizia, "Sex/Gender-based decision-making in the Criminal Justice System as a possible (additional) explanation for the underrepresentation of women in official criminal statistics", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, Vol. 21-2, 1997.
- Graziosi, Marina. "En los orígenes del machismo jurídico. La idea de inferioridad de la mujer en la obra de Farinaccio", *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, Edisa, 1997, vol. 30. En <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174722> visitado el 12 de septiembre de 2008.
- Hedderman Carol & Gelsthorpe Loraine, *Understanding the sentencing of women*, Washington, Home Office Research Studies, 1997.
- Mesutti, Ana, "Reflexiones sobre el pensamiento penal". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, No. 31, 2000.
- Oberman Michelle y Meyer Cheryl, *When Mothers Kill. Interviews from Prison*, New York University Press, New York, 2008.
- Obando, Ana Elena. *Mujer, justicia y género. Seminario/Taller de capacitación y monitoreo de los derechos humanos en la justicia penal*, ILANUD, San José, 2003.
- Parent, Collete, "La contribution féministe à l'étude de la déviance en criminologie", *Criminologie*, vol. XXV, N° 2, 1992.

- Pate, Kim, "Young Women and Violent Offences. Myths and Realities", *Canadian Women Studies*, Vol. 19 Nos 1 & 2, 1999.
- Pires Alvaro & Digneffe Françoise, *Vers un paradigme des inter-relations sociales? Pour une reconstruction du champ criminologique*, *Criminologie*, Vol. XXV, N° 2, 1992.
- Ramm Alejandra y Barros Paula, *Imputados. Primerizos y Reincidentes: un Registro Testimonial*, Universidad Diego Portales y Defensoría Penal Pública, Santiago, 2005.
- Rioseco, Luz. "Culminación de la Violencia Doméstica: mujeres que asesinan a sus parejas- defensas posibles", *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Fries, editoras, Corporación La Morada, LOM, Santiago, 1999.
- Roberts, Dorothy E., "Forward: The Meaning of gender equality in the Criminal Law", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol.85-1. 1994.
- Simpson Sally S. "Feminist theory, crime and justice", *Readings in contemporary criminological theory*, Northeastern University Press, Boston, 1990.
- Schneider, Elizabeth M. "Describing and Changing: Women's Self-Defense Work and the Problem of Expert Testimony on Battering Women's Rights law Reporter", Vol. 9, Nos 3 and 4, Fall 1986, pp. 195-222. En Frances Olsen, *Feminist Legal Theory II: Positioning Feminist Theory within the Law*, pp. 155-182, New York University Press, NY, 1995.
- Slocum Lee Ann, Simpson Sally S. y Smith Douglas, "Strained lives and crime: Examining intra-individual variation in strain and offending in a sample of incarcerated women", *Criminology*, Vol. 43, N° 4, 2005.
- Van Swaaningen, R. *Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida. Papers d'estudis i formació*, Catalunya, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, 1990.
- Zaffaroni, Eugenio. *Vigiladas y Castigadas*, CLADEM, Lima, 1993.



CAPÍTULO III

LOS DESENCUENTROS DEL SISTEMA CRIMINAL Y LAS MUJERES VÍCTIMAS*

INTRODUCCIÓN

En este último capítulo queremos desarrollar un análisis particular más específico sobre las víctimas mujeres de delitos sexuales. Como desarrollamos en el capítulo anterior, las mujeres han tenido una serie de desencuentros con el sistema penal: ya sea para la definición de ciertos tipos penales en que los prejuicios de género son parte inherentes de las normas tanto por la aplicación de la protección de las mujeres cuando estas son víctimas de delitos²⁶⁵.

La justificación para desarrollar un apartado especial para el estudio de estos casos, viene dada por un diagnóstico generalizado en cuanto a que los sistemas penales no han sabido recoger las circunstancias especiales de comisión de estos delitos. No solo los sistemas penales inquisitivos mostraban los sesgos de género en el tratamiento de estos delitos, sino que los estudios relevados en los últimos años de los sistemas de justicia reformados han redundado en mantener importantes grados de impunidad para estos delitos. La pregunta es que al no hacerse cargo de estas consideraciones los sistemas incluso reformados tienen la posibilidad de convertirse, si es que ya no lo son, en agentes que acrecientan el daño de las víctimas: a través del proceso, victimizándolas nuevamente luego de la denuncia.

Si bien es posible que algunos de los problemas detectados en el tratamiento de los delitos responden a problemas estructurales del sistema que comprometen su eficacia para responder a las necesidades

* Capítulo adaptado y actualizado por Lidia Casas en base a la investigación sobre violencia de género y el nuevo sistema procesal penal realizado por Lidia Casas y Alejandra Mera (Módulo III de capacitación e-learning de CEJA).

²⁶⁵ Zaffaroni Eugenio, "La mujer y el poder punitivo", *Vigiladas y castigadas*, Cladem, Lima, 1993, p. 21.

de las víctimas, en materia de delitos sexuales estas falencias se acrecientan por los prejuicios existentes respecto de las víctimas.

Este capítulo aborda la problemática de la criminalidad sexual desde dos perspectivas, las que están en permanente relación a través de todos los temas que se tratan. En primer término, nos interesa entregar una panorámica sobre cómo han sido resueltos estos casos en los sistemas reformados o en otras latitudes, a objeto de rescatar las mejores prácticas, pero también, de hacer énfasis en los problemas que se producen, con la intención de entregar herramientas y estrategias que permitan ir superando las situaciones más conflictivas de la implementación de la reforma en este ámbito.

En segundo lugar, dada la especificidad de este tipo de conflicto que se vincula profundamente con las nociones más básicas de organización social, esto es, los roles de género que cumplen los individuos, nos interesa contextualizar la problemática de los delitos sexuales en esta perspectiva. En las agresiones sexuales hay un trasfondo cultural que debe necesariamente ser integrado por los agentes de persecución criminal y los jueces, lo que constituye quizá el desafío más importante para los nuevos sistemas de persecución criminal.

I. GÉNERO Y SISTEMA PENAL. LOS DESENCUENTROS DEL SISTEMA CRIMINAL Y LAS MUJERES VÍCTIMAS

La comunidad internacional ha logrado consensuar que la violencia en contra de las mujeres es una forma de discriminación y una manifestación de subordinación de un grupo de individuos, las mujeres, por el solo hecho de ser tales²⁶⁶.

Tal como se ha reportado, la violencia cruza elementos culturales, políticos y sociales en que la violencia ha sido naturalizada como

²⁶⁶ El párrafo 6 de la Recomendación General N° 19 del Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 11ª Sesión, 1992 señala: “6. El artículo 1 de la Convención define la discriminación contra la mujer. Esa definición 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. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia.” En <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>. Visitada el 5 de abril de 2010.

una forma de subordinación de las mujeres. Esta violencia tiene distintas manifestaciones: desde el acoso sexual, la violencia doméstica, la violencia sexual (fuera dentro del matrimonio), el tráfico de mujeres, la mutilación genital femenina, la pornografía o la prostitución en que los cuerpos de las mujeres se transforman en mercancías de consumo para un público generalmente masculino.

La naturalización de la violencia en contra de la mujer ha estado históricamente presente y tiene en su base las creencias sociales y culturales que permitía hasta años recientes el disciplinamiento marital y el poder del pater no solo sobre la mujer sin el resto de los miembros de la familia en muchos de nuestros códigos. Hay violencia privada, aquella que ocurre puertas adentro, y una forma de violencia pública en que también participan los prejuicios de género. Las experiencias dramáticas en la región muestran la ineficacia de los aparatos policiales y de persecución de investigar adecuadamente las desapariciones, violaciones, asesinatos y mutilaciones de cuerpos de mujeres, ejemplo de ello es la situación que ocurre en Ciudad Juárez²⁶⁷, Guatemala²⁶⁸, pero también se manifiesta en países tan disímiles como Canadá en que el número de mujeres nativas desaparecidas no aparece como una preocupación para las policías o el ente persecutor²⁶⁹.

En este sentido, los discursos en ambas realidades son similares, se presume que las mujeres se van a otras ciudades sin dar noticias, que se van a trabajar en comercio sexual y por ello se pierde su rastro. En el caso chileno una de las lecciones de los masivos prejuicios de género de la policía fue la desaparición de más de una docena de adolescentes y mujeres jóvenes de la comuna pobre de Alto Hospicio en la ciudad nortina de Iquique. Como ha quedado revelado por investigaciones y documentales, antes de que se encontraran sus cuerpos sin vida en una mina abandonada, las jóvenes mujeres eran tratadas

²⁶⁷ Una larga descripción de las muertes y desapariciones en Ciudad Juárez y los planteamientos de los órganos de derechos humanos puede encontrarse en el reciente fallo Corte/DH, González y otras v. México (Campo Algodonero, 16 de noviembre de 2009 para. 114-121. En http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. Visitada 13 de abril de 2010.

²⁶⁸ Estudio realizado por el CEJA en el país. Diez Andrea y Herrera Kenia, El tratamiento Violencia contra las mujeres Tratamiento por parte de la justicia penal de Guatemala. Informe Final de Guatemala. En: http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/informe_guatemala.pdf. Visitada 13 de abril de 2010.

²⁶⁹ Amnesty International, Stolen Sisters. Discrimination and Violence against Aboriginal Women in Canada, London, 2004. En: <http://www.amnesty.ca/stolensisters/amr2000304.pdf>. Visitada 13 de abril de 2010.

como cochinas, prostitutas o sueltas y en que se mezcló el prejuicio de género con la clase²⁷⁰.

La Relatora de la Naciones Unidas sobre la Violencia contra la mujer, manifestó que no obstante la conciencia internacional que la violencia contra la mujer es una violación a los derechos humanos de las mujeres; sigue siendo un problema latente en todas las sociedades y quienes la perpetran, en general, quedan impunes por la complicidad por omisión de los Estados y sus agentes al no enfrentar o perseguir eficazmente estos delitos²⁷¹.

A nivel regional, la adopción de la Convención para la Prevención, Erradicación y Sanción de todas las Formas de Violencia contra de la Mujer “Convención de Belém do Pará” es una manifestación de ese consenso. Este instrumento establece que la violencia contra la mujer consiste en “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”²⁷². Es relevante, además, la declaración que hace la Convención mediante la cual reconoce que no basta la mera dictación de normas para afrontar el problema, sino que existe la necesidad de promover cambios culturales para alcanzar ese objetivo²⁷³. Con ello, se pone el acento en el aspecto social de las conductas de violencia sexual y doméstica, básicamente en lo referido a consideraciones culturales sobre el rol que la mujer debe desempeñar en la sociedad, el cual tradicionalmente ha relegado las transgresiones a la integridad síquica o física que ocurren al interior de la familia a un espacio ajeno a la intervención estatal.

Ahora bien, ¿por qué abordar los delitos sexuales desde la perspectiva de la violencia de género? Porque la gran mayoría de los delitos sexuales cuentan con víctimas mujeres y victimarios hombres. En Chile, durante el año 2009, el Servicio Médico Legal realizó 3.292

²⁷⁰ Torres Verónica, “Directora de documental sobre Caso Alto Hospicio: “Mientras las suponían vivas fueron las perras cochinas que se acostaban por plata”, 7 de abril, The Clinic. En: <http://www.theclinic.cl/2010/04/07/veronica-quense-directora-de-documental-sobre-los-crimenes-de-alto-hospicio-“mientras-las-suponian-vivas-fueron-las-perras-cochinas-que-se-acostaban-por-plata”/>

²⁷¹ Comisión de Derechos Humanos, Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer Resumen, 6 de enero de 2003, E/CN.4/2003/75, p. 2.

²⁷² Convención para la Prevención, Erradicación y Sanción de todas las Formas de Violencia contra de la Mujer “Convención Belém do Pará”, adoptada el 06 de septiembre de 1994, artículos 1 y 2. En: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-61.html>.

