

Isabel Agatón Santander

Abogada. Magister en Derecho
Directora del Centro de Investigación en Justicia y
Estudios Críticos del Derecho -CIJUSTICIA

Reinventando la justicia: Justicia de Género, un asunto necesario*

* Extracto del capítulo final del libro *Justicia de género: un asunto necesario*, de Isabel Agatón Santander, en proceso de publicación, 2012.

“Durante miles de años, las mujeres han estado sentadas en casa, de modo que las paredes mismas están ahora impregnadas de su fuerza creativa. Y tanto sobrepasó esa fuerza la capacidad de los ladrillos y de la argamasa, que necesita forzosamente adherirse a la pluma y los pinceles, los negocios y la política. Ese poder difiere mucho, sin embargo del poder creativo de los varones. Y debemos concluir que sería muy lamentable verlo inhibido o malgastado, porque es la conquista de siglos de una durísima disciplina, y no hay nada que lo remplace. Sería una terrible lástima que las mujeres escribieran como los varones porque si dos sexos son ya bastante poco, considerando la vastedad del mundo, ¿Cómo nos las arreglaríamos con uno sólo?”

Virginia Woolf, *Una habitación propia*

La Justicia de Género es una apuesta para superar los obstáculos que enfrentan las mujeres para acceder a la justicia, inspirada en las principales críticas feministas al derecho y en el reconocimiento de su potencial emancipatorio. En este escenario el análisis de la jurisprudencia se constituye en uno de los mecanismos para crear conciencia en torno a la mirada crítica del derecho y para denunciar sus contradicciones, falta de coherencia, neutralidad y completitud.

En Colombia las principales transformaciones del derecho, orientadas a la eliminación de la desigualdad y subordinación de las mujeres, a la superación de los obstáculos para acceder a la justicia y a la reparación y restablecimiento de sus derechos, han sido

resultado de un importante protagonismo del activismo feminista. Dichas transformaciones, además de introducir nuevos elementos de interpretación de los derechos de las mujeres, crean y reclaman una atmósfera comprometida con una renovada enseñanza del derecho y con una nueva y revolucionaria praxis jurídica. La enseñanza del derecho debería considerar las principales críticas feministas a la teoría, a las instituciones y a los métodos de enseñanza y análisis jurídico con el fin de promover nuevas y distintas formas de acercarse al derecho, cuestionarlo y de aplicarlo.

Una de las estrategias para la consolidación de una *justicia de género* en Colombia está en la formación de estudiantes de esa disciplina a través de la incorporación de los estudios feministas críticos del derecho en la facultades de derecho; en la puesta en marcha de dispositivos permanentes de entrenamiento dirigidos a jueces-as y magistrados-as, fiscales, orientados a reconocer la sistemática historia jurídica y política que negó la libertad, la ciudadanía, la dignidad y la autoridad a las mujeres, dirigida a identificar la existencia y persistencia de prejuicios y estereotipos en las normas y decisiones judiciales. Procesos de formación destinados a reconocer tanto la complicidad del derecho con la desigualdad como la posibilidad emancipatoria y por lo tanto correctiva del derecho.

Toda estrategia de formación dirigida a autoridades con competencia en derechos de las mujeres tendrá que partir de una mirada crítica capaz de identificar los estereotipos que contribuyen al mantenimiento de la desigualdad, la discriminación y la violencia, en las normas y en los fallos judiciales; nombrarlos y proponer alternativas para resolverlos; tendrá que contribuir a la identificación de las múltiples formas en que las mujeres se encuentran en situación de desigualdad atravesada por diversas circunstancias (edad, etnia, clase, situación de desplazamiento, educación, ubicación geográfica, condición de discapacidad, entre otras); tendría que nombrar y contribuir a remover los obstáculos que enfrentan las mujeres para acceder a la justicia, entre los que se encuentra el carecer de una representación especializada en asuntos de género.

