

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista del Centro de Estudios Constitucionales

Año 1 N° 1 ISSN 0718-0195

Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2003



Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro de Estudios Constitucionales
Dirección: Québec 415 esquina Avda. Condell, Providencia, Santiago, Chile
Correo electrónico: cecoch@utalca.cl Página Web: www.cecoch.cl

LAS JUEZAS EN LOS TRIBUNALES, CORTES Y SALAS CONSTITUCIONALES

Elizabeth Iñiguez de Salinas (*)

RESUMEN

Este artículo presenta la visión desde una perspectiva de género de las juezas como operadoras del sistema jurídico nacional e internacional, considerando una perspectiva diacrónica y la situación actual.

Derecho y género. Juezas y jurisdicción constitucional.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene el propósito de abrir un espacio de reflexión sobre un tema pocas veces abordado, que permita comprender el hecho de ser mujer en el ámbito del Poder Judicial, como víctima, ofensora, testigo, abogada o administradora del sistema judicial, ordinaria y constitucional.

(*) Magistrada del Tribunal Constitucional de Bolivia. Especialista en derecho laboral, administrativo, financiero y bancario. Analista de Género y Derecho, catedrática de Derecho Laboral, autora de libros sobre derechos humanos de la mujer, banca y social. Miembro de número de la Asociación Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Representante de Bolivia ante la Comisión Interamericana de Mujeres (OEA) y la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (ONU). Consultora del Banco Mundial, PNUD y UNICEF. 3 Medallas al mérito.
Artículo recibido el 6 de octubre de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 10 de octubre de 2003.

PRIMERA PARTE

Historia de las Juezas

Los hebreos consideraban a los jueces como los vindicadores o restauradores del derecho, que lo aplicaban conforme a la justicia, pues el mundo antiguo no reconoció la igualdad ante la ley. Ellos pensaban que de nada servirían las leyes más sabias y precisas si los jueces no inspiraban sus decisiones en las realidades y necesidades de la vida, tanto de los individuos como de las colectividades humanas. Los jueces eran los magistrados que no sólo ejercían justicia sino que gobernaban los pueblos. En el período de los jueces, que corrió desde el asentamiento del pueblo de Israel en Canaan hasta la monarquía, se eligió a la primera jueza del mundo, Débora, con todas las prerrogativas, inclusive la de conducir la guerra. Gobernó sabiamente y comandó una importante batalla contra los Cananeos, después de cuyo triunfo su pueblo vivió en paz por 40 años. Así comenzó la historia de las juezas, aunque esa habilitación para administrar justicia que registra la Biblia se perdió en el tiempo, imponiéndose severas restricciones al ejercicio de la judicatura por las mujeres en las diferentes culturas y normas legales¹.

Así en la Ley de Organización Judicial de mi país de 1857, con vigencia hasta 1972 se establecía que “no pueden ser jueces los locos, sordomudos, ciegos, los enfermos habituales, ni las mujeres”. En 1954 se habilita a las mujeres para el ejercicio de la judicatura dentro del período revolucionario de la década de los 50, que trajo cambios fundamentales, reivindicaciones sociales, igualdad jurídica y voto universal.

En Chile, en las *Actas de Decisión de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1874* se lee que “No se creyó necesario, atendidas las costumbres sociales de la época una inhabilitación especial para las mujeres, porque nadie puede pensar en darles puestos que se consideran de exclusivo desempeño de los hombres”. Paradójicamente como no había una prohibición expresa como en otros países se pudo nombrar la primera jueza en 1923. Normas similares se registran en los Códigos y Leyes de los diferentes países de América Latina. En la década de los 40, se empezó a autorizar el nombramiento de juezas, con excepción de Chile que fue antes, como lo mencionamos.

En Bolivia, de un total de 777 jueces, el 26.89% son mujeres. La Corte Suprema de Justicia tiene una mujer entre 12 Ministros y sólo 2 en la historia y en el Tribunal Constitucional hay una mujer entre 10 Magistrados, 5 titulares y 5 suplentes. En las 9 Cortes Superiores hay 26 vocales mujeres de las cuales 3 son Presidentas. Inicialmente las juezas eran nombradas en materia Familiar o Menores, actualmente se las designa en todas las especialidades. En América Latina las juezas parecen estar concentradas en niveles inferiores dentro de los Poderes Judiciales y tienen que enfrentar problemas para ascender debido a la rígida jerarquía estableci-

¹ La Biblia. Los Jueces 4-5

da en ellos. Las Magistradas y Ministras de los Tribunales Constitucionales, Cortes o Salas Constitucionales y Cortes Supremas de Justicia de América Latina y el Caribe somos 37, de ellas 2 son Presidentas.

Desde hace 3 años las Magistradas y Ministras hemos logrado un espacio de encuentro anual bajo el lema “Por una Justicia de Género”, en el que se debaten problemas de interés común, relacionados con nuestras necesidades específicas, además de compartir experiencias jurisprudenciales, estando en marcha un trabajo de Sistematización de la Jurisprudencia de Género sentada en los diferentes Poderes Judiciales con miras a elaborar un estudio comparado.

Son varios los objetivos comunes de estas reuniones, resaltaremos algunos: promover en los países de la región la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que se adoptó en el seno de las Naciones Unidas en 1979 recogiendo las demandas de las mujeres del mundo que sostienen que la igualdad formal de las leyes no se traduce en los hechos, pues subsiste el desequilibrio legal entre los sexos a pesar de los esfuerzos para eliminarlo. La Convención no es sólo una declaración de derechos humanos y fundamentales para las mujeres, sino un programa de acción para que los Estados garanticen el goce de éstos, así como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer adoptada por la Organización de Estados Americanos en 1995 y procurar se adecuen a sus legislaciones nacionales; incorporar la perspectiva de género en las políticas de administración de justicia de los Poderes Judiciales para corregir desigualdades y garantizar la plena realización de los derechos humanos de las mujeres, desarrollar investigaciones sobre sesgo por género en los Tribunales e implementar programas de capacitación sobre temas de género en los institutos de la judicatura.