²⁷³ *Ibíd.* Arts. 6 y 7 b).

pericias sexológicas, de las cuales un 79% corresponde a mujeres²⁷⁴. Así, en la violencia sexual existe un sustrato que va más allá de una agresión aislada. Ya que a diferencia de lo que suele pensarse, estos delitos no ocurren por regla general de manera casual, en las calles, producto de conductas provocadoras de las mujeres. Muy por el contrario, la gran mayoría de los delitos sexuales suceden en el entorno familiar, o en los próximos a este, en que el agresor se aprovecha de la relación de poder que puede ejercer en contra de la mujer, ya sea su hija, nieta, sobrina o conocida. Este mismo fenómeno ocurre con los niños menores de edad abusados sexualmente, los que conforman la enorme mayoría de casos en que las víctimas son hombres.

Las agresiones sexuales son, en parte importante, el reflejo de una relación de poder del agresor frente a su víctima, por lo tanto, resolver el conflicto judicialmente, en estos casos, impone considerar estas circunstancias. Sin embargo, en el estereotipo de los problemas de inseguridad para las mujeres ha sido construido en torno a los extraños. Cuando en verdad, por la envergadura y gravedad del problema, su vulnerabilidad es creada por un entorno familiar o del mundo cercano a la víctima, cuestión que la mayor parte de las veces es invisibilizado en el discurso público de la seguridad ciudadana. Las estadísticas de peritajes sexológicos de 2005 en Chile muestran que el 85,9% de los delitos sexuales son perpetrados por varones cercanos a la víctima o familiares²⁷⁵.

Cuando se trata de agresiones efectuadas por desconocidos, es igualmente importante la perspectiva de género para entender la forma en como ocurren estos delitos, y por tanto, en la mejor manera de resolverlos. Los ejemplos paradigmáticos en la región son aquellos en que tanto policías como enter persecutores actúan inspirados –implícita o explícitamente– en estereotipos y prejuicios que se inhiben o retrasan negligentemente la investigación en la desaparición, muertes o agresiones sexuales a mujeres.

La legislación penal no exige fuerza física, basta la intimidación en el delito de violación. Sin embargo en la construcción de la prueba del ilícito, los operadores de justicia (fiscales, defensores y jueces) buscan la resistencia como una señal de que la mujer no ha consentido

²⁷⁴ Servicio Médico Legal, Información Estadística. Enfoque de Género, s/f, Gráficos 5 y 6. En: http://www.sml.cl/portal/pdfs/Informacion_de_Genero_WEB-SML_Año2010.pdf.

²⁷⁵ Ministerio de Justicia, Servicio Médico Legal. Anuario Estadístico 2005, Santiago, 2007, p. 93. En: http://www.sml.cl/portal/pdfs/Anuario_2005.pdf

en la relación sexual²⁷⁶. Es como si las señales de fuerza física y no moral fueran la única forma de demostrar la ausencia de consentimiento²⁷⁷. Un estudio realizado en Canadá muestra cómo la presentación de cargo por parte de los fiscales está estrechamente vinculada con el grado de severidad de violencia física infligida en la víctima²⁷⁸, otro estudio de las mismas autoras realizado en Canadá pudo establecer la relación entre la gravedad de las lesiones con ocasión de la agresión sexual con sentencias condenatorias²⁷⁹. Ello responde a la idea de la víctima ideal, no hay nada mejor que huellas concretas de violencia física que puedan dar cuenta que la relación sexual no fue consentida.

Una mujer violada fue forzada por un hombre que generalmente cuenta con una envergadura física suficiente para inmovilizarla sin demasiado esfuerzo. Por otra parte, para proteger su integridad, una mujer forzada sexualmente puede optar, correctamente, por no ofrecer más resistencia, a objeto de conservar su vida. Pues bien, en términos probatorios, una mujer sin lesiones graves tendrá más dificultad para probar el delito. Cabe preguntarse entonces: ¿es preferible que la mujer luche con su agresor, poniendo en riesgo su vida, para dejar constancia física de la comisión del delito? A nuestro juicio ello es incorrecto. Creemos que tanto los entes de persecución, como los jueces, deben integrar estas consideraciones en sus decisiones.

Así, la inexistencia de lesiones graves no debe ser interpretada automáticamente como falta de fuerza, como ocurriría en una riña entre hombres ni menos aún como anuencia de parte de la víctima. Tanto fiscales como jueces, deben tomar en cuenta las circunstancias en que estos delitos se producen y actuar de acuerdo a esa especificidad. De otra forma, lo que estos razonamientos imponen es que una mujer razonable en el imaginario de los operadores es quien resiste

²⁷⁶ Crenshaw Kimberle, Mapping the margins: intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color, *Stanford Law Review* 43, July 1991, p. 1270.

²⁷⁷ Benedet Janine, Hostile Environment sexual harassment claims and the unwelcome influence of the rape law, *Michigan Journal of Gender and the Law*, Vol. 3, 1995-1996, p. 133.

²⁷⁸ Du Month Janice, Miller Karen-Lee and Myrth Terri, "The role of 'real rape' and 'real victim' Stereotypes in Police Practices of sexually assaulted women, April 2003, p. 478, citando a McGregor, Du Mont y Myrth, Sexual assault forensic medical examination: Is evidence related to successful prosecution? *Annals of Emergency Medicine*, Vol. 39, 2000, pp. 639-647.

²⁷⁹ *Ibíd.* Citando a Du Mont y Myrth, So Few Convictions: The role of client-related characteristics in the legal processing of sexual assaults. *Violence Against Women*, Vol. 6, 2002, pp. 1109-1136.

del ataque para defender su honor y dignidad, lo cual claramente es una contradicción con los mensajes de no resistir ante un ataque sexual.

En este sentido, la Convención exige que los procedimientos judiciales para la resolución de estos casos deberán ser justos y eficaces para la mujer que haya sido víctima, lo que incluye un juicio oportuno y el acceso efectivo a los procedimientos. El retardo en la investigación, como ocurrió en “*Campo Algodonero*”²⁸⁰, la imposición desmesurada de pruebas que acrediten la veracidad de los hechos solo crean una fuerte carga, o la ausencia de mecanismos judiciales eficaces lo que implica una nueva agresión lo que implica una violación a los derechos humanos de las mujeres²⁸¹.

Además, en orden a resguardar la seguridad de la víctima, el Estado debe adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad.

Asimismo, el artículo 7 de la Convención Belén do Pará establece la obligación de crear mecanismos judiciales y administrativos que aseguren a la mujer el acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño y otros medios de compensación justos y eficaces.

Como los sistemas inquisitivos fallan en la mayoría de estos aspectos, pues son ineficaces, lentos, no brindan soluciones diferenciadas según el tipo de circunstancias de cada caso en particular, no integran medidas de protección, etc., constituye un paso adelante, aunque insuficiente, la instalación de sistemas acusatorios en que deben estar en sintonía y comprometidos con la situación de la víctima.

Los aspectos problemáticos de la persecución son:

A. Investigación de los delitos

En primer término, la limitada capacidad de investigación que tienen las fiscalías en estos delitos. Existe numerosa investigación, en dife-

²⁸⁰ CortelDH, González y otras v. México, op. cit. para. 5, p. 151.

²⁸¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, El acceso a la Justicia de las Mujeres Víctima de Violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68 20 enero 2007, para. 127 en adelante. En <http://www.cidh.org/women/Acceso07/cap2.htm#Vac%EDos%20e%20irregularidades>. Visitado el 13 de abril de 2010.

rentes países, que da cuenta de dos aspectos relevantes sobre este punto el reducido número de investigaciones seguida de respuestas judiciales adecuadas.

1. Las cifras de denuncia de delitos sexuales son mínimas en comparación con las agresiones sexuales que efectivamente se cometen. Si bien esta circunstancia se repite en mayor o menor medida en otros delitos, las causas por las cuales este fenómeno se produce en este tipo de delitos son particulares a ellos, por lo tanto se requiere tratarlos de manera específica.

Sobre este punto, es ilustrativa la opinión de dos abogadas, una de una ONG y otra de un servicio legal, entrevistadas en el marco de la investigación sobre implementación de la reforma penal en Ecuador, en materia de género. Así, señalaron, refiriéndose al déficit de denuncias:

“Obvio, esto es importantísimo porque la carga de la prueba está en la víctima entonces ella tiene que demostrar que se ha cometido ese delito y ellas tienen que presentar todas las pruebas pertinentes entonces ellas tienen mucho temor, mucho miedo al hablar y también el hecho de culpabilizarlas, es una doble victimización a la víctima, entonces ellas muchas veces retroceden. Otra de las causas puede ser también el caso de los padres de familia que no están informados y no quieren que sus nombres sean publicados...”

“Bueno yo creo que hay algunas razones, yo pienso que está muy interiorizada la noción de las víctimas de abuso sexual, o sea desvalorización social, se devalúan, una chica violada, con un registro de violación es una chica devaluada sin lugar a dudas, eso por una parte, por otra la gente tiene muchísima desconfianza, sabe que tiene que someterse a una serie de pruebas, de exámenes, además de eso pasar por todas las etapas del proceso, no estás muy dispuesta a eso”.

Las razones que explican el déficit de denuncias son variadas y muchas escapan a las posibilidades del sistema penal. Sin embargo, la literatura indica que el sistema de justicia corrobora o acentúa los problemas culturales existentes cuando responsabiliza o culpabiliza a las mujeres por los delitos a los cuales han sido sometidas. Los operadores no están exentos de las creencias, prejuicios o valores sociales imperantes lo que lo cual opera de alguna manera en el imaginario el aforismo civil en que se redu-

ce la responsabilidad del acusado si la víctima se ha expuesto al daño.

Adicionalmente un proceso engorroso, victimizante e incapaz de ofrecer respuestas a las víctimas genera mucha resistencia a la denuncia, pues las víctimas perciben que “no sacarán nada denunciando y solo se alargará el dolor”. Por el contrario, un proceso que ofrezca protección y resultados, es un proceso que incentivará las denuncias, pues aunque pueda ser difícil enfrentar un proceso judicial, la expectativa de obtener resultados lo justifica.

En segundo término, la investigación criminal de estos delitos culmina en un porcentaje muy menor de los casos con una respuesta judicial adecuada. Una gran cantidad de ellos es desestimado preliminarmente por la fiscalía y muchas investigaciones no continúan más allá. Las explicaciones para este fenómeno son variadas y responden con la credibilidad de las víctimas, las dificultades probatorias de estos delitos, las capacidades institucionales para investigarlos.

Nos interesa analizar, sobre este punto, qué criterios o medidas deberían implementarse para permitir que estos casos puedan ser investigados con éxito. En este sentido, es pertinente analizar aquellos aspectos que dicen relación con las posibilidades de probarlos, cuestión que a su vez se relaciona con dos aspectos tratándose de delitos sexuales: (i) posibilidad de contar con prueba médica o pericial y testimonial (ii) filtrar los prejuicios que hacen poco creíbles los relatos de las mujeres ante los entes de persecución penal.

(i) Sobre las pruebas periciales, en primer término, nos encontramos con sistemas de salud públicos o de medicina forense que no son capaces de absorber la demanda de atención de estas víctimas. Existen pocos médicos especializados en sexología, menos aún disponibles en zonas apartadas de las grandes urbes o permanentemente en los servicios públicos de salud. Por esta razón, en muchas oportunidades se corre el riesgo de perder prueba importante, como restos de semen o huellas de lesiones, por esta sola circunstancia. Por ejemplo, en Ecuador, según datos de la Fiscalía, solo existen 16 médicos acreditados como peritos y solo 3 de ellos son mujeres. La situación es grave si se tiene en cuenta que cualquier informe pericial que provenga de un perito no acreditado no tiene ninguna validez legal²⁸².

²⁸² Farith Simón con la colaboración de Lidia Casas, Evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una perspectiva de Género (Primera Fase: Chile, Ecuador, Guate-

Otros factores identificados fueron que los médicos muchas veces muestran reticencia a participar como peritos en los juicios porque no se sienten lo suficientemente preparados, o bien, o no lo entienden como parte de sus funciones como quedó registrado en la investigación de Chile²⁸³.

En Chile, aunque cualquier médico puede ser perito, los servicios de salud pública no cuentan permanentemente con expertos, por lo cual, muchas veces las víctimas son examinadas por profesionales que no tienen la competencia necesaria para detectar las huellas de una agresión sexual²⁸⁴.