Dichas estrategias de formación tendrían que develar el análisis de los estereotipos de género y contribuir en la generación de estrategias para superar la presencia de los obstáculos que enfrentan las mujeres para acceder a la justicia, así como la identificación de los perjuicios, los daños y las consecuencias de su mantenimiento. El uso que hacen jueces y juezas de la discrecionalidad ha representado un papel importante en la institucionalización y perpetuación de los estereotipos sexuales. Los análisis sobre la presencia e institucionalización de estereotipos de género perjudiciales deben hacerse en relación con las mujeres y los varones puesto que en lo que tradiciones y prácticas culturales significa una *concesión* (libertad sexual) para el género masculino, implican una *prohibición (restricción sexual)* para el género femenino; un *atributo* (fuerza) para los varones resulta un *defecto* (hombria) para las mujeres. Esa asignación de valor positivo para los varones y negativo para las mujeres significa reconocimiento en un caso y detrimento en el otro, al punto que roles de cuidado tradicionalmente considerados como exclusivamente *femeninos*, se entienden negados absolutamente para los varones, es decir, para lo que la cultura tradicionalmente ha definido como masculino.

Identificar las condiciones estereotipadas que enfrentan las mujeres en distintas áreas del derecho -como el derecho de familia en casos específicos de *divorcio*, en el derecho penal en casos de *violencia sexual* en que aspectos como la *fuerza*, el *pasado sexual de la víctima*, el *honor* se interpretan en muchos casos a favor del agresor y en contra de la víctima-, es el primer paso para eliminarlas.

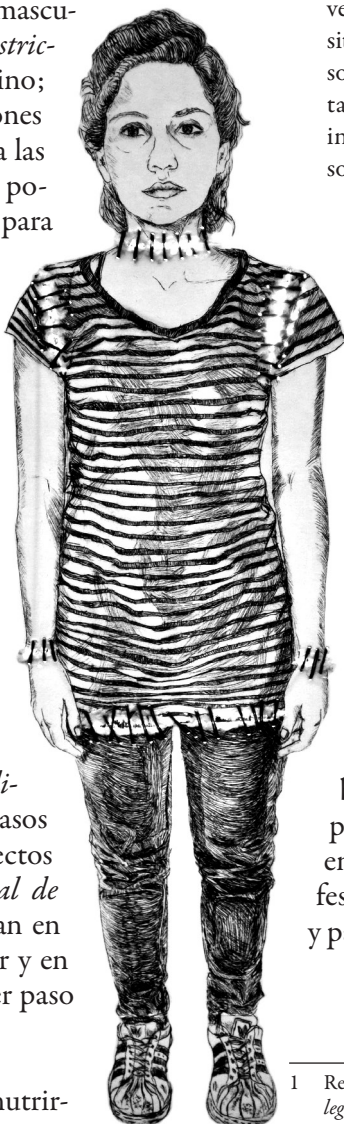
Estrategias como ésta podrían nutrirse de herramientas orientadas a crear

guías para evitar la estereotipación, su reproducción y perpetuación en las decisiones judiciales. Recuerde que los

“Estados Partes son responsables bajo el derecho internacional por violaciones a los derechos humanos cometidas por sus cortes al igual que por las faltas de otras ramas del poder público. Los jueces y las juezas están obligados a implementar el derecho internacional de los derechos humanos, incluso cuando gozan de inmunidad personal en algunos ordenamientos jurídicos”.¹ Las decisiones judiciales pueden constituirse en un medio para perpetuar los estereotipos de género. Estas decisiones no sólo niegan los derechos de la mujer que lleva su caso ante una corte sino que a la vez degradan a las mujeres que se encuentren en una situación similar, al perpetuar los estereotipos lesivos sobre el subgrupo de mujeres al que pertenece. Por lo tanto los estereotipos de esta naturaleza crean daños individuales y colectivos que frustran el compromiso social con la justicia.²

La enseñanza del derecho y los procesos de formación de las escuelas judiciales, tendrían que empezar por incorporar una historia que dé cuenta de la responsabilidad del derecho en el mantenimiento de la desigualdad de las mujeres, en los efectos de la tardía ciudadanía, en lo perverso de figuras como la tarifa legal probatoria, en la que el testimonio de dos mujeres equivalía al de un varón.

Una nueva enseñanza del derecho tendría que partir del análisis crítico de causales de justificación como la *ira* o el *intenso dolor* cómplices con el feminicida; tendría que interrogarse por la prevalencia de la moral y las buenas costumbres que excluía de protección penal a las mujeres en ejercicio de la prostitución en casos de violación y que sanciona toda manifestación que atenta contra el orden heterosexual y patriarcal que defiende y sobre el que se sustenta.