Corte Penal Internacional

Un hito destacable en el ascenso femenino en la escala jerárquica del ámbito judicial, es sin duda el criterio con enfoque de género, asumido en la conformación de la Corte Penal Internacional, explícitamente señalado por el Secretario General de las Naciones Unidas al referirse a la decisión de la Mesa de la Asamblea de los Estados parte, en el Estatuto de Roma a tiempo de abrir el período de presentación de candidaturas para la elección de Magistrados, en sentido de que entre las condiciones de selección de éstos “se tendrá en cuenta la necesidad de que en la composición de la Corte haya representación equilibrada de Magistrados mujeres y hombres”, y que además sean juristas especializados en temas concretos que incluyan entre otros la violencia contra las mujeres o los menores.

De los 18 Magistrados elegidos, 6 son Magistradas y aunque ésta no es una representación equilibrada, es muy importante y alentador para la mujer, llegar a ocupar tan altos cargos en órganos judiciales de carácter mundial.

Organización

A medida que fueron nombrándose las juezas, surgió la necesidad de organizarse en asociaciones, y así fue como en 1979, en la ciudad de Los Ángeles, fundaron la primera, adoptando como metas trabajar juntas para lograr un mayor número de nombramientos de mujeres en la judicatura en todos los niveles, luchar contra la discriminación y el sesgo por género, concepto que se acababa de acuñar.

En 1989, la Asociación Nacional de Juezas de Estados Unidos invitó a 50 juezas eminentes de los diferentes países del mundo con las cuales se organizó la Asociación Internacional de Juezas y cuyas integrantes asumieron el compromiso de formar las asociaciones de juezas en sus respectivos países. Actualmente existen en todo el mundo y periódicamente se reúnen en congresos mundiales para analizar la situación de la mujer dentro del sistema de administración de justicia, la lucha contra la violencia hacia la mujer, el sesgo de género en la administración de justicia y los avances en materia de capacitación de los jueces y juezas.

Impacto de las Juezas en el Poder Judicial

Pero más allá de las estadísticas, es importante analizar si la presencia de las juezas en el Poder Judicial puede mejorar la calidad de la Justicia y producir una justicia menos discriminatoria, especialmente en casos de delitos sexuales, materia laboral, mala práctica médica, acuerdos sobre propiedades, materia familiar, divorcios, relaciones entre hijos y padres y otros.

El solo hecho de que la mujer ingrese al sistema judicial como administradora de justicia no es una garantía para superar la discriminación contra la mujer en las diferentes actividades que realiza, pues si ella no asume su responsabilidad genérica, si no entiende ni percibe el sesgo género que ronda en el ámbito judicial, no busca las razones que lo producen, ni plantea alternativas de solución, su presencia no tendrá impacto alguno en el cambio de la administración de justicia.

Investigaciones

Los estudios sobre actitudes, decisiones judiciales y su impacto, llevados a cabo por investigadores sociales en varios países, confirman que los jueces de ambos sexos tienden a apegarse a valores y creencias tradicionales sobre la naturaleza y el papel a desempeñar por las mujeres y hombres en la familia y en la sociedad, pues todos somos portadores del aprendizaje cultural y social adquirido en la familia, iglesia y escuela y que consciente o inconscientemente, jueces y juezas lo reflejan en sus resoluciones.

Una investigación hecha en Estados Unidos confirma que las juezas han demostrado una diferente percepción al tomar decisiones; se indica, que los jueces varones exhiben diferentes criterios al juzgar a hombres y mujeres por un mismo delito, lo que puede afectar a la imparcialidad judicial. Los estereotipos sociales sobre la condición de la mujer influyen a los jueces en sus fallos. El estereotipo de la mujer como alguien espiritualmente superior pero intelectualmente inferior, representando todo lo “bueno” y asexual puede ser determinante para limitar la participación de la mujer en actividades fuera del hogar y es así que se han dado decisiones judiciales que discriminan a la mujer en materia de empleo y familia. Otro estereotipo contrario al anterior, ve a la mujer como un ser provocador, frívolo y sensual, por lo que muchos jueces han responsabilizado a la mujer en casos de abuso deshonesto, raptos, violación y acoso sexual, o el estereotipo moderno de la supermujer que trabaja fuera de casa, atiende los hijos, se ocupa de todo sin necesitar ayuda de la pareja o los hijos; han hecho que en algunos casos el juzgador pierda de vista los problemas económicos que afrontan muchas mujeres en caso de divorcio, ya que, obviamente, se les otorga la tenencia de los hijos cualquiera sea el número².

En 1987, se realizó otro estudio sobre “El Comportamiento de Juezas Superiores de las Cortes Supremas de Justicia Estatal”; cuyos autores, los profesores de Ciencias Políticas David Allen y Diane Wall, investigaron las decisiones unánimes de 12 Cortes, con 14 juezas. Agruparon las decisiones en 3 temas: derecho penal, económicos y asuntos de la mujer, que incluían custodia, adopción, conducta sexual, acoso sexual, control de maternidad y división de bienes. El estudio encontró que hay 2 tipos de juezas: aquéllas que se conforman con criterios de la mayoría masculina dominante y las que adoptan una posición independiente en la toma de decisiones y defienden sus convicciones y creencias sobre la mujer y sus derechos con firmeza, aunque el resto se oponga. El estudio refiere que la posición no convencional de las juezas, no implica una moral más alta que la del hombre sino sólo una moral diferente en lo que atañe a la mujer, que influía en la actitud de los varones, en los tribunales y la sociedad. Las opiniones disidentes de las juezas en apariencia lograban en forma paulatina una aceptación y eventualmente la comunidad jurídica llegaba a adoptarlas como precedentes.

Concluye el estudio con que algunas de las juezas, sí inciden por su género en la calidad de justicia de sus tribunales, porque son capaces de hacer contribuciones en aras de la reivindicación de los derechos de la mujer en el ámbito judicial y en toda la sociedad.

² Tirza Rivera Bustamante. Editora y Autora, **Las Juezas en Centro América y Panamá**.