En segundo lugar, producir prueba testimonial también es difícil, pues existen dos posibilidades:

a) **que el delito se cometa al interior de la familia o en el entorno cercano.**

b) **que se cometa por un desconocido.**

a) En el primer caso, tanto imputado como víctima tienen relaciones de parentesco o cercanía con los eventuales testigos, lo que distorsiona las motivaciones para declarar en un juicio.

b) En el segundo caso, por las características de estos delitos, generalmente se dan en lugares apartados o precisamente buscados para obtener la impunidad, lejos de la presencia de testigos.

(ii) Respecto a la segunda circunstancia, tradicionalmente se ha desconfiado de los relatos de estas víctimas y se ha intentado justificar la denuncia en situaciones que tienen que ver con sus vidas personales, como conflictos de pareja, provocaciones, etc. Ahora bien, y como le hemos visto a lo largo de estas páginas, hay una propensión a pensar en las falsas acusaciones de las mujeres. Ello está presente en distin-

mala y Honduras), Centro de Justicia de las Américas, noviembre 2004, p. 14. En: <http://www.cejamericas.org/doc/informes/ceja-comparativo-genero3.pdf>. Visitado el 13 de abril de 2010.

²⁸³ Casas Lidia y Mera Alejandra, "Evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una perspectiva de género", Informe elaborado por las autoras para el Centro de Estudios de Justicia para las Américas, Santiago, 2004, p. 13. Ver también "Delitos sexuales y lesiones. Violencia de género". En: http://www.pasa.cl/biblioteca/Delitos_Sexuales_y_Lesiones._La_violencia_de_genero_en_la_reforma_proc.pdf. Visitada el 13 de abril de 2010

²⁸⁴ *Ibíd.*

tas manifestaciones del derecho y no solo el derecho penal. Así en la tramitación de la ley sobre acoso sexual en Chile, ley 20.005, algunos legisladores fueron enfáticos en considerar que esta sería una herramienta de persecución y revancha de las mujeres²⁸⁵, cuestión que también estuvo presente en las mentes de algunos cuando se discutía la ley sobre investigación biológica de la paternidad.

En la segunda sección examinaremos en detalle estas situaciones y se sugerirán algunas fórmulas de comportamiento de persecución de parte de la fiscalía que incentiven la investigación de estos casos.

B. Victimización

Los problemas que enfrenta una mujer víctima de un delito sexual no terminan con una buena gestión en la tramitación de las causas. Ya se ha dicho que es el propio proceso penal el que victimiza a estas mujeres, por el solo hecho de intentar obtener una respuesta judicial frente a la agresión. Esta victimización ocurre en casi todas las instancias del proceso, desde la atención en los servicios de urgencia, luego en el trato policial, muchas veces en las propias fiscalías y también en las instancias de juicio. Por eso, abordaremos específicamente la situación de los derechos de la víctima de delitos sexuales en el proceso, específicamente lo que dice relación con diseños institucionales adecuados para mitigar la victimización secundaria y los mecanismos de protección más eficientes durante el período de investigación.

C. Algunas buenas prácticas

Por último, la última sección nos hacemos cargo de indagar en qué tipo de soluciones son acertadas tratándose de criminalidad sexual, en el entendido de que estos casos logren ser investigados.

Como ya se ha visto, solo un escaso número de las causas que son investigadas por las fiscalías terminan siendo resueltas en un juicio oral. Ello no es distinto cuando se trata de delitos sexuales. Lo curioso, sin embargo, es que estos delitos, por la relevancia social que tienen, no muestren índices de juicio más elevados que el promedio,

²⁸⁵ Sobre aquello se puede mirar, las intervenciones en el Congreso, especialmente el ex diputado Rodolfo Seguel de la coalición gobernante de la época y ex sindicalista que planteaba que esta se transformaría en una “ley de venganza” que solo entorpecería las relaciones laborales. Véase Historia Fidedigna de la Ley 20.005, p. 54. En <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20005/HL20005.pdf>> Visitado el 13 de abril de 2010.

cuando hay imputado conocido a diferencia de la gran mayoría de los delitos contra la propiedad. En todo caso, creemos que la *relevancia social* obedece a un doble discurso, pues puede que en la agenda pública e incluso así aparezca en las declaraciones e incluso en los titulares de las estadísticas oficiales, pero en la medida en que no hay disposición para investigar estos delitos, recursos humanos entrenados, en los hechos *la relevancia social* se transforma en una cuestión meramente discursiva. Lo mismo ocurre cuando los organismos gubernamentales asumen una *perspectiva de género* la que implica algo más que tener cifras desagregadas por sexo.

Eso se explica, como hemos enunciado y se profundiza en las siguientes páginas, en las dificultades de persecución de este tipo de delitos, muchas de ellas susceptibles de ser superadas con criterios que involucren la variable de género en el análisis.

Ahora bien, no siempre un juicio es la solución más adecuada para este tipo de conflictos y muchas veces se hace aconsejable terminar el proceso mediante una salida alternativa. Como se ve más adelante, existen posturas que se oponen “por principio” a esta posibilidad, especialmente por considerar que una salida alternativa es una respuesta de “segunda clase” que brinda el sistema, con lo que lo cual sostienen se perpetuaría la discriminación en contra de estas víctimas. En otras palabras, “si el juicio es la solución de mejor calidad, entonces exigimos juicios”.

Lo cuestionable de esta posición es que desconoce la realidad en que se manejan los sistemas penales. Si el destino natural de un caso que se investiga por una fiscalía fuera ser resuelto en un juicio en el que se le impondrá una sanción al responsable, esta posición podría tener algún sustento. Pero lo cierto es que una condena en juicio es impuesta en un mínimo porcentaje de los casos. Lo relevante a nuestro juicio, es reducir los niveles de prejuicios existentes, considerar las necesidades de las víctimas e ir más allá de las metas de gestión del ente persecutor.

Por ejemplo, en Guatemala, de los 14.137 casos de violencia contra mujeres (tanto sexuales como lesiones) conocidos en 2003, solamente 42 llegaron a debate oral²⁸⁶. La pregunta que nos hacemos son

²⁸⁶ Según cifras otorgadas en informe elaborado por el CEJA, en el marco del seguimiento a la implementación de la reforma a la Justicia Penal en ese país, desde una perspectiva de género. En http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/informe_guatemala.pdf Visitada el 13 de abril de 2010.

las razones que están detrás de estas cifras, y si ellas obedecen a la perpetuación de los estereotipos y la subordinación social, políticas y cultural de las mujeres.

Por lo tanto, y especialmente teniendo en cuenta que una solución alternativa adecuada puede importar una respuesta más acorde a las expectativas de la víctima, es interesante indagar sobre los requisitos que deberían cumplir estas soluciones para responder a las expectativas de solución adecuadas.

Hay casos, sin embargo, en que la posibilidad de un juicio aparece como la mejor respuesta. En esos casos debe intentarse esa solución, traspasando las barreras de prueba y culturales que impiden que muchas veces estos casos puedan ser acreditados en esta instancia.

Aun en los procesos acusatorios se registran una serie de problemas de valoración judicial cuando se trata de estas víctimas. En fallos de tribunales orales sobre delitos sexuales, en muchas ocasiones no se valora el relato de la víctima como prueba. En otras oportunidades es necesario avalar su credibilidad con muchos peritajes de veracidad. Otras veces los interrogatorios están destinados a probar la honestidad de la víctima, como si esa fuera una circunstancia determinante a evaluar para imponer una condena. Todo ello está además no solo permeado por los prejuicios de género, sino también de clase y raza.

El trabajo de Crenshaw en que comenta sobre los patrones de sentencias condenatorias por violación en Dallas, Estados Unidos es una manifestación de estos prejuicios, en que la violación de una mujer blanca tiene en promedio una pena impuesta de 10 años, 5 para la violación de una latina y 2 para una negra²⁸⁷. Lo que está detrás de ello no es solo la valoración del daño que sufre una mujer, sino además cómo la pertenencia a ciertos grupos raciales hace que ese daño tenga una mayor o menor disvalor social. Creemos que algo similar puede estar sucediendo en nuestros países dados los contextos de desigualdad social, racial, de las poblaciones indígenas y extranjeras en nuestros países.

Ello redundaría en que muchas veces se absuelvan casos en que podría haber una condena si se integrara en el razonamiento criterios desprejuiciados respecto de estas víctimas. Pero además, esta manera de razonar de parte de los tribunales, repercute en que los mismos fisca-

²⁸⁷ Crenshaw, op. cit. p. 1269.

les no lleven a juicio un número alto de causas, pues saben que no tienen posibilidades de obtener condenas.

En la última sección examinaremos con más detalle estas circunstancias, intentando fijar estándares de actuación para fiscales y jueces.

II. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA INVESTIGACIÓN PENAL DE LOS DELITOS SEXUALES

Como hemos venido afirmando, por las características de las víctimas envueltas, en su mayoría mujeres, la persecución penal de este tipo de delitos presenta particularidades que deben ser tenidas en cuenta por el aparato de persecución penal a objeto de contar con mayores posibilidades de éxito en sus investigaciones. Así, es necesario que los fiscales que lleven adelante este tipo de causas incorporen criterios específicos de investigación en estas materias, pero además, que todas las instituciones intervinientes sean capaces de generar prácticas e implementar procedimientos idóneos para obtener resultados. Comprender el contexto en que se producen estos delitos, el que genera un escenario probatorio generalmente deficiente, es absolutamente fundamental para idear estrategias de persecución y de litigación en juicio. En este tipo de casos, además, debe siempre tenerse presente la existencia de prejuicios muy arraigados en torno a la conducta sexual de las mujeres, lo que a su vez genera otro plano a ser despejado por quienes se involucran en la investigación de estos casos. Esta lección se adentra en las principales problemáticas de persecución penal que se producen justamente en la etapa de investigación de los delitos sexuales.

Es sabido que del total de delitos sexuales cometidos, solo se denuncian a la justicia una parte muy menor de ellos. Ello es parte de un panorama más desolador, la violencia sistémica y estructural contra las mujeres es el telón de fondo, pues de alguna manera es un hecho que ha ocurrido y se ha normalizado/naturalizado de los espacios privados que las mujeres habitan. Sucede en los casos de violencia doméstica e incluso las distintas formas de acoso sexual a la que las mujeres son sometidas.

Un estudio multipaís de la Organización Mundial de la Salud que midió la prevalencia de violencia sexual estableció que los rangos iban de un 4% de las mujeres entrevistadas en Serbia y Montenegro a

un 44% en Etiopía²⁸⁸. En el caso del Perú, las cifras varían de un porcentaje de 40% en zonas rurales comparado con un 23% de mujeres urbanas²⁸⁹. En muchos casos estas mujeres naturalizaron la violencia física o sexual²⁹⁰.

Por ejemplo, un estudio de la CEPAL el año 1992 constató que en Chile, entre un 75 a un 80% de las situaciones de abuso o violencia sexual no dieron origen a una denuncia y en España se ha repetido el mismo fenómeno, con tasas de un 10 a 15% de denuncia. En una encuesta realizada en Canadá de 1993, se estimó que solo el 6% de las denuncias son reportadas a la policía²⁹¹.

Esto, básicamente por las siguientes razones:

1. Contexto en el que estos delitos se producen

La mayor parte de estos delitos se cometen en escenarios en que es muy difícil para la víctima realizar una denuncia, o bien, realizarla con razonables expectativas de éxito. Así, cuando se trata de abusos sexuales a menores de edad, generalmente los delitos se cometen al interior de los hogares, por parientes o conocidos de la familia y no son hechos aislados, sino que generalmente reiterados en el tiempo, lo que muchas veces involucra a la niña o niño en una relación que es difícil denunciar. Por lo demás, en muchas oportunidades algunos miembros de la familia, quienes pueden ser testigos del abuso, encubren estas conductas, lo que hace aún más difícil la denuncia. Ello se debe, por ejemplo, cuando quien agrede sexualmente es el proveedor principal, o la madre del niño o niña tiene una fuerte dependencia afectiva con el perpetrador, lo cual hace aún más difícil poder enfrentar la situación. Si esto es cierto para las mujeres con menores niveles de recursos, también es cierto dentro de contextos familiares o de parejas con altos niveles de recursos económicos, políticos y culturales. En los últimos años se han ventilado públicamente situaciones de abuso sexual, que por diversas razones, mujeres con notoriedad pública no reportaron a las policías el abuso de sus hijos/as.

