

VOLUMEN 1 / NÚMERO 1
[2022 | 2023]

*i*GAL

*Ius*Género
América Latina

| RED | ALAS |



VOLUMEN 1 / NÚMERO 1
[2022 | 2023]

*i*GAL

*Ius*Género
América Latina

| RED | ALAS |



Derecho,
Feminismos,
Género y
Diversidades

JUNTA EDITORA

Gladys Luisa Acosta-Vargas

Maestría y Licenciatura en Sociología, Universidad La Sorbona – París V, Francia. Sus áreas de interés abarcan mujeres indígenas, igualdad de género, violencias contra la mujer, entre otras.

Silvina Álvarez Medina

Doctorado en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Es profesora en la Universidad Autónoma de Madrid. Sus áreas de interés abarcan derechos humanos, derechos de las mujeres, derechos reproductivos, autonomía personal, multiculturalismo, entre otras.

Kerry Carrington

Ph.D. en Sociología, Universidad Macquarie. Es profesora investigadora en el Centro para la Justicia de la Universidad Tecnológica de Queensland. Sus áreas de interés abarcan criminología, violencia de género carcelaria, justicia juvenil y violencia de las niñas, justicia global y derechos humanos, entre otras.

Rebecca Cook

J.S.D., Escuela de Derecho, Universidad de Columbia. Es profesora emérita en la Facultad de Derecho, la Facultad de Medicina y el Centro Conjunto de Bioética de la Universidad de Toronto. Sus áreas de interés abarcan derechos sexuales y reproductivos y derechos de la mujer, entre otras.

Josep Ferrer-Riba

Doctorado en Derecho, Universidad de Barcelona. Es catedrático de la Universidad Pompeu Fabra. Sus áreas de interés abarcan derecho de familia, sucesiones y entidades no lucrativas.

Daphne Gilbert

LL.M., Escuela de Derecho, Universidad de Yale. Es profesora asociada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa. Sus áreas de interés abarcan derechos de igualdad, derechos reproductivos y violencia sexual, entre otras.

Yamila González-Ferrer

Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad de la Habana. Es profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y miembro del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Sus áreas de interés abarcan derecho de familia, género y derecho, sexualidades diversas, entre otras.

Berta Esperanza Hernández-Truyol

LL.M., Escuela de Derecho, Universidad de Nueva York. Es profesora en Levin College of Law de la Universidad de Florida. Sus áreas de interés son género, raza, etnia, cultura, sexualidad, idioma y otras vulnerabilidades, así como sus interconexiones.

Prabha Kotiswaran

S.J.D., Escuela de Derecho, Universidad de Harvard. Es Profesora de Derecho y Justicia Social en King's College London. Sus áreas de interés abarcan derecho penal, derecho penal transnacional, estudios jurídicos feministas y sociología del derecho.

Lena Lavinias

Ph.D., Universidad de París. Es profesora en el Instituto de Economía de la Universidad Federal de Río de Janeiro. Sus áreas de interés abarcan: políticas públicas, cambios demográficos y problemas del mercado desde una perspectiva de género, entre otras.

Silvia Loli-Espinoza

Maestría en Gerencia de Programas y Proyectos Sociales, Universidad Peruana Cayetano Heredia. Sus áreas de interés abarcan derechos de las mujeres, derechos sexuales y reproductivos, violencias contra las mujeres, derechos de las personas LGBT.

Miriam Pillar Grossi

Doctorado en Antropología Social y Cultura, Universidad de París V. Es profesora del Departamento de Antropología de la Universidad Federal de Santa Catarina. Sus áreas de interés abarcan historia de la mujer en el campo antropológico, teorías queer y feministas sobre los temas de violencia contra las mujeres y lesbo-trans-homofobia, identidades LGBTTT, arte homoe-rótico, religiones y sexualidades, políticas públicas y movimientos feministas y LGBTTT.

JUNTA EDITORA

Martha Prieto-Valdés

Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad de la Habana. Es profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Sus áreas de interés abarcan teoría del Estado y del Derecho, metodología de la investigación jurídica y derecho constitucional, entre otras.

Esteban Restrepo

J.S.D., Escuela de Derecho, Universidad de Yale. Es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Sus áreas de interés abarcan derecho constitucional, constitución y democracia y teoría del Estado, entre otras.

Tracy Robinson

Senior Lecturer y Decana Asociada del programa de Estudios Graduados e Investigación, Universidad de las Indias Occidentales en Manoa, Jamaica. Experiencia profesional como abogada y comisionada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sus áreas de interés abarcan Derecho de Familia, Derecho Constitucional, Género y Ciudadanía, Derechos Humanos.

Ruth Rubio-Marin

Doctorado, Instituto Universitario Europeo de Florencia. Es profesora en la Universidad Internacional de Sevilla y Directora de la Cátedra Unesco de Derechos Humanos e Interculturalidad de la Universidad Internacional de Andalucía. Sus áreas de interés abarcan género y derechos humanos, derecho constitucional comparado, jurisprudencia feminista, derechos de las minorías, entre otras.

Macarena Sáez-Tórres

LL.M., Escuela de Derecho, Universidad de Yale. Es Directora Ejecutiva de la División Derechos de las Mujeres en Human Rights Watch. Sus áreas de interés abarcan derechos sexuales y reproductivos, género y derecho, derecho y sexualidades diversas, derecho comparado y litigio estratégico, entre otras.

Rachel Sieder

Doctorado en Ciencias Políticas, Universidad de Londres. Es profesora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) en la Ciudad de México e investigadora asociada del Chr. Michelsen Institute de Bergen y del Instituto de Estudios de las Américas de la Universidad de Londres. Sus áreas de interés incluyen derechos humanos, derechos indígenas, movimientos sociales, antropología jurídica, Estado y violencia, entre otras.

María del Rocío Villanueva-Flóres

Doctorado en Filosofía del Derecho, Universidad de Castilla - La Mancha. Es profesora y actual Decana de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Sus áreas de interés abarcan violencia contra la mujer, derechos humanos y género, entre otras.

COMITÉ EDITORIAL

Esther Vicente

Directora de la Revista

Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico.
Integrante de Red ALAS.

Yanira Reyes Gil

Co-editora

Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico.
Integrante de Red ALAS.

María Camila Correa Flórez

Co-editora

Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario.
Integrante de Red ALAS.

Carmen Hein de Campos

Co-editora

Centro Universitario Ritter Dos Reis, UNIRITTER.
Integrante de Red ALAS.

Celeste Elorriaga

Asistente editorial

Guillermo Holsman

LLM, Colaboración en la edición.

Editorial

Esther Vicente 6-8

Artículos

(Re) Pensando los géneros en la justicia

Camila Denise Beguiristain 10-24

Maternidades enjuiciadas y abogacía feminista

Cecilia Marcela Hopp 25-42

Feminicídio e Poder Judiciário: Uma análise feminista da reprodução e estereótipos e discriminação de gênero em decisões judiciais

Livia de Meira Lima Paiva y Adriana Ramos de Mello 43-64

Supremacia masculina nos partidos políticos: Violência política simbólica contra as mulheres?

Salete Maria da Silva 65-79

Intersexualidad: guía para la atención de controversias

Patricia Otón Olivieri 80-104

Las secuelas perniciosas del embarazo forzado en las niñas menores de 14 años ante la inobservancia del principio de interés superior de las niñas en Guatemala

Mayra Yojana Véliz López y María del Rosario Velásquez Juárez 105-120

Representatividade de gênero e raça no sistema de justiça brasileiro

Ela Wiecko Volkmer de Castilho y Carmen Hein de Campos 121-136

Reseña

Inimputabilidad y enfoque de género

María Camila Correa Flórez 137-141

Con mucho entusiasmo presentamos el número inicial de la Revista *IusGénero* América Latina (*Revista iGAL*), nacida de un esfuerzo colaborativo entre la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico y la Red de Académicas/os Latinoamericanas/os del Derecho (Red ALAS). La Coordinadora General de Red ALAS, Isabel Cristina Jaramillo Sierra y el Decano de la Facultad de Derecho, Julio Fontanet Maldonado, en un ejercicio de liderazgo académico previsor, unieron esfuerzos para lograr la creación de este medio de comunicación especializado en temas de género, derechos humanos, interseccionalidad, diversidad y justicia equitativa.

La *Revista iGAL* ofrece un espacio de acceso abierto mediante su página web, por medio de dos ediciones al año (www.revistaiusgenero.com). Publica textos en español, portugués e inglés y persigue dar a conocer investigaciones, ideas y propuestas novedosas. Nuestra Revista está comprometida con la difusión de escritos que incorporen el análisis de temas jurídicos desde la perspectiva de género, la diversidad y el desarrollo para todas las personas. El norte de la Revista es transformar el derecho en una plataforma generadora de normas y de prácticas que promuevan la equidad, la diversidad y la inclusión para dejar atrás el discrimin y la exclusión.

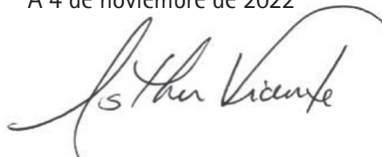
Publicaremos varias secciones. Por un lado la Revista incluirá trabajos teóricos, analíticos e investigativos dirigidos a el desarrollo del derecho, la educación jurídica y un sistema legal que incorporen concepciones equitativas de la justicia. También incluiremos reseñas de casos normativos, de libros y de informes de especialistas e instituciones. Los manuscritos sometidos a consideración de la *Revista iGAL* para publicación se someten a un proceso de arbitraje doble ciego, lo cual implica que los artículos son evaluados por especialistas con experiencia y conocimiento en los temas tratados, y que tanto la autora o el autor y las personas que realizan el arbitraje desconocen la identidad de la otra persona. Estos elementos garantizan la calidad y el impacto de la publicación.

Contamos con una Junta Editora compuesta por juristas especialistas en múltiples áreas del derecho que intersectan con los derechos de las mujeres. Proviene nuestra Junta Editora de países de América Latina, América del Norte, el Caribe y Europa. El trabajo cotidiano que ha dado lugar a este primer número lo realiza el Comité Editorial compuesto por cuatro académicas; Carmen Hein de Campos, quien es de Brasil, María Camila Correa Flórez, de Colombia, Yanira Reyes Gil y Esther Vicente de Puerto Rico. Celeste Elorriaga, proveniente de Argentina, se desempeña en el rol de asistente editorial.

Este número cuenta con trabajos de académicas de Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala y Puerto Rico. Las autoras analizan temas de alta prioridad para lograr una justicia otra y presentan datos y análisis sobre maternidades enjuiciadas, los géneros en la justicia, la representatividad de género y raza en el sistema de justicia brasileiro, supremacía masculina y partidos políticos, el principio del interés superior de la niñez y el embarazo forzado en las niñas, feminicidio, una guía para resolver controversias sobre la intersexualidad y una reseña de un caso de la Corte Suprema de Colombia.

Les invitamos a disfrutar de estos manuscritos y a presentar sus trabajos para darlos a conocer en esta su *Revista iGAL*.

A 4 de noviembre de 2022



É com grande entusiasmo que apresentamos o primeiro número da Revista *IusGénero América Latina* (Revista IGAL), nascida de um esforço colaborativo entre a Rede de Acadêmicas e Acadêmicos de Direito da América Latina (Red ALAS) e Faculdade de Direito da Universidade Interamericana de Porto Rico. A Coordenadora Geral da Red ALAS, Isabel Cristina Jaramillo Sierra, e o Decano da Faculdade de Direito, Julio Fontanet Maldonado, em um exercício de liderança acadêmica perspicaz, uniram forças para conseguir a criação deste meio de comunicação especializado em questões de gênero, direitos direitos, interseccionalidade, diversidade e justiça equitativa.

A *Revista IGAL* é parte integrante do compromisso e missão das duas instituições acadêmicas que a patrocinam. Visa fortalecer o compromisso de ambas as instituições com acadêmicos e acadêmicos que se dedicam ao ensino a partir de perspectivas interseccionais e distributivas. Busca ampliar a pesquisa e o conhecimento sobre o impacto do Direito e do ensino jurídico nos processos de discriminação de gênero e nos mecanismos de exclusão por ela gerados.

A *Revista IGAL* disponibiliza um espaço de acesso aberto através do seu website, por meio de duas edições por ano (www.revistaiusgenero.com). Publica textos em espanhol, português e inglês e busca divulgar novas pesquisas, ideias e propostas. Nossa Revista está comprometida com a divulgação de textos que incorporem a análise de questões jurídicas sob a perspectiva de gênero, diversidade e desenvolvimento para todas as pessoas. O norte da Revista é transformar a lei em uma plataforma que gere normas e práticas que promovam a equidade, a diversidade e a inclusão deixando para trás a discriminação e a exclusão.

Publicaremos várias seções. Por um lado, a Revista incluirá trabalhos teóricos, analíticos e investigativos destinados a promover o direito, a educação jurídica e a formação dos operadores dos sistemas que produzem e implementam as normas jurídicas para uma concepção equitativa de justiça. Também incluiremos revisões de casos jurídicos, livros e relatórios de especialistas e instituições. Os manuscritos submetidos à apreciação da *Revista IGAL* para publicação passam por um processo de arbitragem duplo-cego, o que implica que os artigos são avaliados por especialistas com experiência e conhecimento nos temas abordados, e que tanto a autoria ou o/a autora quanto as pessoas que realizam a avaliação desconhecem a identidade da outra pessoa. Esses elementos garantem a qualidade e o impacto da publicação.

Contamos com um Conselho Editorial formado por juristas de diversas áreas do direito que se relacionam com os direitos das mulheres. Nosso Conselho Editorial vem de países da América Latina, América do Norte, Caribe e Europa. O trabalho diário que deu origem a este primeiro número é realizado pelo Comitê Editorial composto por quatro acadêmicas: Carmen Hein de Campos, do Brasil, María Camila Correa Flórez, da Colômbia, Yanira Reyes Gil e Esther Vicente de Porto Rico. Celeste Elorriaga, da Argentina, atua como assistente editorial.

Esta edição apresenta artigos de acadêmicas da Argentina, Brasil, Colômbia, Guatemala e Porto Rico. As autoras analisam questões de alta prioridade para alcançar uma outra justiça e apresentam dados e análises sobre maternidade judicializada, gênero e justiça, representação de gênero e raça no sistema de justiça brasileiro, supremacia masculina e partidos políticos, o princípio do melhor interesse das crianças e gravidez forçada em meninas, feminicídio, um guia para resolver controvérsias sobre intersexualidade e uma revisão de um caso da Suprema Corte da Colômbia.

Convidamos a apreciar estes manuscritos e a apresentar os seus trabalhos para na *Revista IGAL*.

4 de Novembro de 2022

With great enthusiasm we present the first and initial number of *Revista IusGénero América Latina* (*Revista IGAL*), born as a collaborative effort between the Law School of the Inter American University of Puerto Rico and Red de Académicas/os Latinoamericanas/os del Derecho (Red ALAS). The General Coordinator of Red ALAS, Isabel Cristina Jaramillo Sierra and the Dean of the Law School, Julio Fontanet Maldonado, in an exercise of forward looking academic leadership, joined efforts to guarantee the creation of this communication medium specialized in subjects related to gender, human rights, intersectionality, diversity and equitable justice.