Conceptos de la Teoría de Género

La teoría de género es una categoría de análisis y un instrumento que debe ser utilizado por quienes participan en la administración de justicia como un mecanismo para complementar su labor, conocer y comprender la realidad social de los hombres y mujeres, lo que no ocurre siempre, pues no se la aprende en las universidades, sino en textos especializados escritos por innumerables mujeres y algunos hombres a los que todos pueden acceder, pero pocos los requieren.

Será útil aproximarnos rápidamente a ciertos conceptos que maneja la teoría de género para comprender mejor el tema, como sexo, género, sesgo por género, perspectiva de género, equidad de género, por indicar algunos.

Sexo

Son las características anatómico-fisiológicas de hombres y mujeres con las que se nace. Son inmutables, universales y definitivas. Es un hecho natural visible, que no varía en el tiempo ni en el espacio. Constituye la construcción biológica de las personas.

Conceptualmente las diferencias entre los sexos no implican desigualdad legal. Es posible concebir a mujeres y hombres como legalmente iguales en sus diferencias mutuas. Pero esto no ha sido así en la historia de la sociedad humana; por siglos la diferencia entre sexos y la desigualdad están estrechamente ligados. Cada cultura considera de alguna manera y bajo sus propios términos la inferioridad de la mujer a la vez que genera los mecanismos y las justificaciones para su mantenimiento y reproducción. Esto lo veremos en el curso de la exposición.

Género

Es una construcción social y cultural de rasgos de personalidad, actitudes, vestimenta, valores, conductas y roles sociales; formas de pensar y actuar diferentes; prácticas y simbologías que se elaboran a partir de la diferencia sexual y que se aprenden, por lo tanto no son inmutables, puede cambiar, puede ser distinto en cada lugar o cultura, en cada época, pero tiene su propia lógica, su propia fuerza de influencia en todas las dimensiones y estructuras, incidiendo en la forma cómo asumen la vida hombres y mujeres. Cada recién nacido, hombre y mujer, es inmediatamente adscrito a uno u otro de los grupos genéricos. De esta manera quedan determinadas las líneas básicas de su condición de vida.

El género, como instrumento de análisis social nos muestra que la desigualdad entre hombres y mujeres es producto de la cultura, y no de las diferencias biológicas, a partir de ello se escinde la sociedad en dos grandes categorías: masculina y femenina que atraviesan las clases sociales, las razas, religiones y cualquier otra división que se dé en el interior de una sociedad.

A partir de este hecho, el análisis con enfoque de género está orientado a definir por qué y cómo la diferencia sexual entre varones y mujeres da como resultado diferencias sociales, es decir, en cuanto al acceso a oportunidades para unos y otras en el estudio, el trabajo, la política, la justicia, etc.³

Perspectiva de género

Se entiende por perspectiva de género las visiones diferentes que tienen del mundo los hombres y las mujeres por causa de su género, que les llevan a evaluar determinadas situaciones prácticas, conductas, omisiones, acciones y toma de decisiones, de manera distinta. Esto nos lleva a la constatación de que no existe un único sujeto del conocimiento, sino dos: los hombres y las mujeres, por lo que las instituciones y en este caso la ley deberá responder a las necesidades específicas de ambos.

Equidad de género

Es el proceso de hacer justicia a ambos sexos, para ello pueden ser necesarias algunas medidas que compensen las desventajas históricas y sociales que impiden al hombre y la mujer actuar en igualdad de condiciones, son las acciones afirmativas.

Enfoque de género

“El enfoque de género permite desarrollar conocimientos concretos sobre la situación de la mujer con respecto a la de los hombres en el mundo. Su sentido filosófico es precisamente contribuir a visualizar las relaciones de poder y subordinación de las mujeres, conocer las causas que las producen y encontrar mecanismos para superar las brechas existentes.

³ Elizabeth Iñiguez de Salinas, *Derechos Humanos de las Mujeres*. Memoria Constitucional N° 4.

El enfoque de género permite también visualizar en qué medida el género, que es una construcción social y cultural que se produce históricamente, es susceptible de ser transformada. La opción global es la igualdad de género entre hombres y mujeres, la justicia y la libertad para potenciar la plenitud de unas y otros”⁴.

El sesgo por género

Son las actitudes o comportamientos de parte de los actores del sistema de administración de justicia, basados en estereotipos sobre la verdadera naturaleza y el papel adecuado de las mujeres y los hombres, o mitos y falsos conceptos sobre las verdades económicas y sociales que enfrentan los dos sexos. En el sistema judicial una de las consecuencias es que ese sesgo por género produce discriminación respecto de los derechos y situación de la mujer. La discriminación no necesariamente involucra intención deliberada ni tiene que ser consciente.

El sesgo por género al presente está asentado en la jerga legal y existen centenas de artículos sobre el tema, muchos de ellos en revistas legales y judiciales de renombre. Cursos sobre la materia se incluyen en muchos programas de educación legal y judicial en las Universidades y en las Escuelas de Jueces. Los sistemas judiciales de América latina están incorporando el tema en su agenda judicial.

La Conferencia de Presidentes de Cortes Supremas de Estados Unidos en 1986 incluyó por primera vez un programa sobre sesgo por género, como un tema de preocupación primordial para todos los jueces. Actualmente muchas Cortes, además de tener programas específicos en las Escuelas de Capacitación de Jueces, cuentan con Comités de Género que acopian gran variedad de información social y legal. Usan técnicas como encuestas a jueces, abogados y personal de los tribunales, revisión de los casos y decisiones judiciales, discusiones de grupo con jueces, practicantes, empleados judiciales, y algunas veces con mujeres encarceladas. Las áreas sustantivas investigadas generalmente incluyen sesgo por género en casos de divorcio –pensión alimenticia para hijos y esposa– violencia doméstica y abuso sexual, y el tratamiento general dado a las mujeres en los tribunales en sus diversos roles. Los Comités también han estudiado el sesgo por género en la condición de las empleadas judiciales, los daños civiles, la prostitución y la discriminación laboral.

En el Canadá, el esfuerzo para eliminar el sesgo por género a través de la educación judicial es posterior, fueron las juezas, quienes individualmente se han involucraron en la tarea de concientizar sobre el tema de género al Poder Judicial.