²⁸⁸ Organización Mundial de la Salud, Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y la violencia doméstica., Ginebra, 2005, p. 8. En: http://www.who.int/gender/violence/who_multicountry_study/summary_report/summaryreportSpanishlow.pdf

²⁸⁹ *Ibíd.*

²⁹⁰ *Ibíd.*, p. 12.

²⁹¹ Du Mont, Miller and Myrth, *op. cit.* p. 468.

También se produce un subregistro cuando por razones culturales se entiende que una niña agredida es una futura mujer con un valor social disminuido. La familia intentará evitar que los hechos se conozcan como lo vimos respecto de Ecuador.

Cuando se trata de mayores de edad, por el contrario, los delitos denunciados (que corresponden casi en un 100% a víctimas mujeres) presentan una elevada cifra de imputados desconocidos para la víctima.

Aquí, sin embargo, surgen otros aspectos que dificultan realizar una denuncia con la expectativa de lograr que el delito sea esclarecido, pues el ofensor aprovecha o genera situaciones que dificultan su identificación (cometer el delito de noche, mediante amenaza de un arma, etc.) o no siempre es posible obtener pruebas físicas de la agresión (no hay lesiones o muestras corporales o la víctima no concurrió inmediatamente a un centro asistencial, o bien no fue atendida, o no la revisó un especialista, o no existían los instrumentos adecuados, etc.).

No es que las agresiones sexuales no se produzcan por conocidos, muchas veces se trata de las parejas de las mujeres: los amigos, novios, convivientes o maridos de las mujeres. Aquí las razones culturales tienen un fuerte peso para no denunciar. En el caso de las convivencias y los matrimonios, existe un imaginario cultural refrendado hasta hace poco por las normas legales que no existía violación al interior del matrimonio.

2. Secuelas de una agresión sexual

Producto de haber sufrido una ofensa sexual, la víctima se encuentra en un estado de estrés postraumático que le impide realizar la denuncia o siente vergüenza de lo sucedido, etc. Du Mont en Canadá realiza un largo recuento de la literatura que estudia las razones que inciden en la no denuncia de las agresiones sexuales, entre ellas se encuentra el temor, la vergüenza, los sentimientos de autorresponsabilización, temor a enfrentar la denuncia en los tribunales, etc.²⁹². Estas situaciones son frecuentes tratándose de delitos sexuales, por la carga emocional y física de la agresión.

²⁹² *Ibíd.* pp. 467-470.

3. Desconfianza en el sistema

Como los sistemas inquisitivos han sido tradicionalmente ineficientes en el esclarecimiento de estos delitos, las víctimas muchas veces optan por no denunciar, pues estiman que el procedimiento judicial es ineficaz para esclarecer los hechos, e incluso pasar por este les acarrea más daños que beneficios. El mismo razonamiento aparece en estudios empíricos con mujeres sometidas a acoso sexual en que sienten que el sistema será largo y sin que ello signifique necesariamente justicia²⁹³. Pero también, como señala Crenshaw, a veces las mujeres de color no denuncian a hombres de sus propias comunidades porque están conscientes del maltrato o discriminación que experimentan de parte de las policías o con el aparato de justicia²⁹⁴.

4. Victimización secundaria

Ligado a lo anterior, los sistemas de justicia, en general, no cuentan con infraestructura, instituciones o funcionarios entrenados, capaces de otorgar un trato digno y adecuado a estas víctimas, lo que convierte al procedimiento de investigación en una instancia que acrecienta el sufrimiento y desgaste de la víctima de este tipo de delitos.

5. Delitos de acción privada o de previa instancia particular

En la generalidad de nuestras legislaciones, la iniciativa para que comience una investigación de un delito sexual debe provenir de la víctima, por lo tanto, debido a las consideraciones anteriores, se limita mucho el número de causas que llegan al conocimiento de la policía o fiscalía.

De las consideraciones anteriores es posible extraer dos consecuencias:

1. En primer lugar, las denuncias que llegan a conocimiento de las instancias de persecución, por constituir un escaso porcentaje de las causas que se denuncian, pero además, por producirse en las circunstancias que se comentaron, deben ser registradas y consideradas en su totalidad, sin ser filtradas por la policía o fiscalía

²⁹³ Welsh Sandy, Carr Jacqué, McQuarrie Barbara, Huntley Audrey, 'I'm not thinking of it as sexual harassment': Understanding harassment across race and citizenship, *Gender and Society*, Vol. 20 N° 1, 2006, p. 99.

²⁹⁴ Crenshaw, op. cit. p. 1257.

antes de hacer un examen pormenorizado de los hechos denunciados.

2. En este sentido, un factor de discriminación fuerte de parte de las policías es considerar que las agresiones sexuales que se dan en el ámbito familiar son un tema privado, que no debe ser resuelto por el sistema penal. Por ejemplo, un fiscal entrevistado en el trabajo de seguimiento en Ecuador señaló que *“Empezando por la policía, se le debería capacitar más a la policía, más porque a veces cree que los problemas de casa tiene que resolverse en la casa, le ven como: ellos sabrán como se arreglan, entonces no quieren ver que es ya un problema público”*.

Las denuncias, a menos que manifiestamente tengan claros indicios de falsedad, deben ser consideradas como creíbles por parte de la fiscalía. Los criterios con que opere el examen de credibilidad aplicado por el fiscal, por su parte, deben considerar las particularidades de comisión de estos delitos y no ser influenciados por prejuicios relativos a una determinada manera de entender la sexualidad femenina.

II. Problemas que se producen una vez registrado el caso por el sistema

Ahora bien, registrada la denuncia, el fiscal se enfrenta a una serie de decisiones con respecto al futuro del caso, decisiones que debe tomar, nuevamente, sin desconocer las restricciones que presentan este tipo de delitos.

Una de las principales decisiones que debe tomar el fiscal, en este punto, es si sigue adelante o desestima preliminarmente el caso. Luego, de seguir adelante, si esa causa irá a un juicio o se optará por una salida alternativa a este.

De acuerdo a las cifras disponibles de los sistemas reformados, un alto porcentaje de delitos sexuales que se denuncian anualmente termina en virtud de una selección, más o menos temprana, de parte de las fiscalías²⁹⁵.

²⁹⁵ Así fue evidenciado por la investigación realizada por Casas y Mera, donde de un total de 1.775 casos analizados en cinco regiones de Chile durante el año 2002, solo alrededor de un 1% o 2% llega a término vía juicio oral o juicio abreviado, op. cit. p. 28.

Esto, en sí mismo, no representa un problema, pues los sistemas penales funcionan sobre la base de una selección importante de casos, porque ningún sistema cuenta con los medios ni las herramientas suficientes para investigar todos los asuntos que conocen. Sin embargo, lo que no puede suceder es que por desconocimiento de las limitaciones de investigación de este tipo de delitos, o peor aún, por asumir ciertos prejuicios en contra este tipo de víctimas, se deje de perseguir causas que deberían ser investigadas.

Los delitos sexuales son típicamente una categoría de delitos que por su connotación social y por el daño que se genera en las víctimas, deben ser resueltos mediante decisiones “más duras”, esto es, que entreguen una respuesta real para la víctima, como un juicio o una salida alternativa que efectivamente la repare.

Pero, a la vez, por las razones que ya se han expuesto y por otras que se abordan en la lección siguiente, especialmente derivadas de las insuficiencias que suelen presentar diversas instituciones y personas que colaboran con la persecución, como por ejemplo, los peritos médicos y psicólogos, su investigación resulta muchas veces engorrosa y requiere de mayor cantidad de tiempo y recursos de parte de la fiscalía para obtener resultados en sus investigaciones. Esta situación muchas veces desalienta la persecución de estos delitos, especialmente cuando las fiscalías funcionan con criterios de rendimiento basados exclusivamente en la eficiencia medida en términos de duración de los procesos y número de juicios u obtención de sentencias condenatorias.

El éxito de las investigaciones de delitos sexuales, por su parte, se aleja de estas consideraciones, o al menos, integra otros elementos, como la satisfacción de la víctima, la reducción de su victimización, etc., cuestión que debe estar presente en las políticas de persecución estatal. Por el contrario, si las fiscalías se orientan a llevar a juicio solo aquellos casos en que sea “seguro” obtener una condena, dificulta enormemente la posibilidad de ir a juicio oral en este tipo de delitos, pues dadas las circunstancias que ya hemos comentado, en materia de delitos sexuales es difícil contar con altos grados de certeza de condena en el juicio.

En adelante, revisaremos algunas situaciones que deben ser tomadas en cuenta por las fiscalías al momento de tomar la decisión de desestimar una causa por un delito sexual. En orden a dar luces respecto a circunstancias que si bien serían determinantes para abandonar la in-

investigación de una causa tratándose de otro tipo de delito, en un caso de agresión sexual ello no debe ocurrir necesariamente.

1. *Inexistencia de testigos directos o presenciales de la agresión*

Por ser cometidos al interior de los hogares, aprovechándose de la indefensión en el espacio de intimidad de la víctima, o bien, ocultos bajo el encubrimiento de algún familiar (especialmente de madres respecto de abusos cometidos por sus parejas o cónyuges en contra de sus hijas); como asimismo, perpetrados en espacios que suponen seguridad para las víctimas (como el bus escolar, o la casa de algún vecino o amigo, o un recinto escolar) o en circunstancias especialmente creadas para obtener la impunidad (de noche, en territorios alejados, en la propia casa del imputado, etc.), los delitos sexuales, en la mayoría de las ocasiones, no serán flagrantes ni contarán con la posibilidad de ser probados en el juicio mediante la declaración de testigos que aseveren haber visto la agresión.

De esta manera, el solo hecho de no contar con testigos, no puede ser un elemento determinante para los organismos de persecución en orden a desestimar tempranamente una violación, abuso sexual o el delito de que se trate, pues es generalmente alejados de la vista de testigos en que estos actos pueden perpetrarse. Así, el fiscal deberá indagar sobre la factibilidad de obtener otros antecedentes probatorios a objeto de dar por acreditado el delito.

2. *Retractación de la víctima después de la denuncia*

Otro fenómeno común en este tipo de delitos es que luego de la denuncia, la víctima se retracte de esta y niegue haber sido víctima del delito. Ello sucede igualmente en casos de violencia doméstica, y la cantidad de situaciones que pueden quedar abandonadas por falta de interés de las víctimas puede ser una proporción importante de denuncias²⁹⁶.

La retractación es un fenómeno más común en casos de maltrato reiterado, especialmente cuando es intrafamiliar, pero también puede darse en otras oportunidades, siempre y cuando la víctima se sienta amenazada por el hecho de haber denunciado el ataque sexual. En

²⁹⁶ Puede revisarse, Casas Lidia, Armisen María José, Dides Claudia, et al. La Defensa en los casos de Violencia intrafamiliar, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2006. En: <http://www.defensoriapenal.cl/estandares/genero.php>.

este tipo de situaciones llegar a juicio se dificulta, pues la fiscalía no cuenta con el testimonio asertivo de la víctima en la audiencia. Por eso, el Ministerio Público debe hacer un análisis serio de los antecedentes del caso y si llega a la conclusión de que la retractación de la víctima obedece a un entorno que la somete, es posible sostener la acusación, aún sin su testimonio, apoyándose en otros antecedentes probatorios, incluso en algún peritaje psicológico que explique esta conducta. Ello se hace mucho más relevante en casos de víctimas menores de edad en que son los mismos familiares, generalmente la madre, quienes presionan a la víctima para que se retracte de la denuncia en contra de su padre o padrastro. En este tipo de casos los abusos sexuales responden muchas veces a la siguiente dinámica:

“En primer lugar, existe una fase de seducción. Lo sigue una de interacción sexual. A continuación, la imposición del secreto o ley del silencio para evitar que otros se enteren del abuso, rara vez, es la propia víctima que denuncia. Finalmente, un proceso de divulgación o denuncia, cuando por alguna razón el abuso se hace público. Sin embargo, esta fase es seguida por otra que se caracteriza porque la propia víctima se reprime y se retracta de lo denunciado”²⁹⁷.