Revista IGAL is an integral part of the commitment and mission of the two academic institutions that sponsor its creation. Its objective is to support and promote their commitment with academicians dedicated to legal education with intersectional and distributive perspectives. The goal is to increase research and knowledge on the impact of Law and legal education in generating or combating discrimination based on gender and the exclusion mechanisms that it generates.

Revista IGAL provides an open access space through its web page (www.revistaiusgenero.com) and two annual editions. It publishes works in Spanish, Portuguese and English and provides access to research, ideas and novel proposals. Our journal is committed to the diffusion of written works that incorporate analysis of legal themes from perspectives cognizant of gender, diversity and that promote development for all. Its lodestar is the transformation of Law into a platform that generates norms and practices that promote equality, diversity and inclusion and to eradicate discrimination and exclusion.

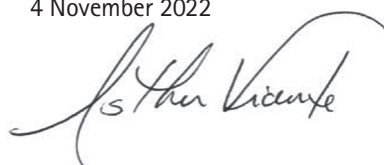
This journal will include several sections. On the one hand, it will publish theoretical and analytical works as well as research leading towards advancement of the law, legal education and a legal system that incorporate equitable conceptions of justice and pursues to support equitable justice approaches among those engaged in the legal system as producers and enforcers of legal norms. It will also include reviews of leading cases, books, institutional and expert's reports. The manuscripts presented to *Revista IGAL* for publication are submitted to an anonymous peer review process. This guarantees that specialists with experience and knowledge of the manuscript's subject matter evaluate it while both author and peer reviewer do not know the identity of each other. These elements guarantee the quality and impact of this publication.

Our Editorial Board counts with jurists specialized in multiple legal subjects that intersect with women's rights and gender issues. They are from countries in Latin America, North America, the Caribbean and Europe. The day-to-day work at *Revista IGAL* is carried out by an Editorial Committee of four academics; Carmen Hein de Campos, from Brazil; María Camila Correa Flórez from Colombia; Yanira Reyes Gil and Esther Vicente from Puerto Rico. Celeste Elorriaga, from Argentina performs the role of Editorial Assistant.

This number of *Revista IGAL* includes manuscripts from Argentina, Brazil, Colombia, Guatemala and Puerto Rico. The authors analyze high priority subjects. They present data and analysis regarding subject such as: prosecuted motherhood, the genders of justice, gender and race in the Brazilian justice system, masculine supremacy in political parties, the superior interest of the child principle and forced pregnancy in young girls, femicide, a guide to solve issues regarding intersexuality and a review of a judicial determination by the Supreme Court of Colombia.

We invite you to enjoy these manuscripts and to present your works for publication by this your journal, *Revista IGAL*.

4 November 2022



ARTÍCULOS

(Re) Pensando los géneros en la justicia

Autora

Camila Denise Beguiristain*

RESUMEN

Mediante un abordaje cualitativo, se sostiene la necesidad de transformar el sistema de justicia argentino con enfoque de géneros y derechos humanos, pues sin desconocer las políticas y los espacios con competencia en la materia que progresivamente se han instalado dentro del sistema de justicia, aún persiste una estructura de poder que por estar diseñada y gestionada con escasa transversalización de la perspectiva de géneros, despliega acciones que violan los derechos fundamentales de las mujeres y LGBTQ+.

Por ello, mediante tres apartados se expondrá que, pese a la sanción de nuevos y mejores derechos que colocan al acceso a la justicia como un derecho humano universal, las mujeres y LGBTQ+ todavía enfrentan obstáculos en términos de reconocimiento, redistribución y participación derivados del paradigma androcéntrico. Finalmente, se proponen algunas dimensiones desde las cuales seguir pensando y reflexionando el desarrollo de mecanismos que garanticen una reforma judicial feminista y transfeminista.

PALABRAS CLAVE:

JUSTICIA, FEMINISMO, TRANSFEMINISMO, DERECHOS HUMANOS.

Cómo citar este artículo

Beguiristain, Camila Denise (2022). (Re)pensando los géneros en la justicia.
REV. IGAL, I (1), 10-24.

* Directora de la Unidad de Políticas de Igualdad de Géneros y Diversidad Sexual de la Secretaría General del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: camibegui@gmail.com.

ABSTRACT

Through a qualitative approach, the need to transform the Argentine justice system with a gender and human rights approach is sustained, since without ignoring the policies and spaces with competence in the matter that have been progressively installed within the justice system, A power structure still persists that, because it is designed and managed with little mainstreaming of the gender perspective, deploys actions that violate the fundamental rights of women and LGBTQ+.

Therefore, through three sections it will be stated that, despite the sanction of new and better rights that place access to justice as a universal human right, women and LGBTQ+ still face obstacles in terms of recognition, redistribution and participation derived from the paradigm androcentric. Finally, some dimensions are proposed from which to continue thinking and reflecting on the development of mechanisms that guarantee a feminist and transfeminist judicial reform.

KEYWORDS:

JUSTICE, FEMINISM, TRANSFEMINISM, HUMAN RIGHTS.

1. Introducción

En la República Argentina, hace tiempo resuenan las alarmas y los pedidos de reforma judicial bajo argumentos que evidencian una estructura de poder que, al mismo tiempo que es plataforma de exigencia de satisfacción de los derechos humanos, está diseñada y gestionada para funcionar y dar respuestas que, tanto al interior como al exterior del mismo, resultan ineficientes, desiguales y discriminatorias a demandas sociales complejas y dinámicas.

Este desfase generado entre las respuestas judiciales y la protección y garantía de nuevos y mejores derechos asumidos por el Estado, acarrea la incomodidad de los grupos sociales que comienzan a movilizarse y visibilizar que las cuestiones aparentemente naturales responden, más bien, a relaciones políticas de poder.

En el caso de las mujeres y del colectivo LGBTQ+, la demanda de cambio se tradujo en lo que llamamos *reforma judicial feminista y transfeminista*. A través de ella, estos movimientos y pensamientos críticos (Carosio, 2017) manifiestan que el poder y su formación y funcionamiento, responden a un sistema funcional al régimen androcéntrico. Es a partir de allí que dichos movimientos comienzan a reclamar por la *transformación cualitativa y cuantitativa*.

El soporte sobre el que se construye y se defiende dicha transformación es el hecho de que los derechos constitucionales y convencionales –reconocidos y asumidos por el Estado argentino–, quedan anulados frente a un poder que produce, reproduce y refuerza patrones socioculturales, distributivos y participativos que agravan la discriminación en términos de sometimiento.

Sin desconocer las políticas y los espacios con competencia en géneros y diversidades que progresivamente se han instalado dentro del sistema de justicia (Bergallo & Moreno, 2017), aún es posible observar “(...) las enormes dificultades que las mujeres se encuentran a la hora de reclamar sus derechos (...) así como las respuestas total o parcialmente insatisfactorias que en numerosas ocasiones obtienen una vez que han conseguido presentar sus reclamos” (Costa, 2016, p. 88).

Por ello, se visibilizan potentes argumentos para seguir reflexionando, analizando y repensando a la justicia con enfoque de género(s) y derechos humanos y reclamar por su (obligada) transformación, pues su efectivo cumplimiento requiere conocer las barreras existentes y las herramientas con las cuales atravesarlas (Facio, 1995; Maffía, 2022).

1.1 Metodología

En lo que sigue, realizaré un análisis cualitativo de la problemática a partir del abordaje teórico-documental de los trabajos e investigaciones realizadas por distintas/os académicas/os, militantes feministas e instituciones nacionales e internacionales que han estudiado y aportado datos a la discusión.

Asimismo, para sostener la argumentación he seleccionado tres causas judiciales en virtud del impacto social que generaron y la movilización feminista que en consecuencia se produjo para reclamar justicia. El objetivo de esta pequeña muestra será demostrar la falta de conciencia y análisis de género con la que aún opera el sistema de justicia (Facio, 1999).

Organizaré el trabajo en tres apartados. En el primero, problematizaré desde la paridad participativa (Fraser, 2015), la discordancia entre el viraje normativo y la noción conservadora y androcéntrica de justicia sobre la que estos se reclaman. En el segundo, a través del análisis de casos jurisprudenciales, evidenciaré los sesgos y barreras que, en términos de reconocimiento y redistribución, aún persisten en el acceso y tránsito por el sistema judicial. En el tercero, haciendo hincapié en la dimensión participativa, desarrollaré qué comprende una reforma judicial feminista y transfeminista con enfoque de géneros y derechos humanos y mostraré las acciones realizadas en la Provincia de Buenos Aires en tal sentido.

2. Obstáculos para la garantía del derecho humano de acceso a la justicia en clave de género(s)

En el ámbito normativo, el feminismo y el transfeminismo vienen demostrado que éste, más que una herramienta, ha sido un campo de lucha, ya que han reconocido y visibilizado que el dere-

cho, en tanto producto socialmente construido, es otro espacio de expresión de las relaciones patriarcales que definen y normalizan las subjetividades a partir de la experiencia del hombre cis heterosexual (Jaramillo, 2000; Beguiristain, 2020).

En la República Argentina, en el año 1994, cuando la Constitución Nacional incorpora una serie de Tratados Internacionales de Derechos Humanos –algunos con jerarquía superior a las leyes y otros con jerarquía constitucional–, las feministas comienzan a reclamar por la vigencia de sus derechos fundamentales con mayor impulso y resistencia.

Sucede que, frente al avance de las políticas neoliberales de recorte y despojo social, los derechos humanos, fueron herramientas vitales para dar lugar a múltiples debates que permitieron revitalizar y potenciar temas acuciantes para las mujeres (Costa, 2016). Trasladando la discusión al espacio público, comenzaron a poner en jaque, progresivamente, el *status quo* patriarcal de restricción de derechos a través de la sanción de: i) la Ley N° 20.012 de cupo femenino; ii) la Ley N° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, iii) la Ley N° 26.791 que incluye el femicidio al Código Penal, iv) la Ley N° 25.970 de moratorias previsionales para amas de casa, v) la Ley N° 26.994 que sanciona el nuevo Código Civil y Comercial instaurando, entre otros institutos, la compensación económica, vi) la Ley N° 27.610 de acceso al aborto, entre otras.

Y mientras las mujeres encontraron el reconocimiento de sus derechos en las convenciones generales –bajo la prohibición de la discriminación por motivos de sexo– y en las especiales de derechos humanos –Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994)–, el grupo LGBTQ+ permaneció invisibilizado hasta la adopción de los Principios de Yogyakarta en el año 2006¹ y las posteriores reinterpretaciones de las convenciones a la luz de un enfoque de géneros en plural.²

Empero, la República Argentina poco a poco fue reconociéndoles derechos a través de las siguientes leyes: i) Ley N° 26.618 de Matrimonio Igualitario, ii) Ley N° 26.743 de Identidad de Género y iii) Ley N° 26.636 de Cupo Laboral Trans.

En consonancia con ello, se comenzó a enfatizar en el cambio de paradigma sobre el acceso a la justicia, implicando el paso de una concepción que la concebía como una mera declaración de posibilidad de defensa de derechos individuales del cual las personas eran usuarias, a otra que destaca e insiste en definirla como un derecho humano pluridimensional³ (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [Comité CEDAW], 2015) del cual las personas son titulares para ejercer prerrogativas individuales y colectivas.

El Estado queda obligado a brindar un servicio público (Méndez, 2000) universal que, aunque no puede depender de la posición en la que se encuentran las personas, la realidad ha demostrado que se convirtió en un privilegio no solo de clase sino también de sexo-género⁴, puesto que la organización, composición y funcionamiento judicial, evidencian un gran desfase entre los cambios acogidos por el derecho y el espacio en que estos se reclaman.

Señala Gargarella (2020) que una de las razones de ello es que el viejo modelo organizativo de finales del siglo XVIII, aún vigente, es sumamente elitista. Adicionando que también es sumamente masculino y patriarcal (Lorenzo, 2020), nos da como resultado un sistema que además de problemas representativos y de control, ocasiona graves perjuicios en el mantenimiento, reproducción y perpetuación de desigualdades económicas, sociales y de género.

¹ Documento elaborado por 16 expertos en derecho internacional de los derechos humanos de diversos países, a petición de Louise Arbour. Contiene 29 principios –aprobados por unanimidad– e incluye recomendaciones a los gobiernos, las instituciones intergubernamentales regionales, la sociedad civil y a la propia organización de las Naciones Unidas. En el año 2017 se incluyeron 10 principios más, formando un total de 37 y 18 recomendaciones. Se constituyeron en la principal referencia en materia de derechos humanos de personas LGBTQ+.

² El pronto trabajo de los organismos internacionales de derechos humanos llevó a interpretar que la protección del colectivo quedaba incluida en los distintos Pactos y Convenciones bajo la fórmula de la prohibición de discriminación por 'cualquier otra condición social'. Además, en el año 2013, se adoptó la Convención Interamericana Contra Toda forma de Discriminación e Intolerancia previendo, en su artículo 1 inc. 1, párrafo dos, a la orientación sexual, identidad y expresión de género como motivos de discriminación. La República Argentina sólo la ha firmado.

³ Abarca la justicia, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos y la rendición de cuentas.

⁴ Los análisis feministas y sociales utilizan la categoría de género para explicar las desigualdades sociales que se generan a partir de la diferencia sexual, remitiendo a roles y funciones asignadas a cada uno de los dos sexos reconocidos en el sistema heterosexual para dar lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres que actúan en favor de éste y en detrimento de aquella (Comité CEDAW, 2010).

Si consideramos el ámbito judicial como una instancia de participación ciudadana que a través de la deliberación (Gargarella, 2014) permite el reclamo por la protección, garantía y/o reparación de los derechos humanos y la transformación de las relaciones sociales, en el caso de las mujeres y del colectivo LGBTIQ+ requiere una revisión de lo que Fraser (2015) llama (in)justicia participativa, es decir, de los obstáculos institucionales que impiden que ciertas personas puedan participar a la par con otras como interlocutoras plenas. En particular, aquellos que devienen de la falta de reconocimiento, redistribución y representación.

Por el primero, visibilizamos que el sistema androcéntrico creó patrones culturales y sociales jerarquizados, que privilegian y colocan a lo masculino como lo universal, acarreado la falta de participación de las mujeres y LGBTIQ+ por ser inferiores en status. Al mismo tiempo, el movimiento feminista expuso que la visión sesgada del poder llevó a que solo se reconozca una esencia única de lo que es ser mujer sin considerar la intersección⁵ de múltiples formas de opresión que ocasionan discriminaciones específicas que condicionan de diferentes maneras el acceso a la justicia, el transcurso del proceso y su reparación.

En el caso "González Lluy y otros vs. Ecuador", la Corte IDH (2015) realiza por primera vez el análisis de la interseccionalidad⁶ disponiendo:

(...) en el caso Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona viviendo con VIH. La discriminación que vivió Talía no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores (...) (p. 87).

El Comité CEDAW (2010) dispuso en la Observación General N° 28:

La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres.