1 Rebecca J. Cook & Simone Cusack, *Estereotipos de género, perspectivas legales transnacionales*. Publicado en español por Profamilia, 1997. p. 114

2 *Ibidem*, p. 114.

La *nueva* enseñanza del derecho tendría que afirmar la capacidad crítica de los y las estudiantes, futuros jueces y juezas, magistrados y magistradas, legisladores y legisladoras; tendría que incluir o contemplar dentro de sus cánones la enseñanza del litigio internacional de los derechos humanos de las mujeres. Estaría obligada a ver críticamente los estatutos del derecho, los procedimientos de análisis de prueba y las jurisdicciones.

En materia penal algunas causales de justificación y antijuridicidad vistas desde la perspectiva de género, tendrían que valorar hechos o circunstancias como la *indefensión aprendida* (entendida como la incapacidad de responder a las agresiones), el *ciclo de violencia* como el contexto de repetitivas y sistemáticas agresiones que aumentan cíclicamente y que pueden desembocar en la muerte de la víctima; la mayor vulnerabilidad y el alto riesgo de la víctima al momento y por el hecho de la denuncia.

Los protocolos de investigación forense tendrían que hacer visible la grave afectación producto de una historia de violencia a través de la documentación, de manera que pueda usarse a su favor en aquellos casos en los que las mujeres pasen de ser víctimas a presuntas responsables de homicidio o lesiones personales perpetrados contra sus victimarios.

En materia penal tendrían que aprobarse reformas normativas como la penalización del feminicidio, entendido como el resultado de un continuum de violencias producto del ejercicio del poder patriarcal sobre la vida, la libertad, la sexualidad y el cuerpo de las mujeres. La justicia penal está obligada a responder ante la grave afectación de derechos humanos que sufren las mujeres producto de la violencia basada en género, creando una *Jurisdicción de género* y *Unidad de violencias basadas en género* en la Fiscalía General, competente y específica para investigar el feminicidio, las conductas constitutivas de violencia sexual, la violencia basada en género en relaciones de pareja, la privación de la libertad, las amenazas, el constreñimiento en razón del género o por el hecho de ser mujer como delitos autónomos. Dicha jurisdicción tendría que contar con personal técnico especializado que garantice el acceso de las mujeres

a la justicia y considere las circunstancias históricas de desigualdad así como la especificidad y los efectos diferenciados de sus afectaciones. En esta perspectiva, el sistema penal acusatorio está obligado a corregir la aberrante desigualdad en que se encuentran las mujeres víctimas de violencia basada en género por la ausencia de una representación jurídica especializada y está en la obligación de garantizar su defensa técnica en aquellos casos en los que se les investiga como presuntas infractoras de la ley penal y se les representa como víctimas.

En el campo forense los protocolos de investigación tendrían que ser necesariamente adecuados a la órbita definida internacionalmente en relación con la violencia basada en género - VBG y además tendrían que sujetarse al análisis del *riesgo* de la víctima cuando acude al Estado para denunciar los hechos, de modo que el examen de las evidencias sea lo suficientemente acertado para deducir el tipo de violencia, pero también para determinar la necesidad de protección que la víctima requiere del Estado para evitar que el riesgo se concrete.

En materia de responsabilidad administrativa, debería ajustarse la legislación para sancionar, prevenir y remediar la violencia contra las mujeres que sea producto de una 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 que sea perpetrado o tolerado por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra. En este sentido, y por el carácter prevalente de los tratados en materia de derechos humanos, es importante reiterar la obligación del Estado de aplicar de manera inmediata los principios derivados de la Convención de Belém do Pará y el alcance interpretativo que se deduce del pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los casos del Penal Miguel Castro Castro³ y Maria da Penha Fernandes⁴, así como el precedente de

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, reparaciones y Costas).