Aquí es importante diferenciar diversas situaciones, a objeto de tomar la mejor decisión según sea el caso. Se trata, en primer término, de despejar si la retractación obedece realmente a que la víctima mintió en una primera instancia y luego se arrepiente, o bien, como sucede en la mayoría de los casos en que la víctima se desdice, el hecho efectivamente ocurrió, pero otros incentivos están operando para que la víctima niegue posteriormente los hechos. Ello aparece nítidamente en el estudio de Guatemala en que el proceso es abandonado producto de que operan “*diversas formas de presión y convencimiento*” e incluso acuerdos extrajudiciales en que participan fiscales, defensores y los varones familiares de las víctimas al margen de la ley²⁹⁸.

En segundo término, una vez que el fiscal concluye que no existen razones para poner en duda la imputación inicial, debe distinguirse la situación de una víctima mayor de edad de una menor de edad, como también, la entidad del delito de que se trate. Y esto no solamente con lo que dice relación sobre la posibilidad de desestimar el caso o no, cuando hay retractación, sino que también repercute

²⁹⁷ Caso RIT 25-2002, Tribunal oral en lo Penal de La Serena, Chile.

²⁹⁸ Simón, op. cit. p. 16.

en otras decisiones que el fiscal deberá tomar durante el curso de la investigación, por ejemplo, si opta por llevar el caso a juicio oral, o bien, a uno abreviado o simplificado u optar por alguna solución alternativa. Para hacer este análisis, es necesario evaluar las circunstancias que rodean la retractación.

Así, por ejemplo, si el imputado se encuentra en prisión preventiva y es el proveedor de la familia, existen muchos incentivos para que la víctima, luego de que pase un tiempo, se desdiga de su denuncia, a objeto de que este regrese al hogar y recupere su trabajo, renunciando a la persecución del delito. Aquí, entonces, deberá distinguirse si se trata de un menor de edad o no. Si la víctima es menor de edad, es muy posible que esté siendo utilizada para cambiar su versión, a objeto de que su padre o la pareja de su madre (de ser el imputado) salga de la cárcel. Por lo demás, cuando se trata de niños, existe un deber del estado en orden a asegurar su bienestar, por lo que se justifica que se siga adelante con la investigación, pese a su negativa²⁹⁹.

Existe jurisprudencia de fallos condenatorios, en juicio oral, aunque la víctima menor de edad se haya retractado de su versión inicial. Este criterio recoge, por ejemplo, fallo en un Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, Chile³⁰⁰, que condena por el delito de abuso sexual de una niña de 6 años, en que el imputado es su padre, pese a que la niña posteriormente se retractó de su versión. La investigación comenzó luego de que la niña fue llevada al hospital y se le detectó gonorrea, enfermedad de transmisión sexual que se adquiere por contacto de mucosa a mucosa, no siendo necesaria la penetración. Aunque la niña en un primer momento señaló que su padre era quien había abusado de ella, lo que confirmó ante tres psicólogos, posteriormente se retractó de sus dichos. No obstante, el Tribunal decide condenar, ya que de acuerdo a la versión de cuatro peritos psicólogos en el juicio, la retractación se debe a que “la menor se encuentra muy presionada por su madre, quien le insiste que señale que la agresión la sufrió en el colegio pues de lo contrario no verá más a su padre, situación que la tiene confundida, pues, además, como también agrega otra profesional, la menor percibe el alejamiento como un castigo por contar la verdad, ya que esto le ha traído consecuencias negativas importantes”. Para el Tribunal, esta misma situación explica “el porqué no contó en la audiencia lo sucedido, limitándose a se-

²⁹⁹ Sobre este punto, revisar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, especialmente los artículos 3 y 19.

³⁰⁰ RIT 03-2003 del Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, Chile.

ñalar que había sido asustada por un niño en los baños del colegio". Ello, además de las contradicciones en que incurrió el imputado en su declaración judicial, sumado a un peritaje psicológico de este que señaló que su relato tenía altas probabilidades de no ser veraz, llevó a la condena³⁰¹.

Cuando se trata de víctimas adultas, también debe hacerse una diferencia. En general, cuando hay retractación en estos casos, es porque se trata de violencia reiterada en el tiempo, en que en un momento del ciclo la víctima decide denunciar, pero luego la relación continúa y se arrepiente. Estos casos son mucho más complejos, especialmente si se tiene en vista un juicio oral. Sin embargo, la fiscalía debería al menos hacer la siguiente distinción: si se trata de un delito grave o que producto de la violencia la víctima no está actuando de acuerdo a la verdad de lo sucedido, sino más bien, motivada por el temor; es correcto que el Ministerio Público o fiscal continúe adelante con esa investigación y la lleve a juicio eventualmente, tomando todos los resguardos necesarios para asegurar la protección de la víctima.

Si por el contrario, no se trata de una agresión grave y la víctima, plenamente consciente, decide terminar con el caso, o bien, acceder a una salida alternativa, que le aporte una reparación; entonces la autonomía de la víctima en este caso puede primar por sobre los intereses de persecución del fiscal.

3. *Víctima poco creíble o en la búsqueda de la víctima ideal*

Ya hemos dicho que, en principio, si no aparece que la denuncia sea infundada o derechamente falsa, el fiscal no debe poner en duda los dichos de la denunciante y deberá darle curso a la investigación. Existen algunas circunstancias que sobre la base de prejuicios o creencias socialmente afianzadas, algunas víctimas no aparecen como creíbles, a los ojos de la fiscalía o de los tribunales, lo que no debe influir en la desestimación de un caso.

Situaciones paradigmáticas que ilustran el punto son dos: el caso de una prostituta, y paradójicamente, cuando la víctima es cónyuge de su agresor. Pero ello no implica que en otros casos de violencia sexual no estén operando los prejuicios.

³⁰¹ *Ibíd.*

En el primer caso, más allá de la discusión dogmática penal sobre la configuración del tipo o la lesión del bien jurídico protegido, existe una tendencia a descreer de la versión de este tipo de víctima, fruto del prejuicio social existente en torno a estas personas. A modo ilustrativo, les presentamos dos afirmaciones hechas por jueces canadienses hace más de dos décadas sobre la relación entre fuerza, huellas y consentimiento, pero que grafican nuestro punto:

*Women who say no do not always mean no. It is not just a question of saying no, it is a question of how she says it, how she shows and makes it clear. If she doesn't want it she has only to keep her legs shut and she would not get it without force and there would be marks of force being used.*³⁰²

Judge David Wild

Cambridge Crown Court, 1982.

*Unless you have no wordly experiencia at all, you will agree that women occasionally resist at first but later give in to either persuasion or their own instincts.*³⁰³

Judge Frank Allen

Manitoba Provincial Court, 1984³⁰⁴

En el segundo caso, se ha tendido a cuestionar si al interior de una relación de pareja estable o de un matrimonio, pueda cometerse un delito sexual. Existe una especie de consentimiento presunto en acceder a las relaciones. De otra parte, muchos tienden a desestimar las denuncias de violencia doméstica, por suponer que hay en ello un afán de venganza frente, por ejemplo, una infidelidad, o bien, por el hecho de que es probable que en el futuro la víctima se arrepentirá de haber denunciado el delito, lo que complicará la investigación y el futuro del caso. Se ven aquí estas denuncias, como “una pérdida de tiempo” para el sistema.

³⁰² Las mujeres que dicen no siempre quieren decir no. No es solo una cuestión de negativa, sino cómo lo dijeron y lo hicieron explícito. Si ella no quiere [la violación] basta con que no abra las piernas y no habrá penetración sin fuerza, en ese caso habrá huellas de la fuerza. Una traducción de la autora.

³⁰³ A menos que uno no tenga experiencia de mundo, Ud. estará de acuerdo que las mujeres ocasionalmente resisten al principio, pero luego se rinden bajo la persuasión o por sus propios instintos. Una traducción de la autora.

³⁰⁴ Sheehy Elizabeth, “Canadian Judges and the law of rape: should the Charter insulate bias?”, *Ottawa Law Review*, Vol. 21, 1989, p. 741.

En el caso de Chile, a partir de una muestra de casos seguidos tanto por el Ministerio Público como enjuiciados por la justicia de familia cuando las mujeres denuncias no solo haber sido víctimas de lesiones a sus parejas solo se imputa por las lesiones físicas y no las agresiones sexuales³⁰⁵.

Lo importante es hacer respecto de cada una de estas situaciones una evaluación concreta de los hechos y circunstancias de cada caso. Puede ser que efectivamente existan antecedentes para estimar que la víctima que denuncia a su marido por haberla forzado a mantener relaciones sexuales luego se va a desdecir, porque ya ha denunciado hechos de este tipo en varias ocasiones anteriores y luego se desdice. Pero lo que no puede ocurrir es que esta circunstancia opere como prejuicio frente a otro caso, el cual sea desestimado en consideración a lo que “en otras oportunidades” ha ocurrido.

Algo similar ocurre con las víctimas mujeres, adolescentes o adultas, que han sido objeto de una violación luego de haber accedido a estar voluntariamente con el imputado, la mayoría de las veces compartiendo en una fiesta, un bar, etc., más aún si hay consumo de alcohol de por medio. Aquí, es común también responsabilizar de la agresión a la víctima, por el hecho de salir o aceptar estar previamente con el imputado y producto de ello, estimar que el caso es débil. Es importante reconocer el sesgo, pues el sustrato común del derecho penal continental y también del *common law* era la protección diferenciada de las mujeres en relación a su experiencia sexual. La doncellez obedecía claramente a los sesgos y prejuicios de género y la pérdida de valor sexual para aquellas mujeres que son catalogadas o etiquedadas como *sueitas*. De allí que todavía esté en el imaginario de hombres y mujeres que estar en el lugar incorrecto, con la ropa incorrecta o la compañía poca adecuada, es que la mujer se ha buscado la situación o se la merece.

El antiguo Código Penal de Canadá de 1892 establecía que la única posibilidad de violación era si había penetración por alguien distinto al marido. El fiscal debía probar la ausencia de consentimiento a través de la resistencia de la mujer lo que además se complementaba con reglas procesales: que la víctima comunicara a la primera oportunidad razonable del asalto del que había sido objeto para evitar falsas

³⁰⁵ Casas Lidia, Riveros Francisca, Vargas Macarena. Violencia de Género y Administración de Justicia. Mimeo. Informe de Investigación Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2010.

acusaciones; demostrar su credibilidad a través de su historia sexual pasada además que darle una instrucción al jurado que era peligroso condenar a un hombre solo con el testimonio de una mujer o un niño sin que ello fuera corroborado³⁰⁶. En el mismo sentido lo discute Crenshaw cuando señala que era común que en las investigaciones y posteriores juicios por violación la mujer se encontraba en el estrado como acusada en las que las reglas de evidencia funcionaban para legitimar la dicotomía entre las buenas y las malas mujeres³⁰⁷.

En este sentido, es ilustrativa la opinión de un fiscal entrevistado sobre este punto en estudio de seguimiento de los sistemas reformados, quien respondiendo a los criterios que se aplican para manejar la investigación de los casos señala que:

“Si es un tribunal difícil, la experiencia práctica determina si seguir o no. El criterio del tribunal dice relación con la valoración del relato cuando es una niña o un niño. Este relato tiene más llegada entre los jueces, pero si existe alcohol en el caso de las niñas, de las adolescentes, la posibilidad de que el caso llegue lejos por la credibilidad de la víctima es escaso”.

Otra fiscal, opinando sobre el mismo punto, señala que *“le damos más vuelta al asunto cuando son adultas, sin necesariamente pensar que hay mentiras, tratamos de contextualizarlo, hay veces que no sabemos si ese tipo era su ex pareja”.*

En suma, las circunstancias personales de la víctima deben ser evaluadas en cuanto a la coherencia de su relato, pero sus circunstancias personales no pueden influir en sí mismas para descartar la investigación de los hechos que está denunciando.