En la Observación General N° 33 relativa al acceso a la justicia, el mismo Comité (2015) señala:

La discriminación contra la mujer (...) tienen efectos adversos sobre la capacidad de éstas para obtener acceso a la justicia en pie de igualdad con los hombres. Además, la discriminación contra la mujer se ve agravada por factores interseccionales que afectan a algunas mujeres en diferente grado o de diferente forma que a los hombres y otras mujeres (p. 4).

En cuanto a la redistribución, pese a la sanción de derechos humanos económicos y sociales, la división entre los espacios públicos y privados ocasionó la división sexual del trabajo, es decir, la limitación de las mujeres y colectivo LGBTIQ+ para el acceso a los trabajos valorados social y económicamente (productivos). Al mismo tiempo, en caso de acceder, el sistema procuró mantener la estratificación horizontal⁷ y vertical⁸ para evitar intromisiones en los puestos mejor remunerados y de toma de decisiones (Birgin & Gherardi, 2008). En consecuencia, se naturalizó el desarrollo del trabajo reproductivo de manera altruista, invisibilizando su valor económico-social⁹ y la pobreza y la dependencia económica se volvieron inevitables.

Por último, la dimensión de la representación nos advierte que en las deliberaciones sociales no todas las personas tienen la misma voz y, como se ha indicado, el poder judicial fue construido desde un arriba para un abajo muy distinto. En consecuencia, al mismo tiempo que se niega la participación en la organización del sistema y en su composición, la toma de decisiones anula sus opiniones, consideraciones y reclamos y restringe la deliberación democrática plural (Mouffe, 1993).

⁵ Si bien el análisis y la introducción de la interseccionalidad en las ciencias sociales se dio formalmente en el año 1989 por Kimberlé Crenshaw, las mujeres han reclamado en todos los lugares y las épocas que la combinación de su identidad sexual y su identidad racial hacían única su situación vital. Por ello, no es casual que el concepto haya surgido en la literatura feminista afroamericana de Estados Unidos, ya que ellas sufrían la misma discriminación que sus pares masculinos, pero al mismo tiempo por parte de ellos.

⁶ El Tribunal reiteró el mismo concepto en el caso "I.V. Vs. Bolivia". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2016. En el caso, la víctima había sufrido discriminación por ser mujer, por su condición económica y por refugiada.

⁷ Solo accederán a tareas que el régimen estereotipado considera apropiado al género, por ejemplo, los servicios sociales. Se conoce a esta limitación como paredes de cristal.

⁸ Solo podrán escalar jerárquicamente hasta cierto punto, sin poder llegar a los puestos más altos. Al mismo tiempo, el ascenso no será un camino lineal en igualdad de condiciones, sino que serán mayores los obstáculos que los que de sus pares masculinos. Se conoce a estas limitaciones como techo de cristal y pisos pegajosos, respectivamente.

⁹ El trabajo doméstico y de cuidados no remunerado (...) representa un 15,9% del PIB y es el sector de mayor aporte en toda la economía, seguido por la industria (13,2%) y el comercio (13,0%) (Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género, Ministerio de Economía, 2020, p.10) y se lo considera improductivo y feminizado, cuando es por este que el capital tiene a los/as trabajadores/as en condiciones de emplearse y se mantiene la existencia de la comunidad con menor gasto público

3. El acceso a la justicia en cuestión: sesgos y barreras en el abordaje de los conflictos

Las preocupaciones e intentos de reflexión por la igualdad de las mujeres, que en otras latitudes comenzaron entre los años 1970 y 1980 como estudios interdisciplinarios de género, en América Latina se gestaron en un contexto de continuas dictaduras acompañadas de proyectos político-económicos neoliberales y conservadores (Costa, 2016). Fue en la década de 1990, con la progresiva incorporación del lenguaje de los derechos humanos, que las mujeres encontraron el momento propicio para politizar con mayor fervor las distintas problemáticas que componían la agenda de género (Lerussi & Costa, 2017).

Comenzaron entonces a desarrollar una ciudadanía feminista que tuvo como base la continua articulación y actuación política colectiva (Jaramillo, 2000; Dietz, 2001; Astelarra, 2002) para trasladar la discusión de sus reivindicaciones al terreno de lo público y a los diversos espacios de discusión democrática diseñados por el Estado.

En este sentido, el sistema de justicia se volvió un foco de interpelación feminista y trans-feminista¹⁰ en tanto espacio clave para lucha por los derechos humanos y la igualdad de géneros ya que, a medida que fueron accediendo al mismo, visibilizaron la necesidad de transformación.

En ese marco, comenzaron las investigaciones jurídicas feministas latinoamericanas en general, y argentinas en particular, que permitieron desarrollar un campo académico para plantear y sostener la emergencia de la participación de las mujeres en la justicia y la creación de áreas institucionales desde las cuales desplegar la transversalización de la perspectiva de géneros tanto en el trabajo interior como en el brindado a la ciudadanía (Lerussi & Costa, 2017; Bergallo & Moreno, 2017). A partir de allí, se despliegan progresivamente una serie de nuevas institucionalidades de género a nivel regional y local para trasladar los aportes teóricos-prácticos de la militancia feminista y social de los derechos humanos a la re-significación de la justicia.

Pese a ello, aún persisten lógicas de funcionamiento que obstaculizan el acceso a la justicia y el tránsito y la permanencia en los procesos. Así, tribunales y juzgados evaden la obligación constitucional y convencionales que les cabe en la realización de abordajes con perspectiva de géneros, generando efectos no solo en las partes involucradas sino también para la ciudadanía en general, pues la justicia tiene una función performativa y pedagógica que va más allá del caso concreto, repercutiendo en la ciudadanía. Por eso requiere de serias reflexiones críticas respecto de los impactos que genera en el sistema de géneros (Lorenzo, 2020).

Para demostrar las injusticias que aún operan en el poder judicial, he seleccionado tres causas. Más allá del espacio, la elección de las mismas corresponde a la posibilidad de verificar la falta de conciencia y análisis feminista, pues reflejan abordajes androcentristas que dejan intactas las estructuras de subordinación y discriminación de género(s) en los términos de reconocimiento y redistribución anteriormente desarrollados. Asimismo, su difusión ocasionó un profundo impacto social y una amplia movilización feminista en busca de justicia. La última de ellas, incluso, fue motivo de análisis en el libro "Dicen que tuve un bebé" (Carrera et. al., 2020) en el que se relatan siete historias de personas involucradas con el sistema judicial en virtud de la figura del aborto.

En la causa N° 4974¹¹, el 26 de noviembre de 2018, los jueces del Tribunal en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata, emitieron una sentencia que, por un lado, condenaba a los imputados Maciel, Farias y Offidani por la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y, por el otro, los absolvía por unanimidad por el abuso sexual y femicidio de Lucía.

La causa versa sobre el fallecimiento de Lucía Pérez, quien el 8 de octubre del 2016 fue trasladada por los imputados a un centro de salud por una supuesta descompensación. Horas antes del fallecimiento, la misma había estado en el domicilio de Farias donde habría sido víctima de abuso sexual mediando el consumo de drogas.

El imputado reconoció la existencia de relaciones sexuales, pero mientras que el Fiscal sostuvo que Farias accedió carnalmente a Lucía por vía vaginal y anal de forma violenta aprovechándose de su vulnerabilidad, la Defensa sostuvo que fue una relación consentida.

Los magistrados coincidieron con la defensa y para así sostenerlo se basaron en la conducta personal de la víctima y en su actitud sexual. El análisis comienza con la pregunta: "¿Era Lucía una adolescente que podía ser fácilmente sometida a mantener relaciones sexuales sin su consentimiento?". Bajo su entendimiento, Lucía tenía una personalidad que "distaba mucho de

¹⁰ Autoras como Cobo Bedia (2019), sostienen que en la actualidad el feminismo transita por la cuarta ola. Una de las características de esta etapa ya no es trabajar por la diferencia, sino por la convergencia y la solidaridad.

¹¹ Disponible en <https://www.cosecharoja.org/wp-content/uploads/2018/11/sentencia-toc-1-lucia-perez.pdf>

ser sumisa” ya que de sus conversaciones de WhatsApp se evidenciaba que mantenía relaciones sexuales con quien y cuando quería. Se observa entonces, el descreimiento de lo sucedido por analizar su vida sexual y su personalidad que, al entender de los magistrados, era tan fuerte como para decir no y evitar ser sometida sin su voluntad. En sus palabras: “(...) no está en el ánimo del suscripto juzgar la vida sexual de Lucía, pero de los chats analizados surge claramente que sus vivencias en ese sentido alejan por completo la posibilidad de que hubiera sido sometida sin su voluntad” (p. 19).

Ante ello, el Fiscal General interpone recurso de casación argumentando que los jueces basaron su razonamiento en comportamientos personales de la víctima que los llevó a desestimar el abuso sexual y la relación de subordinación. Al mismo tiempo, el movimiento feminista y mujeres militantes acompañaron la marcha iniciada por sus familiares y amigos/as en reclamo de una justicia independiente del poder de los poderes: el patriarcal.

Finalmente, La Sala IV del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, en la causa N° 95.425, revocó la sentencia de absolución por la falta de imparcialidad de los jueces de primera instancia cuando elaboraron un “preconcepto respecto de las actividades y hábitos de la víctima” que comprometieron “las libres convicciones razonadas del sentenciante”, aclarando que “en esta instancia no se está juzgando a la víctima (como pareciera estar ocurriendo) sino a los eventuales victimarios” (p. 38).

Describieron el comportamiento de los magistrados como parcial y discriminatorio, al estar guiado por “prejuicios y estereotipos que lo llevaron a desviarse del objeto sometido a su decisión, apartándose de la normativa Nacional vigente y de los estándares Internacionales en materia de Género” (p. 53).

El 12 de mayo de 2021, la SCBA rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa, sosteniendo la presencia de vicios en la imparcialidad de los jueces de primera instancia en base a estereotipos de género y preconcepciones de género que prácticamente la responsabilizaban por lo sucedido.

En la causa CCC 41112/2018/TOI/3/CNC3¹², el 10 de marzo de 2020, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resuelve recusar a los jueces que integran el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 8 de la misma ciudad en la causa que tiene como imputada a Luz Aimee Díaz.

En la solicitud de recusación se hace mención que Luz es una mujer trans y trabajadora sexual que, de ser juzgada por los jueces, no gozaría de la garantía de imparcialidad. Para así sostenerlo, citan fallos y notas periodísticas anteriores al caso en las que se exhiben actitudes y posiciones ideológicas, sociales y políticas de los magistrados que revelan la oposición de estos en la utilización de la perspectiva de género.

En la oportunidad de presentar un informe sobre la solicitud de recusación, el magistrado Rizzi sostiene que como en el caso se “(...) investiga un robo y una tentativa de homicidio criminis causa en el que la víctima es un hombre y **el acusado** una persona transexual” (p.2) (énfasis en negrita suplido) no existe analogía con los casos mencionados. Por su parte, Anzoátegui afirma discrepar absolutamente con la **corriente ideológica** denominada perspectiva de género y que sus creencias religiosas no afectarían la imparcialidad en la causa contra “**un imputado con tendencias homosexuales**” (p.4) (énfasis en negrita suplido).

Notamos en el caso: i) el rechazo y la negación de la perspectiva de género(s) y su aplicación, ii) la negación de la identidad de Luz, al referirse hacia ella como “el acusado” o “el imputado”, iii) las preconcepciones estereotipadas que contamina el comportamiento de los jueces y, iv) la ignorancia del contexto de vulnerabilidad social, económico y cultural.

Finalmente, haciendo hincapié en la Ley de Identidad de Género y en las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, la Cámara hace lugar a la recusación.

En la causa caratulada “Reyes Rosalía Esther s/ recurso de casación” y su acumulada “Reyes Rosalía Esther s/ recurso de casación (art. 417 CPP)”¹³, surge que Rosalía es madre de cuatro hijos/as a los que mantenía sola. Trabajaba intensamente en un frigorífico de la ciudad de Argerich cuya jornada se extendía de las 4 a.m. a 22 p.m. No tenía ningún derecho laboral, y al tener su último hijo le advirtieron que no volviera a quedar embarazada. Pero sucedió.

El 18 de mayo del 2005 al regresar de su trabajo a las 21 p.m. cuenta que se recuesta porque se sentía descompuesta. Al rato va al baño porque sentía dolores fuertes y luego de algunas contracciones nace una bebé. Se desmaya y al recobrar la conciencia le pide ayuda a

¹² Disponible en <https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2021/06/13.-Reg.-n%C2%B0-S.T.-286.2020-Luz-Aimee-Diaz.pdf>.

¹³ Disponible en <https://www.scba.gov.ar/paginas.asp?id=48062>.

su hija de 12 años. Al asistir a la bebé la ve muerta. Al día siguiente llaman a la psicóloga de la hija mayor (quien la atendía por el abuso sexual que había sufrido por el ex marido de Rosalía) en busca de ayuda, pero esta viola el secreto profesional y llama a la policía.

La policía llega a la casa, encuentra a la bebé y Rosalía es detenida. Un año después es excarcelada y comienza a atravesar el juicio en libertad, por homicidio calificado por el vínculo. Luego de dos audiencias, toma conocimiento de que era probable que la condenen a perpetua por lo que escapa con sus hijos e hijas a Zárate.

Estuvo prófuga por 12 años, pero en junio de 2018, es detenida porque al estar esperando el subte de la línea C de la estación de Retiro, las cámaras de reconocimiento facial la detectaron. Comienza así el segundo juicio y el 19 de febrero de 2020 la condenan a ocho años de prisión por haberse "acreditado" que el deceso de la recién nacida fue intencional por la omisión de los cuidados necesarios.

Comenzaron entonces las movilizaciones del movimiento feminista y de derechos humanos reclamando por la libertad y absolución de Rosalía al mismo tiempo que se exigía una justicia que no sea ajena a los estereotipos de género y al contexto de la acusada. Vemos que el poder judicial centrado en los roles maternales, fue ciego a la interseccionalidad que atravesaba a la acusada y omitió las condiciones de violencia y carencias materiales y sociales en las que vivía.

Fue el 17 de junio del 2020 que la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires absolvió a Rosalía y ordenó liberarla. El Tribunal señaló que "(...) la sentencia impugnada (...) contiene abundantes referencias a modelos estereotípicos del rol maternal, que marcan un estándar ideal y abstracto sobre cómo debe actuar una "buena madre", desentendiéndose de la contundente información reunida en torno a la falta de posibilidades reales de actuar conforme al modelo" (p.8).

A diferencia del *a quo*, el Tribunal destacó las obligaciones asumidas por el Estado en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará, 1994), insistió en la jurisprudencia de los órganos internacionales que han señalado el impacto diferencial que tienen las violaciones de derechos humanos por razones de género y consideró que la acusada: i) proviene de una familia de 8 hermanos a los que tuvo que cuidar de pequeña por la muerte de su madre, ocasionando el abandono escolar; ii) al momento del hecho era madre de 4 hijos e hijas a los/as que cuidaba y mantenía sola; iii) trabajaba largas horas en condiciones penosas y derechos laborales mínimos; y, iv) la violencia vivida por parte de sus parejas (quedó embarazada de su primera hija a los 19 años y el padre de la niña la abandonó; tuvo a su segunda y tercera hijas con un hombre que la maltrataba y la golpeaba, y su cuarto hijo, nació de una relación con otro hombre al que denunció por abuso sexual contra su hija mayor).