⁴ Ximena Salinas Iñiguez, *Representación Social de los Jueces sobre el ser Mujer en las Resoluciones de sus casos*. Tesis de Grado.

En 1990 la Jueza Bertha Wilson de la Suprema Corte de Canadá, asombró al país con un discurso en la Facultad de Derecho de Osgoode Hall, cuando dijo: “¿De verdad marcan alguna diferencia las Juezas?”, fue un reto para la neutralidad jurídica existente. Ella afirmó que: “las opiniones y predisposiciones personales de los jueces varones han dado un contenido claramente masculino a ciertas áreas de la ley canadiense existente y que ellos continúan ejerciendo influencia en las decisiones de los Tribunales”. Continúa la cita “Algunos aspectos de la ley penal en particular piden cambio ya que están basados en suposiciones sobre la naturaleza de la mujer y su sexualidad, que en esta época están de sobra”.

Este discurso inició una controversia pública y judicial y dio un mayor ímpetu al movimiento para eliminar el sesgo por género en los Tribunales. El gobierno central, se involucró en reformas para eliminar el sesgo de género en los mismos. En 1990, se formó un Comité Nacional de Abogados Federales para desarrollar estrategias para el mejor trato dado a las mujeres en el sistema judicial. Así aparecieron programas educacionales sobre sesgo por género en todo el país y fue designado por el Ministro de Justicia, un asesor especial en materia de sesgo por género dentro del Sistema Judicial⁵.

El Poder Judicial de Puerto Rico decidió examinarse a sí mismo, para identificar posibles manifestaciones de discriminación en su seno, con el fin de erradicarlo, el Presidente de la Corte Suprema encomendó la investigación a una Comisión Judicial Especial en 1993, que duró dos años.

En el informe de la Comisión se manifiesta que pudo detectarse la presencia de manifestaciones de discriminación por género en el Sistema Judicial de Puerto Rico, que afectan especialmente a la mujer, tanto en lo que respecta a los procedimientos y comportamientos, como al derecho sustantivo. Citaré algunos aspectos:

- A las mujeres se les imponen exigencias relacionadas con su sexualidad más rigurosas que a los hombres, para poder retener la custodia y la patria potestad sobre sus hijos, lo que provoca que muchos jueces y juezas permitan que en los procesos judiciales se desvíe la atención del fin primordial –la protección de menor– para dirigirla hacia la vida íntima de la mujer y a otros comportamientos que son impertinentes.
- El incumplimiento del pago de pensiones alimentarias y del plan de visitas paterno filiales por parte de un padre, no se percibe como supuesto de negligencia, abandono o maltrato de menores.

⁵ Norma J. Wikler, **Las Juezas en Centro América y Panamá. Eliminación de Sesgo por Género en los Tribunales. Estrategia Norteamericana para la Reforma Judicial.**

- En el sistema de justicia criminal, como resultado de estereotipos sexistas sobre la mujer y sobre el hombre, existe la tendencia a ver la violación como un hecho pasional provocado por la conducta de la propia víctima más que como un delito, no obstante ser éste el delito más grave, después del asesinato. En el ámbito criminal, particularmente en lo que toca a los delitos sexuales, la credibilidad de las mujeres víctimas tiende a desmerecerse dentro de un patrón de revictimización.
- En materia de violencia doméstica, algunos jueces y juezas pretenden responsabilizar a la víctima de lo ocurrido, atendiendo como justificativo, que el agresor perdió el control en un momento de ira, que estaba bajo el efecto de bebidas alcohólicas, que sufre de estrés por su excesivo trabajo para mantener a la familia, que ha sido provocado por algo que la persona objeto de la agresión hizo.
- Los problemas de discrimen por razón de género en el ámbito laboral, cubren múltiples aspectos como, falta de igualdad de oportunidades, acoso sexual, bajos o intermedios niveles de autoridad y remuneración, pero sin duda el embarazo y la maternidad, son los que más afecta a las mujeres⁶.
- En el informe de la investigación se afirma que surge suficiente evidencia acumulativa como para concluir que el sexismo o discrimen por género se manifiesta e influye en los procesos de toma de decisiones y en la jurisprudencia dictada por la Corte de Puerto Rico.

Como vemos, las conclusiones a las que llegó la investigación en análisis, refuerzan los conceptos teóricos sobre discriminación y sesgo de género expresados anteriormente.

Como consecuencia de estos resultados se aprobaron 27 proyectos y se tomaron varias acciones, entre ellas: proposición de leyes que reviertan la desigualdad legal entre hombres y mujeres, la capacitación interna de la judicatura sobre la perspectiva de género y la equidad de género, se dictaron nuevas normas para reclutamiento de personal de las Cortes. En los 7 años transcurridos se avanzó bastante en el propósito de revertir la discriminación y el sesgo por género en la justicia de Puerto Rico, pero sin duda el camino es aún largo y lleno de tropiezos.

En Costa Rica, en el Programa de mejoramiento de la Administración de Justicia PJ-BID se ha incorporado como uno de los temas, la institucionalización de políticas de género en el Poder Judicial, habiéndose realizado diversas actividades

⁶ Investigación del Discrimen por Razón de Género en los Tribunales de Puerto Rico.

como el análisis de la jurisprudencia y la legislación desde la perspectiva de género, investigaciones sobre la equidad de género en los fallos judiciales y programas de capacitación de los jueces en la Escuela Judicial.