4. Inexistencia de evidencia física

Por último, otra circunstancia que puede llevar a la fiscalía a desestimar un caso de este tipo, es la inexistencia de prueba o evidencia física que deje rastros de haberse cometido el ilícito. Este punto está en directa relación con lo que acabamos decir, una víctima sin huellas es una víctima menos creíble para el sistema. Aquí, nuevamente,

³⁰⁶ Elizabeth Sheehy, Legal Responses to Violence against women en Canada. En: Violence Against Women. New Canadian Perspectives edited by Katherine McKenna and June Lurkin, Innana Publications and Education Inc., Toronto, 2002, p. 475.

³⁰⁷ Crenshaw, op. cit. p. 1266.

debe evaluarse cada situación en concreto. Puede ser que no haya más evidencia, porque las circunstancias de comisión del delito no dejan generalmente rastros, ya sea lesiones o secreciones del imputado. Por ejemplo, es lo que ocurre con la violación, cuando es bucal, o en los casos de abusos o violación en la hipótesis de amenaza. Así, la posibilidad de tener rastros físicos en estas circunstancias es improbable, por lo que si el estándar del fiscal es contar con este tipo de prueba, conduce a la imposibilidad de enjuiciar estos delitos.

Otro tanto ocurre en ocasiones en que la víctima, por deficiencias del sistema, no fue atendida en un centro asistencial, o bien, concurrió tardíamente, perdiendo la posibilidad de contar con este tipo de prueba. Un hecho que ilustra este punto es la reducción de recursos; el informe sobre la evaluación de la reforma y violencia sexual de Honduras mostró que el presupuesto del servicio de medicina forense tendría un recorte de un 40%³⁰⁸, lo cual impacta directamente en este tipo de delitos dado de que tanto fiscales o jueces desean obtener evidencia física.

En estas circunstancias, se debe evaluar la factibilidad de seguir adelante con el caso, básicamente apoyándose en la versión de la víctima, pues hay veces en que es imposible contar con otro tipo de prueba. Ello, por supuesto, si esa versión no contraviene otra evidencia que indique que ella es débil.

III. TRATAMIENTO DE LA VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES EN EL PROCESO PENAL

La víctima de un delito sexual, por el solo hecho de denunciar el delito ante la justicia y luego participar en el proceso de esclarecimiento de los hechos, o eventualmente como testigo en el juicio, debe soportar una serie de situaciones, las que algunas veces solo son incómodas, pero muchas otras, son directamente lesivas a sus derechos o traumáticas. Así, si bien no se puede desconocer que el proceso penal en sí mismo impone ciertos deberes que deben ser soportados por los intervinientes, existen grandes diferencias entre un sistema diseñado adecuadamente para limitar estos efectos, frente a otro que sea indiferente a este tipo de consideraciones.

³⁰⁸ Simón, op. cit., p. 21.

Si bien las reformas del sistema de enjuiciamiento criminal constituyen un paso adelante en el intento por mitigar la victimización secundaria de las víctimas con respecto al sistema inquisitivo, los antecedentes recabados en el seguimiento de estos procesos permiten afirmar que continúan percibiéndose problemas, especialmente como consecuencia del factor que es más difícil de remover mediante reformas legales como estas, esto es, una determinada percepción cultural acerca de las características de las víctimas de estos delitos, especialmente cuando se trata de mujeres adolescentes o adultas, quienes siguen siendo cuestionadas, por las diferentes instituciones acerca de la credibilidad de sus relatos.

Las víctimas deben enfrentarse a una serie de instituciones y funcionarios a lo largo del proceso penal que pretende esclarecer el delito denunciado. Así, en términos generales, deben acudir a:

- a) La policía
- b) Servicio de salud pública o privada
- c) Servicios médicos legales
- d) Fiscalía
- e) Instancias judiciales (audiencias preliminares o juicio)

En cada una de estas instancias, si no existe equipamiento o capacitación adecuada de los funcionarios que intervienen, la víctima corre el riesgo de padecer un proceso que acentúe el daño que sufrió con la agresión sexual. Por ello, nos detendremos en los principales aspectos problemáticos del trato de la víctima en estas instancias.

a) *Policía*

Generalmente, el primer contacto que tiene una víctima de un delito sexual es la policía. Por eso, es fundamental contar con al menos un funcionario capacitado en el trato de ese tipo de víctimas por cada unidad policial, preferentemente una mujer, quien pueda recoger su denuncia sin introducir elementos que tiendan a culpar o cuestionar indebidamente a la denunciante.

Asimismo, es imperativo que la policía esté en contacto permanente y directo con la fiscalía, a objeto de contar con instrucciones rápidas y precisas sobre lo que hacer con la víctima (por ejemplo, llevarla al hospital, a objeto de que sea examinada), especialmente si se tiene en cuenta que el paso del tiempo en este tipo de casos implica la pérdida de prueba importante, de haber evidencia física de la agresión.

b) *Servicios de salud*

En general, los médicos funcionarios de los servicios de salud tienden a no sentirse responsables, en términos de su colaboración con la persecución penal, en lo que se refiere a la atención de estas víctimas. Ello, como en el caso de Chile, al menos, se ve acentuado con la incorporación del procedimiento acusatorio, toda vez que les importa la eventual obligación de asistir al juicio oral como peritos, con la “pérdida” de tiempo que ello acarrea, y con la posibilidad de ser cuestionados en sus conocimientos y exhortados a dar explicaciones sobre sus informes periciales, en el contexto de un juicio oral competitivo.

Lo cierto es que estas reformas a la justicia no han sido llevadas a la par de la inyección de recursos y capacitación necesaria, en espacios tan vitales para la investigación de estos juicios, como son las pericias médicas. Por ello, un requisito esencial, tanto en vista del trato de la víctima, como de la eficacia del proceso, es contar con funcionarios de salud competentes, capacitados y disponibles para participar en ciertas etapas del juicio, colaborando con la acusación.

Una víctima que no cuenta con un buen examen médico al momento de acudir al centro asistencial es perjudicada, al menos, de dos maneras diferentes: perdiendo evidencia relevante y haciendo necesario que el examen sea practicado por un médico competente con posterioridad, lo que se denomina un “segundo peritaje”, con los costos en término de victimización que ello conlleva, si se tiene en cuenta lo incómodos que resultan este tipo de exámenes.

Otro asunto relevante es contar con espacios especialmente habilitados para la atención de estas víctimas, que aseguren la privacidad necesaria y que las aleje de la exposición frente a otros pacientes que puedan estarlas observando.

c) *Servicios médicos legales*

En general, estos organismos, que cuentan con funcionarios especializados, no están disponibles en todo el territorio, ni funcionan a toda hora. La recomendación, a este respecto, es ampliar lo más posible la cobertura espacial y temporal de este tipo de atención, pues de ser otorgada en primera instancia, hace innecesario tener que reiterar los exámenes con posterioridad.

d) *Fiscalía*

Es conveniente contar con fiscales especializados en la investigación de este tipo de delitos, pues requieren de una forma especial de investigación criminal, como ya se ha visto.

Particularmente importante es la realización de la entrevista que hace el fiscal a la víctima, a fin de obtener antecedentes de la comisión del delito. Un fiscal que no cuente con la formación suficiente para hacerlo, corre el riesgo de victimizar a la denunciante, o bien, de no extraer de la mejor forma la información que pretende obtener.

- ¿Es conveniente que intervenga en la entrevista un especialista?

Ello dependerá de la capacitación del fiscal al respecto. Si cuenta con los elementos necesarios para llevarla correctamente adelante, no es necesario. Por el contrario, si se siente inseguro/a, especialmente cuando se trata de víctimas menores de edad, es conveniente que se apoye en otro tipo de profesionales, como psicólogos.

- ¿Es útil filmar la entrevista?

Otro aspecto que perjudica a una víctima de delito sexual es la necesidad de reiterar una y otra vez el relato de los hechos, en cada una de las etapas que hemos ido enumerando. Por esa razón, puede ser conveniente filmar la entrevista que se realiza en la fiscalía, con el objeto de que no sea necesario repetir el relato, incluso en el juicio oral. Sin embargo, sobre este punto hay que decidir si una entrevista filmada tiene el mismo poder de persuasión que una entregada en directo. Finalmente, una entrevista bien hecha, filmada, incluso puede servir de base para que un perito sicólogo evalúe la veracidad del relato, sin necesidad de hacer que la víctima vaya nuevamente sobre él.

e) *Audiencias orales*

Por último, otro espacio en que la víctima puede verse vulnerada en su integridad es durante su intervención en el juicio, especialmente por el hecho de enfrentarse al imputado.

Existen diversas medidas que pueden adoptarse para mitigar las consecuencias negativas de la decisión de declarar en juicio:

1. Que la víctima sea asistida por personal de la Unidad de Víctima del Ministerio Público, si la hubiere. Como se ve más adelante

en este capítulo, el apoyo y compañía de profesionales psicólogos o asistentes sociales en este tipo de instancias, ayudan mucho a que la víctima soporte de mejor modo este trámite. De no existir instancias como ellas, es posible establecer relaciones con otros organismos públicos o con organizaciones no gubernamentales que puedan ser de asistencia. Por lo demás, no hay que perder de vista que desde la perspectiva del éxito de la investigación, es absolutamente fundamental contar con una víctima que colabore y que pueda asistir al juicio a declarar, por lo que aquí, los intereses de protección de la víctima y del éxito de la investigación se encuentran profundamente entrelazados.

2. Cuando se trata de víctimas menores de edad, es conveniente adoptar medidas especiales de resguardo, como que los testigos menores de edad solo sean interrogados por un juez, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio.
3. Una medida, ya no legal, pero sí de la práctica judicial, que se ha implementado en ocasiones, especialmente cuando se trata de menores de edad, es la de que estos declaren en una sala contigua a la de desarrollo el juicio, por medio de un circuito cerrado de televisión, o bien, que lo hagan tras un biombo, con el objeto de que no se expongan ante el imputado.

Unidades de atención de víctimas y medidas de protección

Una experiencia exitosa en orden al tratamiento de las víctimas por el sistema criminal, es la creación de las Unidades de Atención a Víctimas y Testigos, dependientes del Ministerio Público. Estas unidades de apoyo están integradas por abogados, psicólogos y asistentes sociales.

Es conveniente, sin embargo, hacer hincapié en que la derivación a estas Unidades se haga tan pronto como sea posible, para que no sean utilizadas con el único fin de apoyar la declaración de la víctima en el juicio, dejando de lado el objetivo de protección general que deben brindar estas instituciones.

Medidas cautelares

Como se sabe acerca de los componentes del debate sobre la prisión preventiva, un aspecto importante a ser discutido es lo que dice relación a la necesidad de cautela. Así, se señaló que el contenido específico de la alegación que el acusador debe formular está deter-

minado por la legislación de cada país, pero siempre debe primar un debate orientado a combatir una cierta cultura legal que tiende interpretar las causales de modo rígido, como reglas de aplicación automática, en el que a partir de un elemento, como el monto de la pena o la existencia de antecedentes previos, se deriva como consecuencia directa la procedencia de la prisión preventiva.

El contexto en que se cometen generalmente los delitos sexuales, especialmente cuando se trata de menores de edad, impone la exigencia de incorporar elementos especiales en el debate acerca de la imposición de la prisión preventiva. Sin embargo, de los antecedentes disponibles, se sigue que en materia de criminalidad sexual, suelen seguirse los mismos parámetros que en cualquier otro tipo de delito, lo que limita las posibilidades de empleo de prisión preventiva, u otra medida cautelar, para brindar mayores grados de protección a la víctima.

Veamos un ejemplo. En Chile, el Código Procesal Penal, en el artículo 140, establece como requisito para ordenar la prisión preventiva, en relación a la necesidad de cautela:

- c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido. Se entenderá que la prisión preventiva es **indispensable para el éxito de la investigación** cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. Para estimar si la libertad del imputado resulta o no **peligrosa para la seguridad de la sociedad**, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataban, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla. Se entenderá que

la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que este realizará atentados graves en contra de aquel, o en contra de su familia o de sus bienes.

Pues bien, en el marco de los estudios de seguimiento sobre el impacto de las reformas procesales penales en estos delitos, se pudo constatar que generalmente prima un criterio rígido, como el que se comentaba, alejado de un debate concreto, orientado a las especificidades que plantea el contexto en el que estos delitos se cometen.