Por lo tanto, es posible advertir que en primera instancia Rosalía no tuvo un adecuado acceso a la justicia ya que su voz no fue escuchada y la (des)contextualización de su realidad (carencia de económica, educativa, afectiva, familiar) fue sustituida por atributos de subordinación y dominación (Faerman, 2020).

Recapitulando, de los casos referenciados, es posible percibir que pese a la sanción de nuevos y mejores derechos para las mujeres y LGBTIQ+, aún existen grandes limitaciones que en términos de reconocimiento y redistribución impiden su garantía y satisfacción plena. Las feministas y transfeministas sabemos que la lucha, lejos de acabarse con la declaración, continúa en los espacios en donde se discute su aplicación.

La negación a las relaciones desiguales de poder, la distribución desigual de recursos y la inhabilitación y desacreditación de las voces de la 'otredad' continúan reproduciendo, reforzando y perpetrando la discriminación y exclusión. Se advierte entonces los patrones de funcionamiento a través de los cuales el poder judicial interpreta y aplica el derecho contra la voluntad progresista de las normas para cristalizar la dominación patriarcal y elitista (Herrera, 2021).

4. Contribuciones de la dimensión participativa para transformar la justicia

Señalé anteriormente, que una de las dimensiones de la justicia es la representativa, es decir, la participación política. Dicha dimensión adquiere una relevancia potencial en el caso de las mujeres y LGBTQ+ si consideramos que a través de la división social sexo-genérica se les impidió la participación pública.

Sin embargo, ello no fue óbice para que, a través de una militancia activa y constante, las feministas y transfeministas reclamen por su inclusión como actrices políticas en las discusiones de interés social para el diseño de políticas públicas que, a través de los enfoques de derechos humanos y géneros, se pase de un modelo de relaciones jerárquicas a otro igualitario y participativo.

Estos movimientos conformaron nuevas subjetividades colectivas y se constituyeron en ofensivas modernizadoras desde abajo (Wagner, 1997) que por medio de la acción, movilización y construcción de alianzas comenzaron a lograr el cuestionamiento, el debilitamiento y la transformación de las normas del sistema de género.

En la República Argentina, el 8 de marzo del año 2021 (Día Internacional de la Mujer, conocido como 8M), dejó como una de las principales metas el pensar, diseñar, reclamar y luchar por una reforma judicial feminista. Pronto, fueron variados los espacios públicos en los que se propusieron debatir. Tal fue la movilización que, el 19 de junio de ese mismo año, se llevó a cabo el Primer Foro Federal de Reforma Judicial Feminista. El mismo se desarrolló de manera virtual en virtud del contexto sanitario por la pandemia de COVID-19 y se organizó a través de comisiones divididas por temas. Fue convocado por personas y organizaciones militantes de todo el país con la finalidad de crear un espacio federal e interdisciplinario para dialogar y debatir colectivamente sobre las problemáticas que enfrentan las mujeres y LGBTQ+ en el acceso a la justicia y ensayar propuestas de abordaje. Participaron alrededor de seis mil personas y las conclusiones a las que se arribaron se plasmaron en un documento como diagnóstico y disparador para futuras discusiones. Allí se concluyó, principalmente, que el acceso a la justicia sigue siendo una deuda con la democracia y que "(...) debatir, visibilizar y problematizar al poder judicial, constituye el primer paso para deconstruirlo y erradicar sus violencias (...) " (Primer Foro Federal, 2021).

Como se mencionó, pese a la existencia progresiva de la participación e institucionalidad de género dentro de la justicia, aún subsisten serias limitaciones que requieren de una transformación seria y profunda, que comprometa el diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas que sean el reflejo de la intervención y participación de los grupos más afectados (Abramovich & Pautassi). En este sentido, cualquier intento de reforma necesita no solo de voces técnicas y especializadas, sino también de las personas usuarias del servicio, en tanto vivencian y ponen el cuerpo a las múltiples barreras existentes (de la Vega, 2021).

De ahí que una de las primeras conclusiones del mencionado Foro haya sido exponer las desigualdades participativas, no solo en la planificación de nuevas políticas, sino también en la composición misma del poder: *<participar para reformar y participar para la pluralidad>*. Bajo esta consigna, supimos demostrar la necesidad de contar con miradas diversas y discusiones abiertas y plurales.

La evidente exclusión ha llevado a que la agenda de género colocara como uno de sus grandes objetivos la lucha por la intervención social en términos de igualdad. Las disposiciones de la CEDAW y de la Convención de Belem do Pará, junto a los Principios de Yogyakarta¹⁴ nos trasladan a una obligada (re)lectura de las disposiciones constitucionales argentinas, sobre todo: i) su parte orgánica y conservadora y, ii) del artículo 16 para reemplazar la tradicional igualdad formal por la igualdad en términos de no sometimiento.

En este punto, las feministas venimos sosteniendo desde hace tiempo que, lejos de la asimilación al sistema dominante, la igualdad (Santa Cruz, 1992) implica una relación recíproca horizontal que requiere: i) la posibilidad de elección y decisión independiente (autonomía); ii) capacidad de ejercicio del poder (autoridad); iii) la emisión de una voz que sea escuchada y goce de credibilidad (equifonía), iv) gozar del mismo valor (equivalencia), v) una relación dialógica entre interlocutores/as y no interlocutados/as (interlocución) y, vi) responsabilidad en el diseño y mecanismo de la vida social.

¹⁴ Véase el Principio N° 8 de acceso a un juicio justo.

4.1. Participar para la pluralidad

Pese a la sanción de la Ley N° 27.412 de paridad de género en los ámbitos de representación política y decisión colectiva, ni en el Poder Ejecutivo, ni en el Poder Judicial se reservan posiciones de decisión para las mujeres.

Y si hablamos de políticas con enfoque de derechos, los datos acerca de la composición del Poder Judicial han sabido hablar por sí, pero haciéndose oír a través de los reclamos de los movimientos.

La Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación publicó en el año 2020 el Mapa de Género de la Justicia Argentina. Allí se expuso que “(...) si bien en el año 2020 el sistema de justicia estuvo conformado mayoritariamente por mujeres (56%), sólo el 31% de las máximas autoridades eran mujeres” (Oficina de la Mujer [OM], 2020, p. 2). Ello deriva de que “(...) los funcionarios varones tuvieron el doble de probabilidades de ser magistrados/as, procuradores/as, fiscales o defensores/as, y 3,5 veces más de ser máximas autoridades que sus pares mujeres (...)” (OM, 2020, p.2). De allí que de las 185 personas que tienen el cargo de magistrado/a, procurador/a, fiscales y defensores/as generales, solo 57 (31%) son mujeres y 128 (69%) son hombres.

Por oposición, en el cargo de funcionario/a y personal administrativo, las mujeres son mayoría en un 61% contra un 39% y un 60% contra un 40%, respectivamente.

Las brechas y las posibilidades de acceso siguieron manteniéndose, puesto que en el informe correspondiente al año 2021 se expuso que “(...) el total del plantel estuvo compuesto por 126.036 personas, de las cuales el 57% eran mujeres. Sin embargo, ellas conformaron sólo el 31% de las máximas autoridades (Ministras/os, Procuradoras/es Generales, Defensoras/es Generales)” (OM, 2021, p. 3). Además, “(...) los funcionarios varones tuvieron el doble de chances de convertirse en magistrados, procuradores, fiscales o defensores y 3,4 veces más posibilidades de convertirse en máximas autoridades que sus pares mujeres funcionarias en el sistema de justicia argentino” (p.4).

En la Provincia de Buenos Aires –la provincia más poblada– la misma fuente arrojó como resultado que de 2380 personas que ocupan los cargos de ministra/o, magistrados/as, defensores/as y fiscales, 988 son mujeres y 1392 hombres, siendo el 41.5 % contra el 58.5%, respectivamente (OM, 2021).

Contrariamente, en los cargos de funcionarias/os y personal administrativo, de 22.482 personas, 13.460 son mujeres y 9.022 son hombres, siendo el 59.8% contra el 40.1% respectivamente.

Respecto del colectivo LGBTQ+, resulta reprochable la falta de desagregación de datos que permitan dar cuenta de su presencia aun con la presencia de una ley de cupo nacional y provincial.¹⁵

De allí que la imposibilidad de institucionalizar el género encuentre una de sus razones en la mínima participación en cargos de decisión que permitan transversalizar los enfoques en los casos sometidos a su conocimiento, ya que es irrealizable el reconocimiento y la redistribución si el escenario en donde se desarrollan dichas luchas no garantiza la participación en posiciones de jerarquía y autoridad de los mencionados colectivos.

Sin embargo, el núcleo de la participación no se resuelve solo en términos cuantitativos. Prontamente, los movimientos supieron evidenciar que además se requería de un conocimiento, una consciencia y un compromiso profundo con la modificación de las bases estructurales de las desigualdades sexo-genéricas. Aun con la existencia de la Ley Nacional N° 27.499 conocida como “Ley Micaela”, que establece la capacitación obligatoria en género y violencias de género para todas las personas que se desempeñan en la función pública, en los tres poderes del Estado, ¿cómo garantizar que el paso previo, es decir el acceso, esté atravesado con perspectiva de género(s) y garantice el ingreso de personas con formación en la temática?

El proceso de selección de magistrados y magistradas es sumamente complejo, toda vez que requiere la intervención de diversos estamentos, entre los que se encuentran los tres poderes del Estado. De allí que se requirió de acciones estatales que permitieran sortear estos obstáculos y colocaran en agenda el trabajo interdisciplinario e interinstitucional.

¹⁵ En la Provincia de Buenos Aires, la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, presentó un reclamo ante la Suprema Corte de Justicia para verificar el porcentaje que el colectivo ocupaba en dicho poder, en virtud de la Ley N° 14.783. Como consecuencia de ello, y sin respuesta mediante, el máximo Tribunal dictó la Resolución 920/21 por la cual se dispuso la creación de un Registro donde podrán inscribirse todas las personas trans que tengan el deseo de aspirar a un trabajo en el Poder Judicial.

En particular, en la Provincia de Buenos Aires, la reforma a la Constitución del año 1994, creó el Consejo de la Magistratura, asignándole la función de seleccionar a los/as postulantes a jueces/zas inferiores¹⁶. En este sentido, la Ley provincial N° 11.867 -regulatoria del Consejo- prevé los requisitos e instancias necesarias que deberá atravesar todo/a postulante.

El proceso de selección consistía en cuatro etapas: examen escrito, examen oral, análisis de antecedentes y entrevista personal. Sin embargo, en el año 2018, por la Ley N° 15.058 se dispone que, para poder participar del examen de oposición, será obligatoria la previa aprobación de la Escuela Judicial, que tiene el objetivo de preparar y perfeccionar el acceso y ejercicio de funciones judiciales. De allí que el análisis sobre la incorporación del enfoque de géneros en el mencionado proceso sea crucial.

En primer lugar, resulta cuestionable y reprochable que ambas instituciones partan de una inequidad de género. Respecto de las autoridades que conforman el Consejo, la presencia masculina resulta ser ampliamente mayoritaria siendo que, de dieciocho titulares, catorce son hombres y solo cuatro mujeres. Las leyes que regulan ambos organismos nada dicen al respecto, pero lo cierto es que, hasta tanto no se dé una modificación en la misma, cada estamento podría garantizar la equidad de género en virtud de la basta normativa nacional y convencional.

En segundo lugar, resulta clave señalar que los trabajos en relación a los compromisos asumidos en la materia comenzaron con una investigación llevada a cabo por la vicepresidencia del Consejo de la Magistratura. La misma tuvo por objeto analizar qué sucedería si a partir del año 2021 se instaura una política que garantice el acceso equitativo de mujeres y hombres para los cargos del poder judicial (es decir, un hombre y una mujer). Como resultado, se concluyó que la plena paridad ni siquiera sería alcanzable en el 2090. Y, si el porcentaje fuera un 75% de mujeres, se alcanzaría recién en el 2025 (Benente, 2021).

Por otro lado, la Escuela Judicial consiste en una instancia de aprendizaje y evaluación que dura dos años, siendo el primero común en contenido y el segundo con orientación en lo público o en lo privado, a elección del/la postulante. De acuerdo al plan de estudio, es posible verificar que ambas ramas del segundo año, contienen la materia "*Estudio sobre violencia de género*". Si bien las violencias por razones de género constituyen una de todas las partes que componen al sistema sexo-género, es posible mencionar el avance sumamente positivo de la incorporación de esta temática en el diseño curricular y la garantía de su obligatoriedad. Sobre este último punto, a través de la Resolución 2664/21 del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires y de las resoluciones 13/21 y 14/21 de la Escuela Judicial, se estableció que aquellos/as postulantes que acrediten tener doctorados, maestrías, especializaciones o diplomaturas, podrán solicitar que se les den por aprobados los contenidos de la Escuela, pero sí o sí deberán cursar y aprobar un curso de género y un curso de derechos humanos dictados por la Escuela.

Desde otro ángulo, la apertura e interés por el debate de la problemática se vio reflejada cuando representantes del Consejo convocaron a una reunión a las integrantes de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata en virtud de la denuncia presentada ante el mismo por la inequidad de género existente en el Poder Judicial bonaerense.

Además, otra de las inquietudes dentro del Consejo se manifiesta en lo relativo al momento en el cual incorporar la perspectiva de género. Resulta que de todas las etapas que componen el proceso de selección, la entrevista personal resulta ser el momento de mayor discrecionalidad. En consecuencia, los objetivos del Consejo versan sobre el análisis de la mejor oportunidad para su evaluación; y más allá de las limitaciones que podría presentar el examen oral o escritos, lo cierto es que resultan ser los más propicios. Sobre este punto, también se realizó una investigación en la que se analizaron los temarios entre los años 2010-2018 y de 144, solo 11 incluyeron temas sobre la desigualdad de género(s) (Benente, 2020). Al mismo tiempo, las propuestas se direccionan en evaluar el contenido de género no solo en relación con la violencia, sino también en observar la resolución desde aspectos socioeconómicos vinculadas a las brechas y a lo que anteriormente llamé feminización y transfeminización de la pobreza (Beguiristain, 2022).

Otro punto a considerar es que, de las sesenta ternas formadas durante este año, sólo una estuvo formada por tres hombres. Es decir, si bien formalmente no hay una norma que obligue al Consejo a formar ternas con paridad, los y las integrantes del Consejo mediante acuerdos informales concluyeron que en todas ellas se debía garantizar la presencia de, al menos, una mujer.

¹⁶ Conforme art. 175. El término inferiores refiere a quienes no sean candidatos/as a jueces y juezas de la Suprema Corte, Procurador/a y Subprocurador/a General ya que, de acuerdo a la Constitución bonaerense, estos/as serán designados/as por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.