Por otra parte, la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes o Tribunales Supremos de Justicia, llevada a cabo en Santa Cruz de Tenerife el año 2001, en la Declaración Final, el Capítulo de Declaraciones Adicionales, dice: “reconociendo que existe un consenso global sobre la pertinencia y necesidad impostergable de cumplir con todos los compromisos asumidos en las distintas reuniones intergubernamentales, regionales y mundiales, particularmente la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, Conferencia Internacional de Población y Desarrollo: Programa de Acción de las Naciones Unidas (1994) y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer: Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995 que vinieron a fortalecer la integración de los derechos humanos de las mujeres a los principales instrumentos y mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas, se adoptó una declaración especial por la que se recomienda a los diferentes países concurrentes a:

1. Promover la incorporación e institucionalización de la perspectiva de género en la administración de justicia, y en los programas curriculares de capacitación judicial, que desarrollan las Escuelas y Unidades de Capacitación de los Poderes Judiciales.
2. Hacer conciencia sobre la situación de la mujer como usuaria, víctima, delincuente y o como administradora y operadora del sistema de justicia, iniciando esta acción con un diagnóstico sobre discriminación por razón de género en la administración de justicia.
3. Incluir en las próximas cumbres de Presidentes de Cortes y Tribunales Superiores de Justicia el tema de incorporación transversal en la administración de justicia de la perspectiva de género y presentar el resultado del diagnóstico sobre discriminación por razón de género en los Poderes Judiciales de Iberoamérica”.

La VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia reunida en México el 2002, aprobó un plan de acción cuyas partes relevantes son:

- Propiciar la creación de una unidad permanente que apoye a los órganos de más alta jerarquía de los Poderes Judiciales, en la implantación de políticas de género en el sistema.

- Desarrollar programas de capacitación permanente sobre el derecho con perspectiva, para los administradores de justicia.
- Crear sistemas de recopilación de jurisprudencia, distinguiendo la perspectiva de género en las resoluciones y divulgarla.
- Promover investigaciones específicas sobre el respeto del derecho de las mujeres, promover acciones para satisfacer las necesidades de las usuarias tanto en el plano de la infraestructura como en el de la asistencia jurídica.

SEGUNDA PARTE

Género y Derecho

El derecho es uno de los sistemas normativos poderosos para el disciplinamiento de hombres y mujeres en determinado tipo de convivencia. Su fuerza simbólica radica en un sistema de legitimidades que facilitan la aceptación de sus postulados normativos por los ciudadanos y ciudadanas. La fuerza como recurso validado para reprimir la subversión del orden sexual, social, económico y político que impone, garantiza la mantención y reproducción de la cultura patriarcal que hasta ahora es discriminadora y excluyente de las diferencias, particularmente de las mujeres.

La Dra. Alda Facio, eminente tratadista de género y derecho expresa que la metodología de análisis de un texto legal, desde la perspectiva de género, se funda en la concepción del fenómeno legal, que está constituido por tres componentes: 1) el formal normativo, 2) el estructural y 3) el político-cultural, los tres relacionados entre sí de tal manera que constantemente uno es empleado, limitado y definido por el otro, a tal grado que no se puede conocer el contenido y efectos que puede tener una determinada ley, un principio legal, una doctrina jurídica si no se toma en cuenta estos tres componentes. El componente formal del derecho será sinónimo de lo que muchos tratadistas llaman la norma agendi, es decir la ley normalmente promulgada, Constitución, tratado internacional, leyes sustantivas y adjetivas, decretos, reglamentos, convenios colectivos, etc. El componente estructural sería el contenido que las Cortes, las oficinas administrativas, la policía y todos los funcionarios que administran justicia, le dan a las reglas y principios que se encuentran en el componente formal normativo, al seleccionar, aplicar e interpretarlas. En el componente estructural, existen normas no escritas, ni promulgadas o derogadas, pero que están en la conciencia de las personas. El componente político-cultural, es el contenido que las personas dan a la ley por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, las actitudes, tradiciones y el conocimiento que de ella tenga la gente, así como el uso que se haga de las leyes existentes.

En el componente estructural esas normas no escritas o derogadas son poderosas, a veces más efectivas que los propios Códigos; se aplican diariamente porque son obedecidas por una gran mayoría de la gente⁷.

Un ejemplo nos ilustra. En Costa Rica, una ley derogada, determinaba que el hombre como jefe de familia tenía derecho a corregir a su esposa. Esta norma se mantiene en la mente de muchos costarricenses, aunque en el art. 2° del Código de Familia se establece la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges. Estas normas no escritas están constantemente reforzadas por el propio Estado, cuando por ejemplo en algunos países los funcionarios que hacen censos continúan registrando como jefe de familia al hombre con todas sus consecuencias. Otro ejemplo: en algunos países de África no existen normas que dispongan la mutilación genital de las adolescentes, y es más, en varios esa cruel práctica ya está prohibida por ley; sin embargo grupos de mujeres, casi niñas son sometidos diariamente a ella con la concurrencia de sus madres.

En el área laboral tenemos una situación muy reveladora. Es un concepto ya aceptado que el trabajo está diseñado alrededor de un empleado ideal, que labora tiempo completo y si es necesario extra, que no toma tiempo libre para embarazos, crianza de niños, ni tolerancia para la lactancia de sus criaturas, permisos para controles médicos o enfermedades de su prole, es decir que no debe estar sobrecargado con responsabilidades familiares de ese tipo que por lo tanto pueda dedicar toda su atención al desempeño de sus labores, es decir un hombre. De manera que las mujeres casadas o con hijos no interesan al empleador o por lo menos no son motivo de su preferencia. Esta norma no escrita que subyace en la conciencia social, no es una norma sin género pues está instrumentada alrededor de los hombres; entonces vemos claramente que tratar a hombres y mujeres igual frente a una situación desigual no ofrece verdadera equidad de género, sino una continua discriminación contra las mujeres en el ámbito laboral. Consecuentemente, si se deja intacta la norma no escrita del trabajador ideal, no se brinda igualdad de oportunidades a las mujeres salvo a las trabajadoras ideales, que excepcionalmente las hay, cuando los hijos han pasado las edades críticas de crianza, o ellas han renunciado al matrimonio y la maternidad.

La verdadera igualdad en el trabajo para la mujer y por lo tanto su independencia económica, que es tan importante para ella y su familia, exige deconstruir esas normas del trabajador ideal y reconstruir el trabajo de mercado con la oferta de horarios más flexibles y apoyos sociales que permitan a los trabajadores de ambos sexos dar a sus niños y su familia el cuidado diario que necesitan, esto bajo el principio constitucional de protección a la maternidad y la familia⁸.