4 Comisión Interamericana de derechos humanos, Informe N° 54/01* caso 12.051. María da Penha Maia Fernandes contra Brasil. 16 de abril de 2001.

la Corte Interamericana en el caso de Campo Algodonero⁵, en el sentido de materializar el principio de la debida diligencia por parte de las autoridades como quiera que se constituye en pilar del derecho a la justicia para las mujeres; derecho que no se satisface *solamente* con la existencia de recursos judiciales, sino que requiere para su concreción que éstos sean idóneos, oportunos y eficaces. Desde esta perspectiva, en los procesos de reparación tendrían que analizarse los efectos diferenciales de la violencia para las mujeres en el contexto del conflicto armado y del desplazamiento.

En materia civil, hechos como los relacionados con la investigación de la paternidad, no deberían admitir ni sustancial ni procedimentalmente indagaciones sobre la vida personal e íntima de las mujeres que corresponden a su fuero interno, cuando existen medios probatorios de los que se deduce la certeza del parentesco como la prueba antropoheredobiológica. La jurisdicción civil, en el marco de una Justicia de Género, está obligada a reconocer el aporte económico de la labor reproductiva de las mujeres al momento de disolver una sociedad conyugal o patrimonial, como quiera que constituye un aporte de industria a la sociedad conyugal y cuyo reconocimiento contribuye, y de hecho se convierte en una acción afirmativa orientada a corregir la desigualdad histórica.

En este sentido, figuras como la conciliación en materia civil (en procesos de alimentos, custodia, visitas)

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México Sentencia de 16 de noviembre de 2009.



y en materia penal en casos de violencia en las relaciones de pareja (constreñimiento ilegal, lesiones personales, tentativa de homicidio, entre otras), debe ser proscrita, como quiera que carece de la igualdad entre las partes, como postulado fundamental para su legalidad. Legisladores, operadores jurídicos y responsables de la ejecución de políticas públicas, deben reconocer las circunstancias históricas de desigualdad y discriminación de las mujeres y la grave afectación producto de la violencia que las enfrenta a un *victimario*, no a un *igual*.

Las autoridades con competencias en cuestiones tales como el ejercicio arbitrario de la custodia, regulación de visitas, alimentos, patria potestad, entre otros asuntos, tendrían que evaluar las circunstancias en que estos hechos se presentan; asimismo los que se desencadenan como producto de la manipulación y el poder que se ejerce en el cuerpo, la mente y libertad de las mujeres.

Conceptos como los de libertad de empresa, libre comercio, iniciativa empresarial y competitividad, en el marco del derecho comercial, tendrían que verse afectados por el análisis y la consideración de factores socioeconómicos, culturales y políticos que permitan la adecuación de las normas que regulan las actividades comerciales orientadas a materializar la generación de empresas y promover iniciativas productivas competitivas, a través de acciones afirmativas que les permitan contribuir a la superación de la desigualdad.

La Justicia de Género se edifica en la necesidad de cuestionar el derecho, como una obligación ineludible sustentada en la necesidad de limitar todo ejercicio del poder que desconoce, vulnera y trasgrede la dignidad humana y que no requiere justificación distinta a la posibilidad de ser; interrogarlo, dudar de su objetividad, acompañarlo de una necesaria mirada de sospecha es empezar a reconocer y advertir su potencial emancipatorio. Su consolidación parte de reconocer que el derecho por sí mismo puede constituirse en una herramienta para materializar la justicia social; que esa

desigualdad que él mismo coheonestó puede y debe ser corregida por él, a través de acciones afirmativas, nuevas prácticas del derecho, reformas normativas y declaratorias de inconstitucionalidad de normas que atentaron contra la igualdad. Un nuevo derecho

y una nueva justicia capaz de subvertir la desigualdad que coheonestaron, capaces de evitar que el llamado que hacen las mujeres en busca de protección se siga convirtiendo en recurrentes crónicas de una muerte anunciada.



Fundación Oriéntame
Excelencia en salud sexual y reproductiva

*Asesoría integral en la
prevención del embarazo no
deseado, interrupción voluntaria
del embarazo - IVE, en los casos
previstos por la ley, y prueba
gratuita de embarazo*

diseño: diana perez

Teusaquillo carrera 17 No. 33 - 50 teléfonos (+1) 285 5500, 285 0910 y 288 5221
Antiguo Country carrera 19A No. 85 - 76 teléfono (+1) 218 2003 y 616 5054 Bogotá D.C.
Web www.orientame.org.co

Oriéntame