Por último, resulta valioso destacar que actualmente el Consejo realiza reuniones semanales con el Ministerio de Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual bonaerense para poner en agenda los debates de género en el proceso de selección y en la conformación del Consejo.

4.2. Participar para reformar

Cuando hablamos de participar para reformar, nos referimos a la exigibilidad de la intervención de las mujeres y LGBTQ+ en el diseño y gestión judicial. Hasta el momento, hemos sido subrepresentadas e interlocutadas por voces hegemónicas que constantemente interpretan “nuestras” demandas bajo argumentos de vulnerabilidad y especial protección, ocultando con ello la necesidad de cambios profundos como titulares de derechos. De esta manera, la falta de participación se volvió la causa y consecuencia de la exclusión.

De ahí que la otra cara de la participación requiere formas institucionales que promuevan y perfeccionen la inclusión y participación de personas y grupos desaventajados en los procesos de toma de decisiones públicas.

De acuerdo con ello, los movimientos comenzaron a reclamar por mecanismos plurales y dialógicos que garanticen la presencia de una multiplicidad y diversidad de grupos que no han sido representados en los procesos de tomas de decisiones. Por esta razón, la crisis de marginalidad representativa solo podrá superarse con la ciudadanía como el centro del proceso de toma de decisiones y escuchando y considerando los intereses y necesidades de los distintos grupos a los que Fraser (1999) llama “contrapúblicos subalternos”.

No obstante, la eliminación formal de los obstáculos no asegurará la participación pretendida, toda vez que la suspensión temporal de las desigualdades puede llevar a que las demandas de estos grupos sean anuladas por las voces privilegiadas que gozan de mayores recursos de influencia (Fraser, 1999). Se requiere entonces de medidas que procuren el acceso efectivo a la información y a los espacios de diálogo.

Sobre este punto, resulta preciso señalar la última iniciativa del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. El 5 de agosto de este año, el Poder Ejecutivo provincial presentó el Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial y una “Agenda Participativa” a los fines de recibir las consultas, las observaciones y/o propuestas que cualquier persona quisiera hacer sobre el articulado propuesto. Para ello, crearon una plataforma digital de fácil acceso que permite acceder al documento completo y con solo registrarse, las personas pueden hacer cualquiera de estas posiciones. Al mismo tiempo, crearon distintas comisiones diferenciadas por temas, a los fines de reunirse cada 15 días para debatir sobre los puntos que hayan generado mayor debate; y como en el caso anterior, cualquier persona interesada puede enviar un mail creado al efecto y participar de las mismas.

Estos espacios permiten que a través del discurso y la deliberación se introduzcan cuestiones que antes se consideraban propias de la esfera privada, doméstica y familiar y tenían clausurada su deliberación pública o simplemente se los enclavaba en escenarios especializados para protegerlos de la discusión.

La presencia de distintos públicos crea enormes ventajas para los grupos discriminados estructuralmente, ya que les permite circular contradiscursos sobre sus intereses, necesidades e identidades y trasladar las cuestiones privadas a la agenda pública.

En el caso del Anteproyecto señalado, la presencia en las comisiones me permitió vivenciar los debates en torno a: i) la interseccionalidad, ii) al trabajo doméstico, iii) las discriminaciones por sexo, género, orientación sexual e identidades y expresiones de género, iv) la situación de vulnerabilidad y, v) los múltiples efectos que se derivan de todos ellos.

Solo de esta manera se podrá conversar y participar colectivamente y con paridad sobre problemáticas que antes eran abordadas caso por caso y que hoy exigen la coordinación de los distintos sectores públicos involucrados para el diseño e implementación de políticas públicas igualitarias, universales, progresivas, participativas y transparentes.

¿Estará preparado el Poder Judicial para debatir su elitismo y cultura patriarcal?

5. Conclusiones

En el presente trabajo he demostrado la necesidad de seguir pensando la justicia argentina bajo los enfoques de géneros y derechos humanos, ya que la sanción de nuevos y mejores derechos, así como la creación de espacios institucionales específicos, continúa chocando contra la pared organizativa y funcional de un poder judicial aun atravesado y delineado por y desde el androcentrismo.

A través del análisis de las sentencias y la composición y gestión actual del sistema judicial desde las dimensiones de reconocimiento, redistribución y participación, es posible verificar que la transversalización de la perspectiva de géneros es todavía insuficiente, puesto que subsisten discriminaciones y violencias institucionales que violan los estándares impuestos por la normativa nacional e internacional y reproducen y perpetúan expresiones elitistas, patriarcales y cerradas a la participación y al diálogo.

En consecuencia, continúa privilegiándose la voz de los públicos dominantes, que obstaculiza toda posibilidad de cerrar las brechas y erradicar los estereotipos de sometimiento.

El enfoque alternativo que aquí se propone consiste, ya no en instalar dispositivos sobre la estructura existente, sino en seguir repensando y reclamando la transformación de la estructura misma y visibilizar el acceso a la justicia desde una paridad participativa que permita la circulación de discursos de géneros para discutir la composición del poder, así como el diseño y ejecución de políticas públicas que intenten modificar su agencia. Y ello exige, en principio, aumentar los mecanismos de intervención y educación.

Repensar los géneros en la justicia implica entonces, emplear los fundamentos, experiencias y bases teóricas y prácticas, cualitativas y cuantitativas, sobre las que el feminismo y transfeminismo interpelan al sistema existente y reclaman –militando desde adentro y desde afuera– una estructura eficiente, activa, dinámica, transparente, ágil, moderna, accesible, democrática y plural.

Como con tantas otras luchas, el feminismo seguirá en una militancia encendida, constante, dinámica y sorora, en donde la (re)definición de la justicia en clave de géneros y derechos permita, de una vez por todas, hablar de eso que unos pocos gozan: igualdad.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, V. y Pautassi, L.** (2009). El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales, en V. Abramovich y L. Pautassi (comps.) *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 279-340.
- Asociación de abogadas y abogados de Buenos Aires. Comisión de Derechos Humanos** (2021, junio 30). Mauro Benente: *Procesos de selección de jueces y juezas y perspectiva de género* [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=mJWYcl4GBz8&t=5752s>.
- Astelarra, J.** (2002). Democracia, ciudadanía y sistema político de género. En Seminario PRIGEPP Democracias. Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP).
- Beguiristain, C.** (2020). De la ficción del sexo y género femenino: propuestas para su deconstrucción. *Microjuris*. MJD15491, 1-18.
- Beguiristain, C.** (2022). Lecturas feministas de la(s) deuda(s). *Rubinzal Online*, RC D 130/2022.
- Birgin, H. & Gherardi, N.** (2008). El acceso a la justicia como derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres. En A. Etchegoyen, *Mujeres y acceso a la justicia* (pp. 1-14). Buenos Aires: El Mono Armado.
- Carosio, A.** (2017). Perspectivas feministas para ampliar horizontes del pensamiento crítico latinoamericano. En M. Sagot Rodríguez, *Feminismos, pensamiento crítico y propuestas alternativas en América Latina* (pp. 17-42). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.** (2015) Recomendación General N. ° 33. Sobre el acceso de las mujeres a la justicia. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.** (2010) Recomendación General N. ° 28. Relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.** (1997) Recomendación General N. ° 23. Vida política y pública. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>.
- Corte IDH. Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.** Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de fecha 1 de septiembre de 2015, Serie C, núm. 298.
- Costa, M.** (2016). Nuestra América. En *Feminismos jurídicos* (pp. 231-256). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Didot.
- de la Vega, L.** (2021). Poner el cuerpo. Entre la violencia institucional y la garantía de acceso a la interrupción legal del embarazo. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur.
- Dietz, M.** (2001). Ciudadanía con cara feminista. El problema con el pensamiento maternal. En M. Lamas (comp.), *Ciudadanía y Feminismo* (pp.2-19). IFE, UNIFEM, Debate Feminista.
- Emakunde** (2019, julio 18). Cobo Debía, Rosa: *Somos la cuarta ola*. [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=yrug7GcNj2I>.
- Facio, A.** (1995). Por qué soy feminista. En L. Aguilar y M. Barley, *¿Feminismo en Costa Rica? Testimonios, Reflexiones y Ensayos* (pp. 139-157). San José: Editorial Mujeres.
- Facio, A.** (1999). Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. En A. Favio y L. Fries, *Género y Derecho* (pp. 99-136). Santiago de Chile: LOM.
- Faerman, R.** (2020). Atención al contexto en casos de violencia de género. En P. Bergallo y S. Álvarez Medina, *Violencia contra las mujeres. Relaciones en contexto* (pp. 53-82). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot.

- Fraser, N. (1999). Repensando la esfera pública: Una contribución a la crítica de la Democracia actualmente existente. *Ecuador Debate*, 46, 139-174.
- Fraser, N. (2015). Replantear la justicia en un mundo en proceso de globalización. En *Fortunas del feminismo*. (pp. 221-242). Madrid: Traficantes de sueños.
- Gargarella, R. (2014). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapeso. En *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Gargarella, R. (2020). *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina.
- Herrera, M. (2021). Reformar para transformar el Poder Judicial en clave feminista. Frente Patria - Presidencia del CED. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=XQE-r10F31M>.
- Jaramillo, I. C. (2000). "La crítica feminista al derecho". En R. West, Género y teoría del derecho. Bogotá: Siglo de Hombres Editores.
- Lerussi, R. C. & Costa, M. (2017). Los feminismos jurídicos en Argentina. Notas para pensar un campo emergente. *Estudios Feministas*, 1, 1-13.
- Lorenzo, L. (2020). Visiones acerca de las justicias. Litigación y gestión para el acceso. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur.
- Maffía, D. (2022). Barreras en el ejercicio de los derechos humanos. En D. Maffía, P. L. Gémez y C. Moretti, *Aportes feministas para el servicio de justicia* (pp. 297-300). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Jusbaire.
- Méndez, J. (2000). El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos. En J. Thompson (coord.), *Acceso a la justicia y equidad: estudio en siete países de América Latina*. BID, IIDH
- Mouffe, C. (1993). Feminismo, ciudadanía y política democrática radical. *Debate feminista*, 7, 3-22
- OEA (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer. Recuperado de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.
- Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2020). Mapa de género de la Justicia Argentina. Recuperado de: <https://om.csjn.gob.ar/mapagenero/login/mostrarLayout.html>.
- ONU (1979). CEDAW. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>.
- Primer Foro Federal. (2021). Hacia la reforma judicial feminista. Conclusiones. Recuperado de: <http://proyectogenerar.com/wp-content/uploads/2021/07/Conclusiones-Foro-1.pdf>.
- Santa Cruz, I. (1992). Sobre el concepto de igualdad: algunas observaciones. *Isegoría*, (6), 145-152.
- Wagner, P. (1997). Sociología de la modernidad. Libertad y disciplina. Barcelona: Herder.

Maternidades enjuiciadas y abogacía feminista

Autora

Cecilia Marcela Hopp*

RESUMEN

Cuando un/a niño/a muere o resulta severamente dañado/a producto de violencia intrafamiliar, la madre puede ser acusada penalmente por no haberlo/a protegido. En este trabajo analizo juicios penales contra las madres acusadas por delitos de omisión y sostengo que las garantías del proceso penal son desplazadas por la aplicación de estereotipos e idealizaciones que entienden la violencia contra las mujeres adultas como un problema privado, a la vez que exigen a las madres sacrificios heroicos frente a la violencia que ellas también sufren.

La ideología de la privacidad familiar avala investigaciones incompletas y deficitarias que son recompensadas con juicios basados en estereotipos en lugar de pruebas. Por ello, analizo varias deficiencias en las defensas penales de las "malas madres" que legitiman juicios con múltiples irregularidades y dan lugar a sentencias discriminatorias.

Frente a este fenómeno, relevo las experiencias de abogacía feminista como forma de plantear procesalmente la necesidad de incorporar la perspectiva de género en los juicios contra las madres. La abogacía feminista incorpora estrategias extraprocesales de movilización social y visibilidad en medios de comunicación que confrontan a los tribunales con una narrativa divergente de aquella que ofrece la acusación, basada en un sentido común sexista.

PALABRAS CLAVE:

ABOGACÍA FEMINISTA, MATERNIDAD, DEFENSA PENAL, DELITOS DE OMISIÓN.

Cómo citar este artículo

Hopp, Cecilia Marcela (2022). Maternidades enjuiciadas y abogacía feminista, *REV. IGAL*, I (1), 25-42.

*Universidad de Buenos Aires y Universidad torcuato Di Tella.

ABSTRACT

When a child dies or is severely injured as a result of domestic violence, the mother may be criminally charged for failing to protect the child. In this paper I analyze criminal trials against mothers accused of crimes of omission and argue that the rules of criminal procedure are displaced by the application of stereotypes and idealizations that understand violence against adult women as a private problem, while requiring heroic sacrifices from mothers in the face of the violence they also suffer.

The ideology of family privacy supports incomplete and flawed investigations that are rewarded with judgments based on stereotypes rather than evidence. For this reason, I analyze several deficiencies in the criminal defenses of "bad mothers" that legitimize trials with multiple irregularities and give rise to discriminatory sentences.

Faced with this phenomenon, I highlight the experiences of feminist advocacy as a way of introducing the need to incorporate the gender perspective in trials against mothers. Feminist advocacy incorporates extra-procedural strategies of social mobilization and visibility in the media that confront the courts with a narrative that diverges from that offered by the prosecution, based on a sexist common sense.

KEYWORDS:

FEMINIST ADVOCACY, MOTHERHOOD, CRIMINAL DEFENSE, CRIMINAL OMISSION.

Cuando un/a niño/a muere o resulta severamente dañado/a producto de violencia intrafamiliar, es habitual que la madre sea acusada penalmente por no haber protegido a su hijo/a. En este trabajo analizo juicios penales contra las madres acusadas por delitos de omisión y sostengo que las garantías del proceso penal son desplazadas por la aplicación de estereotipos e idealizaciones que entienden la violencia contra las mujeres adultas como un problema privado, a la vez que exigen a las madres sacrificios heroicos frente a la violencia que ellas también sufren.

La ideología de la privacidad familiar avala investigaciones incompletas y deficitarias que son recompensadas con juicios basados en estereotipos en lugar de pruebas. Por ello, analizo varias deficiencias en las defensas penales de las llamadas "malas madres" que legitiman juicios con múltiples irregularidades y dan lugar a sentencias discriminatorias. Los estereotipos de género y las idealizaciones que afectan a quienes investigan, acusan y juzgan a las madres por delitos de omisión también afectan el desempeño de las defensas técnicas. De esta forma, observo defensas conjuntas de mujeres y sus agresores, a pesar de la existencia de intereses contrapuestos, estrategias de defensa que reafirman los prejuicios sobre los que se basa la acusación, y ausencia de perspectiva de género en la actividad del/la abogado/a. Las defensas de las "malas madres" suelen no introducir pruebas sobre las dificultades estructurales que impiden a las acusadas proteger a sus hijos/as y no discuten los estereotipos de género que dan sustento a las acusaciones.