⁷ Alda Facio. **Género y Derecho. Metodología para el Análisis de Género del Fenómeno Legal.**

⁸ Joan Williams. **Género y Derecho. Igualdad sin Discriminación.**

Igualdad de Género en la Ley

La doctrina jurídica tradicional ha sustentado que las leyes son neutrales y que su aplicación produce iguales efectos en hombres y mujeres, ya que formalmente en su calidad de personas gozan de igualdad ante ella. Esta visión abstracta del derecho ha ignorado la situación de discriminación en que vive la mujer y en muchos casos ha contribuido a la mantención y reproducción de la subordinación de las mujeres a los hombres.

El principio de la igualdad ante la ley demuestra como se invisibilizan las diferencias. La ley se aplica a todos los seres humanos por igual, sin hacerse cargo de las diferencias entre hombres y mujeres cuando debiera tomarse como punto de referencia que igualdad implica trato igual entre los iguales y trato diferente entre los diferentes. El sentido común dicta que los hombres y mujeres somos diferentes, consecuentemente el trato debe ser diferente y al no actuarse de esa manera se produce la discriminación y el sesgo por género. Aristóteles lo afirmó en “La Introducción to Aristotle Politics”, que el principio de igualdad exige tratar a las cosas iguales de igual manera, pero también a las diferentes, de manera diferente.

Las leyes no son neutras, están estructuradas alrededor de los patrones de vida de los hombres; al haber sido aprobadas durante siglos por ellos, el paradigma de lo humano con todas sus necesidades aspiraciones e inquietudes es el varón. La mujer lucha por cobijarse bajo el paraguas de esas leyes, buscando la satisfacción de sus necesidades específicas que generan derechos, pues detrás de una necesidad hay siempre un derecho.

Como el derecho no es neutral, la mayoría de los Códigos y leyes están formulados desde una perspectiva parcial que a través del tiempo se hizo válida y universal para todo ser humano, a lo que se añade la interpretación de la norma que hacen los jueces y juezas, que presupone posturas valorativas, porque como toda persona, están cargados de ideologías, cultura y costumbres que pueden influir en sus decisiones. No se trata de despojar de sus concepciones ideológicas a quienes interpretan la ley, pero sí conviene advertirles como límite de actuación, que estén concientes de sus prejuicios de clase, raza, sexo, edad, etc. al momento de realizar una interpretación.

La igualdad de género, no exige más que igualdad de trato ante la ley, que no siempre se da. Una ley estatal, de Florida, establecía que si dos personas de categoría elegible aspiraban a administrar un patrimonio, se prefería automáticamente al hombre por sobre la mujer. Se justificaba este trato diferente porque hombres y mujeres no eran iguales, sus valores domésticos y su exclusión de lo público significaba que probablemente ellas tendrían menos pericia en asuntos financieros del que tendrían los hombres y menos tiempo para dedicarse a la difícil tarea encomendada. Para salvar esta situación se debe deconstruir los roles domésticos que la

sociedad asigna a las mujeres, debiendo ser estos compartidos por los hombres dentro de la familia, y darle a la mujer mayor participación en los espacios públicos que le permitan mayor capacitación.

En el ámbito del **Derecho de Familia**, la noción de que sólo las mujeres pueden proveer de cuidado y nutrición a los niños está cambiando en el mundo occidental; el principio de igualdad entre hombres y mujeres ha llevado en algunos casos a que se exija la aplicación de neutralidad de género en este aspecto, con lo que muchos hombres han conseguido que se les entregue la custodia de sus hijos, pues ambos son padres y aman a sus hijos.

Según el principio del interés superior del menor, proclamado en la Declaración de los Derechos del Niño y reafirmado en la Convención de los Derechos del Niño, el padre puede quedarse con la custodia del niño y no precisamente la madre, ya que aquél podrá proporcionarle iguales condiciones de vida a su prole, que la madre. Además los hijos deben ser escuchados respecto con quién quieren vivir, en tanto sea posible, porque como personas tienen sus propios deseos.

En la medida en que la preferencia por la madre ya no funciona como regla para determinar la custodia de los niños que hayan pasado el período de lactancia, el tratamiento igualitario entre los padres permitiría que la custodia sea dada, cuidando verdaderamente el interés superior del menor.

Por su parte, el **Derecho Penal** en Latinoamérica a contribuido a fijar la identidad, lugar y función que deben cumplir las mujeres en la sociedad patriarcal, a través del control de su sexualidad y capacidad reproductiva. Su “normalidad” está dada por lo que de ella esperan las normas penales, los valores y bienes jurídicos que protegen su “anormalidad” y por tanto su castigo está dado por la ruptura de dichos valores o bienes jurídicos. En América Latina la corporalidad de la mujer como elemento sustantivo en la construcción del sujeto de derecho no ha sido considerada digna de protección, desde el punto de vista de los bienes jurídicos. Son la familia, la honestidad sexual y la moralidad pública los parámetros con los que se analiza el actuar de las mujeres. Consecuentemente, la maternidad, sexualidad y dependencia son las características de la mujer como objeto de represión y tutela en los Códigos Penales.

La lectura crítica de los textos penales no puede ignorar los contextos históricos que rodearon la redacción de los mismos. Hay mucho de cultura predominante en la definición de los tipos penales y en la selección de las penas a aplicarse. Los códigos penales están cargados de elementos arcaicos en materia del tratamiento a las mujeres, muchos de ellos correspondientes a las ideas del siglo XIX, hasta el momento no se han alcanzado las modificaciones deseadas.

Generalmente las modificaciones en los Códigos Penales responden a retos para reprimir determinados fenómenos que preocupan a sectores sociales con poder y capacidad de influenciar en los Poderes Legislativos. El tratamiento a los agravios, protección a la propiedad, el consumo de drogas, el narcotráfico o el terrorismo, son ejemplos de normatividad cambiante⁹.