Así, al preguntar a los jueces de garantía sobre los criterios para decretar medidas cautelares cuando se trata de estos delitos, distinguían principalmente entre delitos cometidos contra menores de edad y mujeres adultas, y si se trata de violación u otro delito sexual³⁰⁹.

Tratándose de violación, por regla general, los jueces manifiestan que los fiscales casi siempre solicitan la prisión preventiva y ellos la conceden, en atención a la gravedad del delito. Otra razón que los jueces esgrimen para decretar la prisión preventiva cuando se trata de menores de edad, es el impacto social de estos delitos. Llama la atención que en este tipo de casos jueces y fiscales insistan en argumentar sobre la base de la causal “peligro para la seguridad de la sociedad”, de acuerdo a los rígidos criterios legales, y no ensayen lo que lógicamente parece ser la causal más obvia, el peligro para la seguridad de la víctima, especialmente si se toma en cuenta que la mayoría de los delitos sexuales se cometen por personas cercanas a esta.

Cuando se trata de los **otros delitos sexuales**, generalmente señalan no decretar prisión preventiva, sino alguna de las otras medidas cautelares, especialmente, aquí si lo indican, medidas que alejen a la víctima del agresor, típicamente abandono del hogar común o prohibición de acercarse a la víctima.

Lo correcto es hacer un análisis concreto desde la gravedad del delito y especialmente de la situación de vulnerabilidad de la víctima, pero ello impone aún desafíos importantes para los sistemas. Así, por ejemplo, para evaluar la medida adecuada y la necesidad de esta, se constató que los jueces no siempre manejan el criterio de “evaluación del riesgo” en este tipo de casos.

³⁰⁹ Casas y Mera, op. cit. pp. 53-65.

IV. JUICIO ORAL Y SALIDAS ALTERNATIVAS EN CAUSAS POR DELITOS SEXUALES

Cada una de las legislaciones de nuestros países ofrece, en mayor o menor medida, formas diversas de término de los delitos que conoce. Ello, en oposición a las limitadas alternativas de respuesta de los sistemas inquisitivos, que se reducen básicamente a sobreseimiento o sentencia (condenatoria o absolutoria). En esta sección abordaremos otro tipo de términos, los que dicen relación con soluciones “de fondo” ofrecidas por el sistema.

Estas diversas modalidades de término imponen una serie de desafíos de implementación y suponen discusiones sobre su legitimidad y diseño, sus requisitos y énfasis, etc. Todas estas aristas reservan una discusión aún más particular cuando se trata de delitos en que las mujeres son las principales víctimas, como es el caso de los delitos sexuales. Así, existen diversas interrogantes que deben ser resueltas, como por ejemplo ¿es aconsejable una salida alternativa en este tipo de causas, o ello representa una justicia de segundo orden que ayuda a perpetuar la discriminación de la mujer?, ¿deben primar los intereses del estado en la persecución penal, o bien, la voluntad de la víctima para decidir si lleva su caso a juicio o no, porque esta sabe lo que es más beneficioso para ella?, ¿existen diferencias cuando se trata de mujeres adultas y menores de edad?, ¿con qué tipo de solución se protegen mejor los intereses sociales de persecución en estos delitos?, ¿en qué circunstancias la fiscalía actúa correctamente cuando opta por una salida alternativa, o bien, cuando lleva el caso a juicio oral?, ¿qué situaciones deben incidir en esa decisión?, ¿son las mismas que en cualquier tipo de delito?, etc.

Antes de tomar en cuenta la regulación normativa de cada país, a objeto de establecer si es posible que un delito sexual pueda ser resuelto mediante una salida alternativa a un juicio, es importante contestar la pregunta acerca de si es conveniente o no que este tipo de soluciones se apliquen en este tipo de casos.

Respecto a esto, existen dos visiones contrapuestas. En primer término (y ligada en general a algunas corrientes feministas) la que indica que esto no es posible, pues ello implica renunciar a la herramienta más fuerte del derecho penal, el juicio y la prisión, justamente en estos delitos, dando la señal de que las mujeres, “nuevamente”, son discriminadas por el sistema penal.

De otra parte, existe un cúmulo importante de experiencias comparadas y exitosas (desde el punto de vista del sistema y de la víctima) de

modelos de mediación y salidas alternativas para víctimas de delitos violentos, entre ellos, los sexuales. En estas experiencias, las víctimas valoran la posibilidad de adentrarse en un espacio adecuado para avanzar de mejor forma en la realización de sus intereses, como también, la oportunidad de obtener eventualmente una reparación material.

Dado el histórico deficiente resultado del derecho penal respecto a este tipo de conflictos y víctimas, si se toman las precauciones adecuadas y se cuenta con personal capacitado, los espacios alternativos pueden ofrecer un escenario atractivo de solución, incluso respecto de delitos graves. Especialmente, en la perspectiva de contar con un agresor que reconozca su responsabilidad, frente a una víctima que pueda ser asistida para lograr enfrentar la situación y ser gestora de la solución de su conflicto. Por lo demás, el discurso que limita las alternativas en el proceso penal no es generalmente el que representa a las voces de las víctimas en particular, pues al restringir esas vías, la mayor de las veces las perjudica, ya que el mayor rigor prometido a cambio nunca llega, por todas las dificultades de persecución y prejuicios que enfrentan los actores del sistema en la investigación de estos casos, lo que las deja sin participación y sin respuesta alguna.

Más bien, habría que fijar condiciones para que estos procesos alternativos, cuando sean recomendables, se llevaran de manera adecuada, exigir los recursos necesarios para que eso ocurra y también las reformas legales idóneas para lograrlo.

Los sistemas reformados, como ya se señaló, incorporan salidas alternativas, pero en general, no cuentan con procedimientos especiales para tratar de manera adecuada estos casos. Por eso, debe ser un esfuerzo de las instituciones involucradas el ir fijando estándares que permitan utilizar de una manera idónea estas salidas, como también, deben invertirse los recursos necesarios para esto, con el objeto de que no representen una salida fácil de término, para aquellos casos en que se hace difícil ir a juicio por la incertidumbre de obtener una condena, dejando de lado completamente los intereses y satisfacción de la víctima.

1. Salidas alternativas ¿cuándo es posible terminar el caso por una salida alternativa?

Diferentes consideraciones pueden tenerse en cuenta al momento de decidir si una causa debe ser resuelta mediante una salida alternativa, o bien, por un juicio. Cada caso debe ser examinado de manera

particular, pero existen ciertos parámetros que deben observarse, a objeto de que esta decisión sea la más idónea y, especialmente, no perjudique los intereses de la víctima.

1.1. Requisitos y límites de la legislación

Una primera cuestión consiste en hacer un examen normativo sobre los requisitos y límites de la legislación sobre las posibilidades de llevar adelante una solución como esta, tratándose de un delito sexual. Por ejemplo, el Código Procesal Penal chileno contempla dos salidas alternativas al juicio, suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios. Sobre estos últimos, el artículo 241 señala que solo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos. La jurisprudencia ha entendido unánimemente que cuando se trata de delitos sexuales no es posible hacer un acuerdo reparatorio, pues no entran en ninguna de las hipótesis establecidas por la norma.

1.2. Solución idónea

Las salidas alternativas no son solo un mecanismo de descongestión del sistema, sino que pretenden dar una solución más adecuada para el caso de lo que podría ser un juicio, en vista a diferentes consideraciones, como por ejemplo, el tipo de delito del que se trate, el hecho de ser el imputado primerizo, la posibilidad o conveniencia de indemnizar a la víctima, etc. Por tanto, por las particularidades que presentan los delitos sexuales, es necesario evaluar la conveniencia, en cada caso en particular, de aplicarla o no.

De acuerdo a lo anterior, un primer criterio para acordar una salida alternativa es evaluar si ofrece una solución pertinente para el caso. Así, por ejemplo, tratándose de un abuso sexual a una menor de edad, en que la pena a ser aplicada no implique privación de libertad para el ofensor, puede ser más conveniente, en casos determinados, que no se lleve el caso a juicio, pero se acuerde en cambio que el agresor deba salir del hogar común y se obligue a financiar ciertos gastos de la víctima que hayan sido consecuencia de la comisión del delito, como una terapia psicológica.

1.3. Evaluar los intereses de la víctima

En general, los derechos de la víctima en los sistemas acusatorios se expanden frente a los reconocidos por los sistemas inquisitivos.

Dentro de estos derechos, se encuentran el de información sobre las actuaciones del proceso, el de reparación, intervención, etc. Por lo anterior, los sistemas reformados deben tender al reconocimiento de estos derechos, más aún cuando se trata de este tipo de causas, en que la víctima sufre una serie de efectos dañinos que involucran su integridad física, psíquica, etc.

Lo que pueda opinar una víctima de una violación en cuanto a la forma de término del caso no es comparable a lo que ocurre en un hurto o en el tráfico de drogas y los sistemas de persecución criminal deben ser capaces de hacerse cargo de estas particularidades. En este sentido, la Convención de Belém do Pará, dispone que los Estados deberán establecer procedimientos legales, justos y eficaces para la mujer que haya sido víctima de violencia, los que incluyen un juicio oportuno y el acceso efectivo a los procedimientos. Asimismo, establece la obligación de crear mecanismos judiciales y administrativos que aseguren a la mujer el acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño y otros medios de compensación justos y eficaces.

Así, el Estado, a través de sus organismos de persecución, debe asegurar a la víctima de este tipo de delitos resarcimiento, reparación y cualquier otro medio de compensación justo y eficaz, todas circunstancias que imponen que, respetando los diseños legales, la víctima no sea pasada a llevar en sus intereses.

En cuanto a este punto, pueden darse dos escenarios:

- Que la víctima quiera ir a juicio con su caso y el fiscal no quiera
- Que la víctima prefiera una salida alternativa, pero el fiscal se oponga y quiera llevar el caso a un juicio oral.

Sobre el primer punto ahondaremos más adelante, cuando se analicen las motivaciones de los sistemas para no llevar las causas a juicio.

Sobre lo segundo, esto es, cuando la víctima prefiera una salida alternativa por sobre un juicio, creemos que hay que hacer una primera distinción entre los casos que involucran a víctimas mayores y menores de edad.

- Cuando se trata de mujeres adultas, en principio, el sistema debería estar más abierto a dar cabida a la voluntad de la víctima, especialmente tomando en cuenta su autonomía, siempre y cuando se tomen los resguardos necesarios (evaluación judicial,

apoyo psicológico, evaluación de riesgo de nuevos atentados, etc.) para asegurar que esa voluntad no ha sido forzada.

- Por el contrario, cuando se trata de menores de edad, la obligación del Estado de proteger los intereses del niño importa un comportamiento especial, pues estos delitos se cometen en su gran mayoría al interior de la familia, o en el entorno más cercano del niño, lo que obliga a hacer una evaluación que tome en cuenta esta situación, más allá de los intereses declarados del niño o su madre, pues muchas veces los familiares encubren los delitos cometidos intrafamiliarmente.

Además, las condiciones u obligaciones impuestas por la salida alternativa deben hacerse cargo de resolver adecuadamente el conflicto, en la medida de que lo que se está ofreciendo es una “alternativa” al juicio, alternativa que debe dar una mejor respuesta que este para la solución del caso.

Por último, las prestaciones impuestas por la salida alternativa no deben perpetuar prejuicios en contra de las mujeres, como tradicionalmente se ha tendido a hacer por los acuerdos de conciliación de faltas de naturaleza intrafamiliar. Así, por ejemplo, en el caso de una agresión sexual al interior de una pareja, o bien, de un padre a su hija, no se pueden imponer soluciones condicionadas al “buen comportamiento de la víctima”, en la idea de que esta no debe seguir “provocando” al agresor, o bien, fijando determinados comportamientos obligatorios para el agresor como por ejemplo “invitarla a comer” y resolver de esa manera la falta.

Finalmente, debe existir un sistema de control que permita hacer factible que estas medidas se apliquen, por la certeza de que el incumplimiento de las condiciones o prestaciones impuestas serán sancionadas.