Frente a este fenómeno, relevo las experiencias de abogacía feminista como forma de plantear procesalmente la necesidad de incorporar la perspectiva de género en los juicios contra las madres. Al mismo tiempo, la abogacía feminista incorpora estrategias extraprocesales de movilización social y visibilidad en medios de comunicación¹ que confrontan a los tribunales con una narrativa divergente de aquella que ofrece la acusación, basada en un sentido común sexista. Estas estrategias plantean tensiones desde las concepciones tradicionales sobre la función judicial; sin embargo, muestran gran eficacia para introducir discusiones que el proceso penal ha sido refractario a incorporar.

El presente trabajo está basado en la investigación para mi tesis doctoral, en la que estudié 50 casos en los que una mujer fue acusada penalmente por un delito cometido en el contexto del ejercicio de su rol maternal. A través del análisis de estos casos, las sentencias derivadas del enjuiciamiento de las madres, información periodística y conversaciones con activistas feministas, evidencio que la falta de perspectiva de género impide comprender la relevancia de la violencia que sufre la madre, a los fines de evaluar su capacidad de proteger a sus hijos/as y sostengo que la incorporación de la perspectiva de género es un mandato que vincula a todo el sistema de justicia penal porque su ausencia deriva en condenas discriminatorias.

1. Defensa eficaz

Los prejuicios y estereotipos que afectan el juicio de jueces/zas, fiscales/as y peritos generan problemas para la defensa de las "malas madres". En este sentido, la falta de perspectiva de género ha permitido que no se adviertan los intereses contrapuestos de la mujer con su pareja cuando ambos son acusados por haber agredido o permitido la agresión hacia los hijos e hijas de la mujer.

Asimismo, se observa en varios casos la inexistencia de estrategias defensivas adecuadas y la convalidación de narrativas prejuiciosas que desoyen las experiencias de las acusadas. En consecuencia, la falta de perspectiva de género produce defensas ineficaces mediante actitudes pasivas, que no ofrecen pruebas ni una teoría del caso que permita contextualizar lo sucedido (Di Corleto, 2019; Buel, 1988; Pérez Rivera, 2020), y contrarrestar los defectos de las investigaciones y prácticas judiciales atravesadas por estereotipos discriminatorios.

¹Daniel Brinks realizó un estudio empírico en el que advirtió que la movilización social en torno a casos de violencia policial marca una diferencia muy relevante en el avance y el resultado de los procesos penales promovidos por las víctimas o sus familiares (Brinks, 2008).

1.1. Intereses contrapuestos y el mito del amor romántico

Las mujeres cuyos compañeros sentimentales atacan a sus hijos e hijas enfrentan un prejuicio que deriva en restricciones severas a su derecho de defensa. La idea del amor en la pareja permite construir la intuición de que la madre priorizó su vínculo romántico en lugar de proteger a sus hijos e hijas. Se construye a la pareja como unidad y se presupone que los intereses de ambas partes de la unión son idénticos². Es por este motivo que en algunas ocasiones se permite que la madre y su pareja compartan el o la abogada defensora, a pesar de existir intereses contrapuestos.

La jurisprudencia nacional e internacional han desarrollado algunos lineamientos que establecen la necesidad de una defensa técnica eficaz para asegurar la regularidad de los procesos penales³. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en el caso "Ruano Torres y otros v. El Salvador" que:

...el derecho de defensa comprende un carácter de defensa eficaz, oportuna, realizada por gente capacitada, que permita fortalecer la defensa del interés concreto del imputado y no como un simple medio para cumplir formalmente con la legitimidad del proceso. Por ende, cualquier forma de defensa aparente resultaría violatoria de la Convención Americana (Corte IDH, 2015).

Señaló además que es responsabilidad de los Estados parte organizar un servicio de defensa oficial adecuado, pero también consideró que en casos de evidente defensa ineficaz el tribunal debe evitar que una imputada permanezca en estado de indefensión o remediar la violación al derecho de defensa mediante la anulación del juicio realizado sin defensa eficaz.

Posteriormente, el tribunal interamericano declaró la responsabilidad internacional de Guatemala en el caso "Martínez Coronado" (Corte IDH, 2019) al verificar que se permitió la defensa conjunta de dos coimputados que brindaron declaraciones incompatibles entre sí, lo que indicaba que existían intereses contrapuestos que afectaron el derecho de defensa eficaz.

En el ámbito nacional, la Corte Suprema dictó el precedente "Centurión" (CSJN, 2011) donde se anuló lo actuado durante el juicio porque todos los imputados contaron con el mismo defensor oficial y se señaló específicamente que existieron intereses contrapuestos⁴. Este precedente permite impugnar la legitimidad de procesos que culminan en condenas en contra de mujeres que tienen defensas conjuntas con sus parejas y no se plantean los argumentos que podrían desvincularlas porque podrían perjudicar al coimputado.

Es muy importante reconocer desde el comienzo de la investigación la posibilidad de que una madre y un padre (o la pareja de la madre) puedan tener intereses contrapuestos o relaciones desiguales de poder que perjudiquen a la mujer⁵, ya que la primera declaración de la imputada marca, según la práctica judicial, su credibilidad de allí en adelante.

Esto fue lo que ocurrió en el caso de Maridza B. (TOC 2 la Plata, 2015; Trib. Casación PBA, Sala IV, 2016), cuya primera declaración fue producto del asesoramiento de un letrado que defendía tanto a ella como al padre de su hijo fallecido. El defensor le recomendó que relatara que el niño se había caído de la cama y se había golpeado, circunstancia que fue descartada probatoriamente. Sin embargo, en algún momento del proceso, Maridza recibió asesoramiento legal por parte de otro abogado y modificó su relato. Sostuvo que su marido era violento, que había golpeado al niño el día en que murió y ella no lo había podido evitar, ya que se encontraba en otra parte de la casa, lavando la ropa. Esta segunda versión tenía correlación con la mecánica de producción del golpe que causó la muerte del niño y con los indicios acerca de que su marido ejercía violencia contra ella y el bebé. Sin embargo, las juezas que conformaron la mayoría del tribunal que la condenó sostuvieron que su relato no era creíble porque modificó sus dichos sobre lo sucedido luego de esa primera declaración y concluyeron que la segunda versión solamente estaba dirigida a mejorar su situación procesal.

² La expresión más clara de esta idea de unidad marital se encuentra en Commentaries of Blackstone: "En virtud del matrimonio, marido y mujer son, ante la ley, una sola persona: ello quiere decir que el matrimonio anula la existencia legal de la mujer o, cuando menos, la vincula y supedita a la del marido (...). Pero aunque nuestra legislación suele considerar al hombre y a su esposa una única persona, no obstante establece en ciertos casos una separación, siendo entonces la esposa inferior al marido y viéndose obligada a obedecerle", (Blackstone, 1768: 442).

³ Una reseña sobre el tema en (Kreplak y Luena, 2013).

⁴ En el mismo sentido, (Maier, 2003); también (D'Albora, 2009).

⁵ Rivera López sostiene que el conflicto de intereses es uno de los problemas más complejos de la ética profesional, debido a que no siempre son evidentes o reconocibles de antemano, por lo que resulta dificultoso desarrollar una regulación adecuada para prevenirlos. El autor destaca además que no es necesario que se verifique concretamente la afectación de los derechos de una de las personas defendidas, sino que el potencial conflicto debe ser prevenido para preservar la confianza en la prestación del servicio profesional (Rivera López, 2019; Di Corleto y Carrera, 2017).

También en el caso de Andrea P. (TOC 24 CABA, 2011; CFCEP, Sala I, 2014), ambos imputados compartieron los abogados defensores y se realizó una estrategia de defensa conjunta. Ni Andrea P. ni su esposo, Francisco Pippo declararon acerca de lo ocurrido, lo que llevó al tribunal a concluir que existía un pacto de silencio entre ambos. Esta idea es consistente con la idealización referida a la unidad de intereses en la pareja⁶. No obstante, la existencia de testimonios que indicaban que el día de la muerte de uno de los niños había ocurrido una violenta pelea en la casa y que los vecinos percibían que Francisco Pippo ejercía violencia dentro de su hogar indicaba que Andrea P. podía haber tenido una estrategia distinta.

En otro caso, una madre fue condenada a 12 años de prisión por permitir y facilitar el abuso sexual de su hija, cometido por su pareja, Pedro Retamar, quien fue condenado a igual pena (Cám. 1° Crim. 1° Circ. Entre Ríos, Sala II, 2014). La acusación se basaba en conductas activas de Nélida C., madre de la víctima, quien, según la descripción de la niña, la obligaba a someterse a la violencia sexual de su padrastro. Durante el juicio ambos imputados contaron con el mismo abogado defensor quien, a la sazón, seguramente era familiar de Pedro Retamar, ya que tenía el mismo apellido. Si bien el testimonio de la víctima era contundente respecto del conocimiento e incluso el involucramiento de su madre en el sometimiento sexual, también surgía del relato de la niña que Nélida C. era víctima de violencia por parte del imputado.

No es posible estimar las características y los alcances de la relevancia de la violencia sufrida por la madre, ya que en ningún momento se discutió el asunto. No obstante, frente a la evidencia de un vínculo violento y desigual entre la imputada y el imputado, la defensa no debía ser conjunta y, tanto menos, ejercida por quien podría ser un familiar cercano del coimputado.

Tanto las y los abogados defensores como las y los jueces deben comprender que los cónyuges o en general las personas que forman una pareja pueden tener intereses contrapuestos, a pesar de la imputación conjunta, alternativa e indiferenciada. Ciertamente, el defensor conjunto puede agravarse por la indeterminación de la acusación que no especifique el aporte al hecho y la conducta de cada imputado, pero la lealtad al imputado le impedirá invocar la relevancia de esta indeterminación, ya que no podrá explicitar que las situaciones deberían ser diferenciadas en la acusación, por verificarse conductas distintas y condicionadas por las relaciones de poder que regían en la familia.

Los indicios acerca de que uno de los miembros de la pareja ejerce violencia contra la otra deben alertar al letrado o letrada sobre la probabilidad de intereses contrapuestos. Así, en los casos en que existe una relación de pareja entre dos personas coimputadas se debe indagar acerca de la posibilidad de que exista este conflicto (Di Corleto y Carrera, 2017) y se debe saber preguntar o inferir la presencia de violencia a partir de indicios que surjan de la investigación e incluso, podría existir el deber de constatar estos extremos, a fin de poder ofrecer prueba. En este sentido, un abogado o abogada que deba defender al agresor no podrá recomendarle a su otra defendida que declare acerca de la violencia que sufría a manos de su pareja.

La ausencia de perspectiva de género y de conocimiento acerca de la habitualidad de la violencia en las parejas no se ha erradicado en la defensa (Ibidem), como tampoco en los jueces y juezas. Esto permite que los intereses contrapuestos pasen desapercibidos cuando la mujer no habla espontáneamente acerca de su victimización.

1.2. Ineficacia, pasividad y falta de perspectiva de género

La omisión de la defensa técnica de indagar acerca del contexto en que se produjeron las agresiones a los/as hijos/as de la mujer y, en particular, sobre la posibilidad de que su defendida sea víctima de la misma violencia que perjudicó a la niña o niño es especialmente perniciosa. Las mujeres que sufren violencia suelen ser reticentes a describirse como víctimas (Schneider, 2000; Schechter, 1982; Mahoney, 1991) y frecuentemente son incapaces de reconocer las agresiones que sufren (Bodelón et al, 2012), por lo que sería extraño que una mujer que sufre violencia de parte de su pareja mencione estos extremos sin que se lo pregunten o que lo reconozca en caso de ser interrogada al respecto. Por este motivo, los y las defensoras deben estar preparadas para ejercer una estrategia de defensa eficaz aún sin la colaboración de su defendida.

⁶ Esta idea es muy corriente en el lenguaje. La referencia a la persona con la que se está en pareja como la "media naranja" indica que entre las dos personas conforman una. La imagen de complementariedad en las relaciones amorosas también referencia a la unidad de intereses y representación; unidad que, por cierto, suele subordinar los derechos de las mujeres (Friedan, 1965).

Los abogados y abogadas o bien desconocen la victimización de sus asistidas o "respetan" su voluntad declarada de no empeorar la situación de su pareja. Sin embargo, la aceptación acrítica de la estrategia de la mujer pierde de vista que la o el defensor es un sujeto procesal independiente y autónomo, que puede tener una estrategia diferente a la de su defendida, siempre y cuando respete su deber de lealtad, esto es, sin incriminarla ni empeorar su situación (Maier, 2003; Roxin y Schünemann, 2019). Esta independencia es especialmente importante, teniendo en cuenta que la falta de voluntad de la mujer de acusar a su agresor puede ser una manifestación de los efectos de la violencia en la pareja, por lo que, como mínimo, el o la defensora debe evaluar el grado de libertad en esa manifestación de voluntad.

En efecto, la falta de disposición para hablar de los malos tratos sufridos e incluso la oposición a invocar estos hechos como parte de una defensa que implique la incriminación del compañero sentimental de la mujer, son consecuencias plausibles de la violencia habitual. Las y los defensores deben saber que el aislamiento y la dependencia emocional en muchas ocasiones impiden a las mujeres concebir acusar a sus agresores. A esto se suma la posibilidad de que la mujer tenga miedo o esté coaccionada por su pareja para que no declare en su contra.

Es habitual que las mujeres que sufren violencia de parte de sus parejas deseen "retirar la denuncia" por arrepentimiento o coacción (Larrauri, 2003). Si la mujer no ha llegado siquiera a denunciar a su pareja por las agresiones y no se encuentra reconocida como víctima, sino acusada por haber matado a su hijo por acción u omisión, resulta menos plausible todavía que ella logre reconocerse como víctima y hablar acerca de la violencia sufrida.

A ello se suma que la mujer, aún comprendiendo que ella también era víctima de violencia, puede considerar que esa circunstancia resulta irrelevante para su defensa. No sería extraño que una madre que presenció actos de violencia contra su hijo o hija o que no los presenció ni supo prever el peligro al que estaba sometida, se sienta culpable por no haberla protegido. La propia mujer puede asumir su culpabilidad sobre la base de los estereotipos acerca de que una buena madre debería haber conocido todos los peligros y debería haber arriesgado su propia vida para salvar a su hijo/a⁷. Sin embargo, la imputación penal sobre la base de estos estereotipos que pesan sobre las madres y no sobre los padres no resulta legítima, por ser discriminatoria. En consecuencia, el o la defensora debe advertir que, independientemente de los sentimientos de culpabilidad de la mujer, puede haber razones jurídicas que indiquen su inocencia desde el punto de vista penal.

¿Puede entonces la o el letrado defensor producir e invocar evidencias acerca de la victimización de la mujer, a fin de fundar una defensa que demuestre la responsabilidad exclusiva de su pareja, si la defendida no desea incriminarlo?

La respuesta no es sencilla. Los intereses de una imputada deben ser valorados globalmente, es decir que el resultado del proceso penal no es lo único que cuenta. En este sentido, es difícil pensar que una abogada o abogado defensor puedan valorar mejor los intereses de la mujer que ella misma y habilitar así el reemplazo de su voluntad.