En mi país en la reforma parcial del Código Penal de 1997, bajo la influencia de un fuerte movimiento de mujeres se presentó un catálogo de 33 artículos para reformarse, habiéndose tomado en cuenta sólo 3. La supresión del término “mujer honesta”, que dejaba en la impunidad delitos cometidos contra mujeres o niñas que fueran consideradas deshonestas o pervertidas; la ampliación de la acción contra aquél que cometiera lesiones leves en el cuerpo o en la salud de otra persona, de los cuales deriva incapacidad para el trabajo de 1 a 29 días, estableciendo la sanción de 6 meses a 2 años de reclusión; en la ley anterior la acción sólo podía seguirse a partir del octavo día de incapacidad, modificación que está directamente relacionada con la violencia doméstica, y la sustitución del título de Delitos contra las Buenas Costumbres por el de Delitos contra la Libertad Sexual, que es lo que corresponde.

En el Código Penal de Bolivia, el rapto es un delito culposo, se dispone que no habrá lugar a sanción cuando los reos, no teniendo impedimento alguno contrajeran matrimonio con las ofendidas antes de la sentencia que cause ejecutoria. Esta disposición es común para la violación, estupro y rapto, es decir que si hay un “final feliz”, no hay delito. Según la ley Colombiana, si la violación ha sido cometida por un número plural de sujetos, el casamiento de cualquiera de ellos con la víctima, hace cesar la acción penal para los coautores (art. 307 Código Penal). Lo anterior revela que la mujer en su integridad psico-física, en su libertad sexual, no resulta objeto de tutela sino que es la protección del rol asignado a la mujer como esposa o hija de familia, lo que preocupa a la sociedad.

Estos matrimonios generalmente se efectúan bajo presión de la familia y la sociedad, pues es difícil creer que una mujer ultrajada, quiera como compañero de su vida a su victimario. De la misma manera está legislado en los Códigos de muchos países de América Latina.

Género y Constitución

En la evolución histórica del tratamiento constitucional de la mujer, podemos advertir tres fases. La primera se caracterizó por ignorar a la mujer como sujeto de

⁹ Gladys Acosta Vargas. **Género y Derecho La Mujer y los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano.**

derechos constitucionales; la segunda supuso la formalización del igualitarismo constitucional entre el varón y la mujer; la tercera fase, que es la actual, puede caracterizarse por la búsqueda de la superación del nuevo igualitarismo formal entre varón y mujer.

En el contexto de fines del siglo XVIII, y como consecuencia de la Revolución Francesa, la ideología igualitaria se traduce en postulados de igualdad ante la ley. Sin embargo, se constata el silencio casi absoluto de los textos constitucionales revolucionarios en relación a la mujer, mostrando al varón como sujeto único o casi único del constitucionalismo.

Jean Jacques Rousseau, uno de los filósofos más representativos de la tradición occidental, centra su teoría política en la necesidad de minimizar las desigualdades y encontrar el sistema político que permitiera lograrlo. El Estado, para él implica la renuncia a la libertad natural a cambio de la libertad civil de los ciudadanos. Las desigualdades se compensan a través de la sociedad política y la igualdad, entonces, es la condición para la existencia del derecho a participar en el cuerpo político. De allí viene el concepto de voluntad general. Es decir la unión de los hombres libres para la libertad. Sin embargo, estas ideas tan nobles de lo humano quedaron reducidas al género masculino, más aún, sus propios escritos expresamente excluyen a algunos sujetos de la vida política en razón de que pertenecen a otro espacio y son de naturaleza distinta al hombre, quizá por ello en 1789 manda a la guillotina a la activista Olimpia de Gouges, que convencida de que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no abarca las necesidades de las mujeres, propuso a la Asamblea Nacional la “Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana”. Al ordenar su ejecución en la guillotina, Rousseau manifestó que lo hizo por el “delito de haber olvidado las virtudes propias de su sexo, para mezclarse en los asuntos de la República”.

La igualdad ha ido cambiando a través de la historia en sociedades cada vez más complejas. Es uno de los principios básicos del constitucionalismo; el cambio de la posición constitucional de la mujer coincide con su evolución y se presenta como efecto indirecto de éste.

El Profesor Humberto Nogueira manifiesta al respecto “El derecho a la igualdad se encuentra inscrito en todo el Derecho Constitucional occidental. La igualdad es la dignidad de todas las personas que está siempre sobre todo otro principio o valor, por tanto ninguna norma jurídica, puede ir contra la dignidad humana.

Junto con el principio constitucional de igualdad ante la ley que obliga a abstenerse de desarrollar cualquier diferencia arbitraria o discriminatoria contra las personas, existe una tutela positiva de la igualdad que los Tribunales Constitucionales deben otorgar a las personas o grupos sociales que se encuentran en desventaja,

teniendo presente la igualdad de oportunidades, salvando los obstáculos que surgen”¹⁰.

Sin embargo, los problemas constitucionales de la mujer no se agotan en los contenidos constitucionales de igualdad, que conviven con otros contenidos que no especifican el principio de igualdad y la no discriminación. Existen además, otros derechos que por unas u otras razones deben reforzarse respecto de la mujer como medio para asegurar su pleno desarrollo y dignidad como persona. Así por ejemplo, piénsese en las particularidades que para la mujer tienen los denominados derechos reproductivos y sexuales, la regulación jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo en caso de violación, la violencia doméstica.

Es importante determinar qué debe constitucionalizarse y cómo debe constitucionalizarse. Es verdad que no existe a este respecto una receta infalible y que elementos mas o menos coyunturales y circunstancias de cada sociedad, deben influir en la decisión que el constituyente adopte, en todo caso a la hora de consagrar preceptos relacionados de una u otra forma con la posición constitucional de la mujer, conviene elaborar bien esos elementos, pero sobre todo, hay que dar la estructura jurídica adecuada a aquello que se decide formalizar. De otra forma, la mera complacencia ante legítimas reivindicaciones, puede suscitar entusiasmos que pronto se ven frustrados; e imposibles de hacerse efectivos, sucede así por ejemplo, cuando algunos principios reciben forma de derechos subjetivos, luego imposibles de hacerse efectivos.