2. Juicio ¿cuándo ir a juicio oral?

Dentro del universo de casos conocidos por el sistema, un mínimo porcentaje es resuelto en un juicio oral. Ello no es diferente para los delitos sexuales.

En Ecuador, por ejemplo, en el período comprendido entre el mes de septiembre de 2002 y septiembre de 2003, solo se dio una respuesta en un 28,47% de las denuncias presentadas en el período. Si se con-

sidera ese universo como un 100%, solo un 2,69% de las causas termina en una sentencia (condenatoria o absolutoria).

Sin embargo, por la gravedad y connotación social de estos delitos, es esperable que justamente en este tipo de casos, al menos los que revisten una mayor gravedad, el juicio oral sea una alternativa más idónea de término.

Se ha podido constatar en las evaluaciones de los sistemas reformados que el porcentaje de juicios respecto de delitos sexuales aún es bajo, por lo que se hace relevante examinar cuáles son las razones que inciden en esta baja tasa, como también, en las condiciones que harían posible que el número de juicios aumente.

Las razones de esta baja tasa son diversas y responden generalmente a tres causas:

1. Criterios restrictivos del Ministerio Público en cuanto a los delitos que llevan a juicio
2. Estándares judiciales de los tribunales orales para condenar en este tipo de casos
3. Deficiencias del sistema para generar antecedentes que puedan ser utilizados como prueba en el juicio, particularmente de peritajes.

Revisemos a continuación cada una de estas causas:

1. En cuanto a los criterios restrictivos, existe una tendencia de parte de muchos fiscales del Ministerio Público a llevar a juicio oral solamente aquellos casos en que consideran que no existe mayor riesgo de perder. Si bien en principio es razonable que el Ministerio Público, al ser el impulsor de la investigación, decida llevar a juicio solamente aquellos casos en que estime que pueda obtener una condena, utilizando para los demás casos las otras formas de término que contempla el nuevo sistema. Sin embargo, cuando se trata de delitos sexuales ello es problemático, pues la certeza de obtener una condena, por las características de los delitos, disminuye. Es muy cuestionable que las consideraciones del fiscal para ir a juicio recaigan en estos casos exclusiva, o de manera determinante, en la mayor o menor perspectiva de ser ganado, más que en la gravedad de los hechos investigados, pues el interés de obrar sobre seguro no empuja a la institucionalidad a resolver en forma más adecuada estos delitos, que por su na-

turalidad, son distintos al resto. Sobre este punto, se distinguen diversos factores que influyen en las decisiones de las fiscalías:

En primer término, esta situación es más problemática cuando los criterios utilizados para determinar si existen antecedentes suficientes dicen más acerca de criterios de selección que implican discriminación de género, que a una objetiva evaluación sobre los antecedentes del caso. Otro aspecto relacionado a ello es lo que ya abordamos en la evaluación que hace la fiscalía sobre la retractación de una víctima luego de hacer la denuncia.

Otro factor que puede incidir en una baja cantidad de juicios es que cuando se trata de delitos sexuales, los fiscales sobreestiman la calidad y cantidad de prueba con que deben contar para ir a juicio. Por ejemplo, para algunos fiscales el nivel adecuado de prueba excluye a los casos de violación si no se cuenta con pruebas biológicas que permitan determinar la identidad del hechor. Por lo tanto, si carecen de ella, renuncian a ir a juicio. El problema es que si se sigue esta consideración, se hace muy difícil poder lograr una condena en los casos de violación bucal, por ejemplo, ya que en esa situación generalmente desaparecen las muestras a ser analizadas rápidamente.

Como las capacidades de nuestros sistemas para producir este tipo de pruebas muestran serios déficits, los fiscales deben arriesgar más, sin necesariamente contar con prueba que el sistema se encuentra incapacitado de producir.

Otra consideración que se puede esgrimir para no ir a juicio, de parte de la fiscalía, dice relación con la victimización que pueda sufrir la afectada, precisamente por intervenir en el juicio. Sobre este punto, si los fiscales cuentan con medios para paliar la victimización y la víctima puede participar sin mayores perjuicios, no parece una justificación razonable, por lo que debería restringirse a casos graves, tomando especialmente en cuenta la opinión de la víctima, sin predeeterminar cuáles casos se estiman más dañinos que otros.

Un último aspecto tiene que ver con la credibilidad que se le otorga a la denuncia de la víctima. Las evaluaciones muestran que cuando se trata de víctimas mujeres, y más mientras mayores son, aumentan los cuestionamientos sobre la veracidad de su relato.

Por ejemplo, una fiscal entrevistada en los estudios de seguimiento, señaló que se demoraba más la decisión de seguir adelante con una

causa si las víctimas son adultas, aunque no se cuestionara necesariamente el relato, pues si el atacante era una ex pareja, el Tribunal podría estar menos llano a dar por cierta la agresión en un juicio.

Estas situaciones son conflictivas ya que muchas veces redundan en la impunidad de las conductas, pero además porque tradicionalmente reacciones como estas, de desconfianza, han repercutido en que las víctimas se inhiban de denunciar atentados sexuales.

En la medida de que estos criterios se perpetúen, es probable que la inhibición también continúe y se mantengan altas tasas de delitos sin ser denunciados.

Sobre este punto, las fiscalías tienden a tener dos respuestas:

1. No le creen a la víctima su relato y desestiman el caso
2. Creen en el relato, pero necesitan afirmar la veracidad con numerosos peritajes de veracidad.

Sin embargo, ambas respuestas son problemáticas.

1. En cuanto a lo primero, a nuestro juicio, el fiscal debe hacer un examen de credibilidad de los dichos de la víctima similar al que hace ante cualquier denunciante. Debe, por tanto, determinar si la denuncia tiene plausibilidad (si no hay contradicciones importantes, etc.), pero no introducir en su análisis para descreer del relato elementos discriminatorios, como por ejemplo, el hecho de que la denunciante haya tenido relaciones sexuales previas, que el denunciado sea su pareja o ex pareja, o que el hecho se haya producido luego de un primer acercamiento voluntario de la víctima al agresor, como por ejemplo, luego de haberse conocido en un bar o en una fiesta.

Si la denuncia es plausible, aunque por el contexto de la víctima o de los hechos, al fiscal le parezca difícil de sostenerla en un juicio, especialmente atendiendo a los estándares del Tribunal, estimamos que la víctima tiene derecho a que su pretensión sea “probada” en un juicio, corriendo ella con los costos que una sentencia perjudicial le pudieren ocasionar.

2. En cuanto a lo segundo, esto es, la exigencia de presentar en todos los casos, y muchas veces más de un peritaje de veracidad, existen varios problemas.

En primer término, no todos los casos son iguales, hay víctimas más o menos creíbles y por lo tanto, que necesitan un apoyo de su relato más o menos fuerte. El tema aquí es que el peritaje no puede convertirse en un requisito “automático” para validar a cualquier víctima, pues por una parte a veces está de más, pero por la otra, al automatizarse, pierde la fuerza que pueda tener en un caso particular, pues se transforma en un mero trámite (“todas” las víctimas cuentan con peritajes de veracidad).

Ello, especialmente si se toma en cuenta que en los países que cuentan con procesos acusatorios consolidados, como EE.UU. o Canadá, se cuestiona fuertemente la validez científica de este tipo de pruebas. En esos contextos, los peritos son fuertemente interrogados y contrainterrogados acerca de su experticia y la metodología que los ha hecho arribar a sus conclusiones. Nada de ello ocurre generalmente en nuestro medio, pues en primer término no existen suficientes expertos capaces de realizar seriamente estos peritajes, pero además, no son interrogados por las partes de manera adecuada ni menos evaluados por los jueces en cuanto a su experticia.

Por tanto, el tema de credibilidad de la víctima debe resolverse generalmente apartando cualquier elemento de prejuicio que pretenda restar validez a un relato por razones que correspondan a discriminaciones de género. Siendo un relato creíble desde ese punto de vista, el fiscal debe evaluar si por circunstancias especiales esa víctima debe tener como apoyo de su relato un peritaje. Por último, no se ve la necesidad de presentar más de un peritaje en ese sentido, porque la acumulación de prueba de este tipo no debería sumar más credibilidad a la víctima.

BIBLIOGRAFÍA

- Amnesty International, “Stolen sisters. Discrimination and Violence against Aboriginal Women in Canada”. 2004. En: <http://www.amnesty.ca/stolensisters/amr2000304.pdf>
- Benedet, Janine. “Hostil environment sexual harassment claims and the unwelcome influence of the rape law”. *Michigan Journal of gender and the Law*. Vol.3 1995-1996
- Biblioteca del Congreso Nacional Chile. Historia Fidedigna de la Ley 20.005. En <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20005/HL20005.pdf>> Visitado el 13 de abril de 2010.

- Casas, Lidia y Mera, Alejandra. "Delitos sexuales y lesiones. Violencia de Género. En http://www.pasa.cl/biblioteca/Delitos_Sexuales_y_Lesiones._La_violencia_de_genero_en_la_reforma_proc.pdf
- Casas Lidia, Armisen María José, Dides Claudia, et al. La Defensa en los casos de Violencia intrafamiliar, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2006. En: <http://www.defensoriapenal.cl/estandares/genero.php>.
- Casas Lidia, Riveros Francisca y Vargas Macarena. Violencia de Género y Administración de Justicia. Mimeo. Informe de Investigación Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2010.
- Comité de la Convención de la Mujer, Recomendación General N° 19 del Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 11ª Sesión, 1992. En <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>.
- CortelDH, González y otras v. México (Campo Algodonero, 16 de noviembre de 2009 para. 114-121. En http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Crenshaw, Kimberle. "Mapping the margins: intersectionality, Identity Politics and violence against women of color". Stanford Law Review. 1991
- Diez Andrea y Herrera Kenia, El tratamiento Violencia contra las mujeres Tratamiento por parte de la justicia penal de Guatemala. Informe Final de Guatemala. En: http://www.cejamerica.org/doc/proyectos/informe_guatemala.pdf
- Du Month Janice, Miller Karen-Lee and Myrth Terri, "The role of 'real rape' and 'real victim'Stereotypes in Police Practices of sexually assaulted women", Violence Against Women, April 2003.
- Ministerio de Justicia de Chile, Servicio Médico Legal "Anuario estadístico 2005". Santiago, 2007
- Organización de Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

- Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derecho Humanos. "El acceso a la Justicia de las mujeres víctima de violencia en las Américas". OEA/Serv.L/V/I. Doc 68 2007. En: <http://www.cidh.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>.
- Organización Mundial de la Salud, Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y la violencia doméstica., Ginebra, 2005. En: http://www.who.int/gender/violence/who_multicountry_study/summary_report/summaryreportSpanishlow.pdf
- Simón, Farith con la colaboración de Lidia Casas, Evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una perspectiva de Género. Informe Comparativo, Centro de Justicia de las Américas, noviembre 2004. En: <http://www.cejamericas.org/doc/informes/ceja-comparativo-genero3.pdf>.
- Sheehy, Elizabeth. "Legal responses to violence against women in Canada". En McKenna, Katherine and Luskin, June "Violence Against Women. New Canadian perspective". Toronto 2002.
- Sheehy Elizabeth, "Canadian Judges and the law of rape: should the Charter insulate bias?", *Ottawa Law Review*, Vol. 21, 1989.
- Torres Verónica, "Directora de documental sobre Caso Alto Hospicio: "Mientras las suponían vivas fueron las perras cochinas que se acostaban por plata", 7 de abril, *The Clinic*. En: [http://www.theclinic.cl/2010/04/07/veronica-quense-directora-de-documental-sobre-los-crimenes-de-alto-hospicio-\"mientras-las-suponian-vivas-fueron-las-perras-cochinas-que-se-acostaban-por-plata\"/](http://www.theclinic.cl/2010/04/07/veronica-quense-directora-de-documental-sobre-los-crimenes-de-alto-hospicio-\)
- Welsh Sandy, Carr Jacquie, McQuarrie Barbara, Huntley Audrey, 'I'm not thinking of it as sexual harassment': Understanding harassment across race and citizenship, *Gender and Society*, Vol. 20 N° 1, 2006.
- Zaffaroni, Eugenio. "Las mujeres y el poder punitivo". En "Vigiladas y Castigadas". CLADEM. Lima 1993.