Sin embargo, el poder de disposición de la persona imputada sobre la renuncia a su defensa no está exento de instancias en las que el Estado decide incluso por encima de sus preferencias. Por ejemplo, una persona imputada no puede renunciar a designar un abogado o abogada defensora y su voluntad será desatendida si no quiere contar con asistencia letrada.

La jurisprudencia ha desarrollado algunos lineamientos para dirimir los desacuerdos entre abogados/as defensores/as y sus defendidas, al sostener que deben tomarse recaudos para asegurar que la persona imputada comprende los alcances de su decisión (Carrió, 2012). Es este, precisamente, el delicado trabajo de la defensora o defensor que advierte una estrategia favorable para la situación de su asistida pero choca contra una negativa. En estos casos, deberá acudir no solamente a la argumentación jurídica para mostrarle la conveniencia de adoptar esa estrategia⁸,

⁷ Goffman explica que: "Dado que en nuestra sociedad el individuo estigmatizado adquiere estándares de identidad que se aplica a sí mismo, a pesar de no poder adaptarse a ellos, es inevitable que sienta cierta ambivalencia respecto de su yo" (Goffman, 2006). De esta manera, el autor explica cómo el estigma deteriora la identidad personal de quien es estigmatizada. En este caso, la mujer que, por sus circunstancias personales, no logra cumplir con los estándares idealizados acerca de cómo debe comportarse una "buena madre", se identifica y se juzga a sí misma de acuerdo con esos parámetros que no puede alcanzar. En el mismo sentido, Becker sostiene que el etiquetamiento de una persona como desviada tiene repercusiones importantes tanto en su vida social como en la identidad y la percepción que ella tiene de sí misma (Becker, 2009).

⁸ Sunstein justifica un "paternalismo blando" o paternalismo libertario como forma de promover y reforzar la autonomía de las personas (Sunstein, 2014).

sino también, eventualmente, a una evaluación profesional sobre el grado de autonomía de la expresión de voluntad de la mujer, a fin de descartar que la reticencia a inculpar a su pareja se deba a los efectos de la violencia, al miedo persistente, coacción, desprotección o desamparo⁹. A pesar de ello, en algunos de los casos estudiados, la asistencia técnica de las mujeres ha mantenido el discurso de la imputada que encubre los delitos de su compañero sentimental en lugar de señalar la relevancia de la victimización de la mujer y evidenciar la contraposición de las situaciones entre coimputados¹⁰.

A modo de ejemplo, según lo que quedó plasmado en el expediente, la defensa oficial de Silvia K. (TOC 17 CABA, 2007; CFCEP, Sala II, 2013) nunca optó por una estrategia diferente de la de su pareja, ni intentó demostrar las diferentes situaciones fácticas y jurídicas de ambos acusados; en cambio, la defensa de su compañero sentimental JAC pretendió en todo momento descargar la responsabilidad del hombre por no ser él el padre del niño y, por tanto, señaló a Silvia K. como única posible responsable.

La defensa técnica de las mujeres imputadas debería ser clave para promover una comprensión adecuada de los hechos e impugnar los estereotipos discriminatorios (Anitua y Picco, 2012). La introducción de la perspectiva de género en las defensas de mujeres suele ser de enorme relevancia, ya que son esos argumentos los que podrían modificar el resultado del litigio en forma favorable a la acusada (AAVV, 2012).

Un caso extremo de indefensión fue el de Nuria R. (Trib. Juic. Viedma, 30/5/2018), condenada en Río Negro, durante el año 2018 por haber cometido abuso sexual contra su hijo y por haber permitido que su pareja lo atacara sexualmente. Una de las juezas del tribunal sostuvo que debía declararse la nulidad del debate por la total indefensión de la imputada. En este sentido, señaló que el abogado defensor no evidenció tener una teoría del caso. En particular, recordó que el letrado omitió realizar un alegato de apertura, no interrogó a los pocos testigos que había solicitado, no contraexaminó a los testigos de la fiscalía, no logró que comparecieran dos de los tres testigos que había ofrecido y los desistió, evidenció desconocimiento de la causa, omitió marcar inconsistencias en la teoría del caso de las partes acusadoras y realizó un alegato de clausura absolutamente deficiente y carente de sustento. En particular, señaló la magistrada que el defensor omitió cuestionar la introducción de una figura más gravosa en el alegato de la fiscalía.

Luego del pronunciamiento del tribunal sobre la responsabilidad penal de la imputada, el abogado manifestó su voluntad de recurrir, a pesar de que no era ni la forma ni el momento de interponer el recurso, extremo que debió ser explicado por el tribunal al letrado. Además, el abogado no compareció a la primera audiencia y la imputada no logró comunicarse con él ese día, lo que ocasionó que el juicio resultara pospuesto.

Por otra parte, relevó la jueza que, al momento del juicio de cesura, esto es, una vez finalizado el juicio y declarada la responsabilidad penal, el abogado relató que Nuria R., al igual que sus siete hermanas y hermanos es hija de su abuelo y que sufrió abuso sexual en su infancia por parte de la pareja de su madre. Asimismo, resultó embarazada a los catorce años, producto de una violación perpetrada por quien realizó la denuncia y se constituyó como parte querellante y el embarazo le impidió continuar su educación, ya que fue expulsada de la escuela. Esta historia de vida era, a juicio de la magistrada, relevante para el ejercicio de la defensa de la mujer durante el juicio sobre la responsabilidad penal; sin embargo, no fue invocada en forma alguna hasta después de declarada la culpabilidad.

Todos estos elementos dieron cuenta de desinterés, falta de preparación y completa pasividad para ejercer la defensa respecto de acusaciones muy graves e incluso permitieron que un hombre que abusó sexualmente de la mujer durante su adolescencia fuera acusador particular en el juicio. No obstante, no motivaron decisión alguna de parte de la mayoría del tribunal, que permitió la indefensión durante todo el juicio y condenó a la mujer a dieciocho años de prisión.

En este sentido, más allá de las graves faltas en el desempeño y la ética profesional evidenciadas por el abogado particular de Nuria R., la falta de perspectiva de género en su defensa impidió el desarrollo de una estrategia de defensa. No se supo introducir esta historia de vida como contexto en el que sucedieron los hechos y la ausencia de todo esfuerzo probatorio en

⁹ Sobre la compleja justificación del paternalismo en la profesión jurídica (Luban, 2018).

¹⁰ Una interesante reflexión acerca de las discrepancias entre la estrategia propuesta por la defensa técnica y la que desea sostener la persona imputada en (Hegglin, 2006), solamente ha de observarse que al momento de evaluar cómo debe solucionarse el desacuerdo entre la defensa técnica y la imputada deben tenerse en cuenta los efectos persistentes de la violencia de género como factores que limitan la libertad de la voluntad de la defendida.

favor de alguna defensa permitió el triunfo de una acusación que, según la jueza disidente, mostraba inconsistencias y había introducido intempestivamente una calificación más gravosa, afectando el derecho de defensa que, en cualquier caso, nunca fue ejercido.

Tampoco es menor la ausencia de todo cuestionamiento respecto de la constitución como querellante de un hombre que había ejercido violencia sexual contra la imputada. Esto resulta, como mínimo, un acto de severa revictimización.

Otro problema que se advierte en las estrategias de defensa de las "malas madres" se vincula también con la falta de comprensión de las dinámicas y los efectos de la violencia. Las acusaciones contra mujeres por daños a sus hijos e hijas evidencian la construcción de una monstruosidad. Así, las defensas permiten y refuerzan la idea de que una mujer debe estar loca para atacar, no proteger a sus hijos/as o no sacrificar su vida por ellos/as¹¹.

De acuerdo con este prejuicio, las defensas en muchas ocasiones priorizan alegaciones referidas a la inimputabilidad o culpabilidad reducida que reproducen estereotipos acerca de que solamente una mujer loca puede desviarse de su rol natural de protectora abnegada, en lugar de oponer defensas basadas en ausencia de elementos probatorios que den fundamento a la acusación, atipicidad o justificación del comportamiento de la mujer.

Un caso paradigmático sobre esta tendencia a priorizar defensas basadas en la culpabilidad disminuida es el que se conoció como "caso Belén" (Cám. Pen. Tucumán, 2016; CSJ Tucumán, 2017). Belén ingresó a un hospital con dolores abdominales, no obstante, la hemorragia ginecológica que presentaba dio lugar a un diagnóstico de aborto espontáneo. El mismo día que Belén solicitó atención médica en esa institución, apareció un feto en uno de los baños de acceso público. Sobre la base de esta coincidencia, se la acusó de haber dado a luz en ese lugar, haber arrojado al bebé vivo, empujándolo hacia dentro del inodoro y tirando la cadena, todo lo cual habría producido su muerte.

Durante todo el proceso Belén negó haber sabido que estaba embarazada y que había parido. Asimismo, en la instancia casatoria, la Suprema Corte de Tucumán determinó que la investigación fue tan defectuosa que no fue posible conocer el sexo del feto, el lugar donde fue hallado, el horario, la edad gestacional, la causa de muerte y si el ADN del feto se correspondía con el de Belén. La condena se había basado en un silogismo que indicaba que solamente se había atendido a una mujer que había dado a luz y no tenía a su hijo consigo, en tanto que se había hallado un neonato, por lo que el feto ineludiblemente debía haber sido parido por Belén.

Además de no haberse realizado la prueba de ADN que indicara que el feto era producto de la gestación de Belén, la reconstrucción temporal realizada resultaba extravagante, debido a que se sostenía que el feto había sido hallado en un baño que no era el más cercano al lugar donde se encontraba Belén. Además, los médicos sostuvieron que la paciente se ausentó durante cinco minutos para ir al baño, tiempo en el que ella tendría que haber recorrido unos cien metros para llegar al baño, parido y limpiado el lugar. Además, debió, en ese lapso, volver a desplazarse hacia el servicio de obstetricia, sin dejar rastros de sangre en el camino.

Tampoco resultaba plausible la causa de muerte violenta descrita en la acusación. Según se relevó, la fractura de cráneo que presentaba el feto causó su muerte. Esta lesión se podría haber producido accidentalmente durante el parto, sea por el mero hecho de atravesar el canal vaginal o por un golpe en ocasión de una expulsión sorpresiva. Finalmente, el horario en que se halló el feto, según se asentó en los registros del hospital y policiales, era previo al ingreso de Belén a la institución.

A pesar de estas inconsistencias, que llevaron a uno de los magistrados de la Suprema Corte de Tucumán a afirmar que nunca en toda su carrera había conocido una investigación tan defectuosa, Belén fue condenada a la pena de ocho años de prisión por homicidio agravado por el vínculo y atenuado por circunstancias extraordinarias.

Su defensa durante el juicio no señaló ninguno de estos graves defectos probatorios y, en lugar de analizar la suficiencia probatoria y trabajar en construir su teoría del caso sobre la base de la constante afirmación de su defendida acerca de que ella no sabía que se encontraba embarazada ni que había dado a luz, se limitó a invocar la culpabilidad disminuida. Más aún, la defensora expresó su repudio moral sobre la conducta de su defendida, lo que resultó absolutamente contrario a su deber de lealtad y favoreció que los jueces basaran la sentencia condenatoria en lo alegado por la defensa.

¹¹ Lagarde señala que la racionalidad dominante asocia la comisión de estos delitos por parte de las mujeres con la enfermedad mental (Lagarde, 2005).

Similar fue la estrategia de defensa en el caso de Irina C. (Cám. Pen. Corr. San Juan, 2018), una joven de 18 años recién cumplidos que parió sola en una letrina sin luz y el bebé murió por asfixia mecánica, sin que pudiera establecerse si se trató de una acción humana u ocurrió, por ejemplo, por la ubicación del cordón umbilical alrededor del cuello del feto. En este caso, su abogado defensor no realizó cuestionamientos en torno a la causa de muerte y su evitabilidad en el contexto en que se produjo el parto, no profundizó acerca de lo que indicaba el informe psicológico efectuado sobre Irina, respecto de una disociación y falta de aceptación del embarazo ocurrido producto de una violación. No se preguntó acerca de si ella sabía que estaba embarazada.

No obstante, las familiares mencionaron que nadie sabía acerca del embarazo de Irina y que ella no se realizó controles médicos prenatales. Esto daría cuenta que Irina no necesariamente esperaba que se desencadenara al parto en ese momento. Este aspecto tampoco fue relevado por la defensa. La estrategia técnica se centró exclusivamente en señalar que Irina se había encontrado en un estado de inimputabilidad, causado por la violación que dio origen al embarazo y por las precarias condiciones de habitabilidad de su casa.

El defensor enfatizó que en su domicilio se encontraban varias familias hacinadas y que Irina vivía en condiciones "infrahumanas" (*ibidem*: 25). Sostuvo en definitiva que la situación la "desbordó", y que es:

...evidente que una persona que actúa así naciendo su propio hijo no solamente es porque se vió desbordada por una depresión post parto (...) sino que se vio afectada en ese momento, al momento del hecho, por una alienación total que la llevó a tomar una decisión de la cual se ha arrepentido y se va a arrepentir el resto de su vida; algo que no tiene remedio, algo que no puede volver atrás. Fue una alienación momentánea, fue un error que lamentablemente esa alienación, ese error, esa locura del momento la llevó a decidir algo totalmente incorrecto, que fue quitarle la vida a su hijo...

Finalmente, solicitó que: "se orden(e) y se realice un tratamiento psicológico, porque no es una persona que pueda salir a la calle y estar a la par de cualquier persona; necesita un tratamiento, necesita una internación y que profesionales idóneos la examinen..." (*ibidem*: 26).

Fue la propia defensa la que suplió evidentes deficiencias probatorias en torno a la forma en que se produjo la muerte y lo hizo a pesar de que, durante su declaración, Irina manifestó no recordar cómo se produjo la muerte y en ningún momento admitió haber matado al recién nacido.

Para finalizar, otro caso que demuestra la adhesión de la defensa a la preconcepción acerca de que la madre será culpable de cualquier daño que le ocurra a su hija, que conoce la magnitud de cualquier peligro y es capaz de protegerla de manera efectiva es el de Evelyn R. Su hija murió por los golpes de la pareja de Evelyn. La agresión mortal sucedió mientras la madre trabajaba. No obstante, se consideró que la mujer conocía el peligro que corría su hija porque siete días antes de la muerte de la niña, su compañero sentimental ya la había agredido. Evelyn fue condenada a prisión perpetua por homicidio por omisión. Su defensa impugnó la condena y sostuvo que la mujer no sabía que el agresor tenía la intención de provocar la muerte de su hija, no obstante, reconoció que:

...ha quedado acreditado (...) que se puso en peligro la vida o la salud de L (...) colocándola en situación de desamparo al dejarla bajo el cuidado de una persona violenta y descontrolada. Por estas razones (...) solicita que se condene a la encausada a la pena de doce años de prisión por el delito de abandono de persona seguido de muerte calificado por el vínculo (SCJ Mendoza, Sala II, 2016).