Significativos esfuerzos hacen los países para velar por el respeto a los derechos humanos. Se trata de un proceso de avance en la lucha y cuyo ámbito de protección debe involucrar a hombres y mujeres. En las últimas décadas se viene destacando la importancia de reconocer y defender los derechos humanos de las mujeres como forma de garantizar una convivencia pacífica entre los seres humanos, así la Declaración y programa de Acción de Viena de 1993, ha reconocido en forma expresa que los derechos humanos de la mujer, son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales, asimismo la Declaración de Beijing (1995) sostuvo que “los derechos de la mujer son derechos humanos”.

Para concluir, manifiesto que las investigaciones comentadas se realizaron en las Cortes Supremas de los países indicados, es decir en la justicia ordinaria. Sin embargo la justicia constitucional se desarrolla en los mismos espacios sociales y en estrecha relación con los demás órganos del sistema, por lo que existen razones para pensar que los jueces constitucionales tiene actitudes similares, pues su comportamiento responde a los mismos patrones culturales y sociológicos. No obstante, no podemos dejar de mencionar que los Tribunales, Cortes o Salas Constitucio-

¹⁰ Humberto Nogueira «El Derecho a la Igualdad en la Jurisprudencia Constitucional», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 1997.

nales van estructurando los derechos fundamentales no solo como un derecho de defensa del ciudadano frente al poder público, sino como un orden de valores subjetivos y de garantías que reconoce la protección de la libertad y la dignidad humana como el fin supremo que atraviesa la totalidad del ordenamiento legal. Al respecto Nogueira afirma que los jueces constitucionales, en el marco de la evolución constitucional, nacional e internacional, están más cerca de una administración de justicia igualitaria entre hombres y mujeres frente a los retos que enfrentan los Tribunales y Cortes Constitucionales para garantizar la eficacia de una igualdad real y de los derechos sociales estrechamente vinculados con la protección de los derechos humanos en resguardo de la dignidad humana, buscando en la conciencia jurídica de la comunidad criterios que les permitan aproximarse a la racionalidad de la ley, su objetivo y finalidad que no puede ser contraria a la Constitución ni a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; el juez constitucional dispone pues de un cierto nivel de discrecionalidad en sus fallos fundados siempre en principios y valores fundamentales¹¹.

Vemos cada vez con mayor frecuencia que los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales recurren para fundamentar sus fallos a Convenciones, Pactos y Declaraciones de Derechos adoptados por la Comunidad Internacional, cuyas normas regulan los derechos humanos y la dignidad de hombres y mujeres.

Es evidente el compromiso de la justicia constitucional con los derechos humanos, desde una perspectiva diríase más humanitaria, porque su misión es salvaguardar los derechos esenciales de las personas. Se espera que el juez constitucional haga una interpretación de estos derechos, incluso llenando las insuficiencias y vacíos de la ley y en la interpretación de los tratados tenga en cuenta su finalidad esencial, que no es otra que la protección de los derechos humanos de las personas.

Consecuentemente, el juez constitucional optará siempre por aquella interpretación que proteja en mejor forma los derechos fundamentales y garantías constitucionales de hombres y mujeres, porque encarnan la dignidad de las personas.

Sin embargo, en el derecho comparado constitucional aún se registran casos con evidentes signos de sesgo por género. Tomamos como ejemplo aquél en el que dos empleados de una misma Empresa contrajeron matrimonio, produciéndose incompatibilidad por razón de parentesco, debiendo ser retirado uno de ellos. La mujer estaba embarazada, el empleador dispone su retiro, ella plantea un recurso de amparo, la Corte le niega la tutela, fundándose en que la decisión del patrón de mantener en el cargo al varón y prescindir de los servicios de la mujer grávida, no fue un hecho discriminatorio de género, sino que se la tomó por la incompatibilidad sobreviniente, caso en el que por ley debe salir uno de los esposos de la Empresa.

¹¹ *Ibidem*. p. 20.

Surge claramente, la evidencia que el empresario prefirió mantener en el cargo al empleado que no tiene los problemas que conlleva un embarazo, períodos de licencia pre y postnatal, horas de lactancia, inamovilidad en el cargo por un tiempo posterior al alumbramiento, etc. siendo más conveniente para la economía de la empresa optar por el que llamamos al comienzo de la exposición, “el empleado ideal”, prescindiendo de los servicios de la mujer embarazada que cargaba todos esos problemas. Este fallo fue discriminatorio, tiene sesgo por género, pues no se tomó en consideración la razón última –el embarazo– para conservar a la mujer en su cargo, en resguardo de preceptos constitucionales que protegen la maternidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Vargas, Gladys. *La Mujer y los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano. Género y Derecho*. ILANUD.
- Facio, Alda y Fries, Lorena. *Género y Derecho*. Editoras ILANUD.
- Iñíguez de Salinas, Elizabeth y Linares Pérez, Anselma. *Guía Jurídica para la Mujer y la Familia*. Bolivia.
- Iñíguez de Salinas, Elizabeth y Linares Pérez, Anselma. *Manual de los Derechos Humanos de Hombres y Mujeres*. Bolivia
- Memoria del Encuentro Nacional de Juezas en Bolivia. Secretaría de Género.
- Memoria Constitucional N° 4. *Derechos Humanos y Justicia Constitucional*. Tribunal Constitucional de Bolivia.
- Nogueira Alcalá, Humberto. 1997. «Derecho a la Igualdad en la Jurisprudencia Constitucional», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, Ed. Dike.
- Rivera Bustamante, Tirza (Editora). *Las Juezas en Centro América y el Panamá*.
- Salinas Iñíguez, Ximena. *Representación Social de los Jueces, Fiscales y Policías sobre el ser mujer y su relación con el Tratamiento y Resolución de Casos*. Tesis de Grado. Bolivia.
- Schwabe, Jürgen. *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Compilación de Sentencias.
- Williams, Joan. *Igualdad sin Discriminación. Género y Derecho*. ILANUD.
- Wikler, Norma J. *Las Juezas en Centro América y Panamá*. Eliminación de Sesgo por Género en los Tribunales. Estrategia Norteamericana para la Reforma Judicial.