La defensa de Evelyn R. debería haber cuestionado la previsibilidad del ataque y la capacidad para impedirlo. Sin embargo, sus propias concepciones acerca de la responsabilidad maternal incondicional y el juzgamiento moral por el fracaso de Evelyn en su rol esencial llevaron a su asistencia técnica a solicitar la imposición de una pena cercana al doble del mínimo de la escala aplicable al delito por el que ella misma acusó a su defendida.

Este panorama permite advertir que se repiten los escenarios en los que la indefensión de las madres legitima procesos que contienen acusaciones y sentencias injustas. Es en este contexto que surge la abogacía feminista, cuyas estrategias no se limitan a lo procesal, sino que acuden a foros públicos, extraprocesales para cuestionar la inercia de los prejuicios y estereotipos que sustentan prácticas e interpretaciones discriminatorias.

¹² Sobre la importancia de esta herramienta como estrategia de litigio feminista (Sáenz, 2019).

2. Abogacía feminista, movilización social y defensa eficaz

Contrariamente a los casos en que no se defendió adecuadamente a las madres acusadas por delitos de omisión contra sus hijos e hijas, algunos casos llegaron a ser difundidos en medios de comunicación, lo que facilitó a organizaciones feministas la posibilidad de acercar a la mujer recursos legales para su defensa y movilización social para acompañar las vicisitudes procesales.

Esta estrategia combina la actuación procesal -mediante la intervención de abogadas/os especializadas/os, la presentación de *amici curiae* y la constitución de querellas- con acciones extraprocesales dirigidas a dar visibilidad a una causa judicial, promover el debate social sobre el caso e incluso a ejercer presión sobre los tribunales. Este fenómeno se observa desde hace décadas en casos penales en que se juzga la violación de derechos humanos y violencia institucional y ha sido replicado en procesos que involucran a mujeres como víctimas y como acusadas.

El estudio y la comprensión del derecho se enriquece a partir de las perspectivas que miran los sistemas legales como campos donde se articulan actores e instituciones, lo que implica ver más allá de las leyes y su aplicación judicial para apreciar las interacciones que provienen de la movilización social, la política, y la economía. Se trata de observar cómo estos factores también influyen en la implementación de los derechos en la realidad, lo que determina, en definitiva, si las personas gozan o no de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce (Brinks, 2008; Helmke y Levitsky, 2006; Lemaitre, 2007).

En este sentido, la literatura socio-jurídica revela que -para bien y para mal-, el poder judicial es permeable a la opinión pública y puede modificar su conducta si un caso representa exposición en los medios de comunicación o suscita movilización social. Se demostró que la movilización social puede ser muy importante en casos en los que la realización del derecho requiere una redistribución de poder (Brinks, 2008). Sobre este aspecto, Brinks sostiene que: "...cuando el derecho se propone cambiar expectativas normativas inveteradas o un balance de poder profundamente arraigado entre el portador de un deber y quien tiene un derecho (...) cualquiera que intente ejercer ese derecho probablemente encontrará fuertes resistencias..." (*Ibidem*: 4, la traducción es propia).

Asimismo, se señaló que el acceso a la justicia siempre presenta una serie de obstáculos que las personas que pretenden el reconocimiento de sus derechos deben sortear. En este sentido, los distintos grupos de personas tendrán mayor facilidad o dificultades para superar las barreras y peajes que presenta el sistema judicial. Por este motivo, los grupos desaventajados o discriminados deben procurarse los recursos que permitan plantear exitosamente sus pretensiones (*Ibidem*).

Una de las mayores dificultades que deben superar quienes desafían las interpretaciones y las prácticas arraigadas del sistema judicial es la posibilidad de hacer ingresar información al proceso (*Ibidem*). Es que, en este tipo de casos, las fiscalías frecuentemente no realizan investigaciones completas (*Ibidem*). Si bien las personas imputadas tienen derecho a producir pruebas, la defensa de las mujeres en conflicto con la ley penal debe tener una actitud activa, saber qué información aportar y esto no siempre sucede.

En este sentido, se sostuvo que en los procesos en que se pretende desestabilizar prácticas arraigadas es muy relevante la intervención de abogados y abogadas especializadas que propongan pruebas pertinentes y ofrezcan una narrativa que defienda la vigencia de los derechos de quien se presenta al proceso en una posición de desventaja (*Ibidem*; Vázquez Pinasco, 2020).

Asimismo, la investigación empírica de Brinks demostró que la movilización social en torno al resultado de un caso puede ser un factor muy relevante para modificar la inercia hacia prácticas judiciales que no respetan los derechos de las personas que tienen dificultades para hacer oír -o entender- sus voces en el sistema judicial (Brinks, 2008).

Uno de los primeros casos en que se visibilizaron las injusticias a las que se enfrentaba una madre por no haber logrado proteger a su hija de la violencia de su pareja fue el de Yanina G. (TOC 2 San Isidro, 2015), una joven con un leve retraso madurativo que se encontraba embarazada al momento en que su pareja, Alejandro Fernández, mató a su hija.

Yanina ya había sufrido violencia por parte del padre de su primera hija. Logró romper esa relación gracias al apoyo de una organización de su barrio llamada "Gallo Rojo". Luego, formó una nueva pareja. Su unión a Alejandro Fernández la alejó del centro de asistencia para mujeres maltratadas, como también de la familia que la acompañaba en la crianza de su hija de dos años.

Pocos días antes de la muerte de su hija, Yanina G. había vuelto a visitar el centro "Gallo Rojo" y quienes conversaron con ella notaron que se encontraba en una nueva relación violenta. Cuando las y los trabajadores del centro comunitario se enteraron de que Yanina había sido arrestada por la muerte de su hija se pusieron en contacto con ella y comprendieron que no había podido impedir el fatal desenlace, por lo que se propusieron colaborar para lograr su libertad y desvinculación respecto de una imputación por abandono de persona. Esta organización logró contactar a una abogada feminista para que ejerciera la defensa de Yanina.

La abogada, que se incorporó recién en la etapa del juicio, ofreció como pruebas los testimonios de las y los profesionales del centro comunitario "Gallo Rojo", planteó las limitaciones que enfrentaba Yanina para proteger a su hija -la violencia que sufría de parte de su pareja, su limitada autonomía por su discapacidad intelectual, su embarazo-, la falta de previsibilidad del ataque mortal y los esfuerzos que hacía Yanina para proteger a su hija.

Paralelamente, se creó la "comisión por la libertad de Yanina", conformada por diversas agrupaciones que fueron procurando cubrir distintas necesidades. Por ejemplo, consiguieron que una militante comunitaria que vivía en un barrio precario en la Provincia de Buenos Aires junto con sus diez hijos e hijas, ofreciera acoger a Yanina y a su segunda hija, nacida en prisión, a fin de que Yanina pudiera esperar el juicio en arresto domiciliario.

Asimismo, se organizó una estrategia mediática, que permitió que varias periodistas trataran adecuadamente el caso en la televisión, medios gráficos y portales de internet y de este modo contrarrestar miradas simplificadas del caso (Cartabia Groba, 2020). Allí se exponía que Yanina era víctima de violencia y se encontraba injustamente involucrada en una acusación penal por abandono de persona.

Finalmente, durante las jornadas en las que se realizó el juicio, varias agrupaciones permanecieron manifestándose por la absolución de Yanina en la puerta del edificio que alojaba al tribunal que la juzgaría. Yanina fue absuelta el 11 de marzo de 2015, luego de haber sufrido encarcelamiento preventivo de aproximadamente un año y medio, de haber parido esposada y convivido con su segunda hija en prisión. La fiscal apeló la sentencia, pero su recurso fue desistido por su superior.

Menos de tres meses después, en la misma jurisdicción territorial se inició una investigación por abandono de persona contra Celina B., otra mujer que sufría violencia de parte de su pareja e intentaba salir de esa relación. La información sobre la investigación trascendió rápido e inmediatamente la Comisión por la libertad de Yanina se volvió a reunir para desarrollar estrategias tendentes a lograr la libertad de Celina (Cartabia Groba, 2020). La experiencia en ese mismo territorio facilitó la intervención del Observatorio de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, cuyas profesionales ofrecieron informes y brindaron asesoramiento legal para pedir la excarcelación. Tras una semana, Celina fue liberada. En la comisaría fue sometida a tratos crueles que podrían ser calificados como tortura, tal como lo denunció el Observatorio de Violencia de Género (OVG, 2015).

La investigación continuó y la comisión que reunía organizaciones feministas logró contactarse con la defensora oficial de Celina quien, casualmente, era también defensora de Alejandro Fernández, el concubino de Yanina G. que mató a su hija. La defensora ya conocía la causa y las alegaciones que habían sido exitosas en el caso de Yanina, por este motivo, aceptó que le acercaran material bibliográfico y jurisprudencia que pudieran contribuir para defender a Celina de manera eficaz. Basándose en esos argumentos, la defensa solicitó su sobreseimiento (Alcaraz, 2016). Tras un año y tres meses de investigación, Celina fue desvinculada del proceso penal (Juz. Gar. N° 6 Pilar, 2016).

Otro caso que trascendió en los medios de comunicación fue el de Bárbara G.B., cuyo hijo murió por los golpes de su pareja mientras ella trabajaba. El caso de Bárbara se debatió en canales de televisión y medios gráficos con notable ambivalencia. Poco tiempo había transcurrido desde la primera manifestación del movimiento "Ni Una Menos" y se discutía intensamente acerca de la violencia que sufrían las mujeres en las relaciones íntimas. Así, frente a un caso de violencia extrema contra un niño, la madre apareció en el centro de la mirada pública. Sin embargo, Bárbara habló poco después de la muerte de su hijo, luego de haber sido arrestada y sostuvo que ella también era golpeada salvajemente por su pareja.

La notoriedad de este caso y el hecho de que la mujer fuera asistida por la defensa pública movilizó a la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, que intervino desde el comienzo de la investigación, asesorando a la defensa de la mujer y movilizand

todos los recursos disponibles para generar pruebas de calidad que permitieran evidenciar que Bárbara debió haber sido reconocida como víctima, no como victimaria. Bárbara fue excarcelada poco después de la muerte de su hijo y finalmente absuelta el 17 de junio de 2017, dos años después del hecho que le fuera imputado.

El caso más conocido de intervención de una defensa legal feminista, complementada por una fuerte movilización social y gran visibilidad mediática fue el caso "Belén", ya comentado. Luego de una defensa ineficaz, la abogada feminista Soledad Deza presentó el recurso de casación para impugnar la condena a ocho años de prisión que se le había impuesto a Belén bajo la hipótesis de que ella había parido un niño en el baño de un hospital, lo había arrojado al inodoro y había tirado la cadena, causándole la muerte. Su defensa en la etapa recursiva logró la presentación de una gran cantidad de *amici curiae* (Deza, 2018)¹², quienes analizaron pormenorizadamente las inconsistencias probatorias de la investigación. Por ejemplo, la ONG *Innocence Project* intervino con un dictamen determinante acerca de la falta de fiabilidad de la autopsia y la incorrección del razonamiento probatorio empleado en la sentencia condenatoria. "Belén" fue privada de libertad desde el día en que concurrió al hospital y durante más de dos años. Sin embargo, desde que la abogada Soledad Deza asumió su defensa, se comenzó a informar y debatir en diversos medios de comunicación sobre el caso y se organizaron varias movilizaciones por la libertad de Belén, siendo particularmente numerosas las de la Ciudad de Buenos Aires y San Miguel de Tucumán, ciudad donde se la juzgaba.

Poco después de las multitudinarias movilizaciones, Belén fue excarcelada para aguardar la sentencia de segunda instancia en libertad y el 23 de marzo de 2017 fue absuelta por la Corte Suprema de Justicia de Tucumán.

El caso de Victoria A., de la Provincia de Misiones, también trascendió públicamente y se apoyó a la defensa de la mujer mediante la intervención de diversas organizaciones. En particular, fue muy importante el aporte del Observatorio de Prácticas del Sistema Penal de la Asociación Pensamiento Penal mediante un *amicus curiae* (APP, 2017). El largo proceso que atravesó la mujer luego de que su pareja matara a su hija fue continuamente difundido en medios gráficos, portales de información y especialmente mediante la plataforma de la Asociación Pensamiento Penal. Victoria fue finalmente absuelta, tras más de dos años de encarcelamiento cautelar, un primer juicio declarado nulo y un segundo juicio.

En el caso de Yanina F., acusada de homicidio por omisión de su hija, la movilización feminista y su articulación con la defensa de la mujer jugó un papel importante. La hermana de Yanina se contactó con la organización Red de Mujeres de Moreno. A través de esta red, pudieron contratar un abogado que impulsaría una defensa con perspectiva de género. También se comunicaron con la periodista Verónica González, de la Televisión Pública Argentina. Así, se conformó la Comisión por la Libertad de Yanina F., que se involucró tanto en la difusión del caso en medios de comunicación, como en el apoyo a la defensa técnica. De esta forma, las integrantes de la comisión lograron que el tribunal admitiera el testimonio experto de Laurana Malacalza, coordinadora del Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires y establecieron un diálogo con los miembros del tribunal y con el fiscal. A partir de la consulta con abogadas feministas, obtuvieron precedentes relevantes del Tribunal de Casación provincial y dictámenes de la fiscal adjunta ante esos estrados. Al presentar estos materiales al fiscal del juicio, el funcionario desistió de la acusación y Yanina F. fue absuelta y liberada (Trib. Crim N°4 Mercedes, 2019) tras casi dos años de encarcelamiento preventivo.

Al describir la diversidad e interconexión de las estrategias que fueron exitosas para lograr las absoluciones de Yanina G., Celina B., Bárbara G.B., Belén, Victoria A. y Yanina F. observamos que la defensa con perspectiva de género, el desarrollo de una defensa activa que propone y produce pruebas, ofrece testimonios y expone una explicación y valoración de los hechos alternativa a la sostenida por la acusación logran un grado importante de éxito en los tribunales.

La observación de las estrategias mediáticas y de movilización ante los tribunales es relevante no solamente porque demuestra la incidencia de las acciones paralelas y concomitantes que complementan la argumentación legal. La movilización feminista, incluso la que se hace sentir en forma de exposición mediática y manifestaciones ante los tribunales, puede llamar la atención sobre los argumentos legales que aparecen como novedosos y cuestionan el funcionamiento del sistema penal, a fin de poner en crisis prácticas ilegítimas (Iriarte et al, 2020), como

también romper inercias burocráticas y punitivas que incrementan el sufrimiento de las mujeres que perdieron un hijo o hija y resultan acusadas por no haber impedido esa muerte¹³.

La defensa feminista de las mujeres en conflicto con la ley penal propone una mirada distinta, narrativas que ponen en crisis el "sentido común" que hasta ahora ha guiado la interpretación de la conducta de las mujeres, la valoración de sus declaraciones judiciales y ha determinado la concepción de la violencia contra las mujeres como un problema privado entre personas adultas que consienten.

El debate en el ágora pública que generan los medios de comunicación y las manifestaciones confrontan a jueces y juezas con esta disputa por el sentido, contribuye a cuestionar sus intuiciones y tomar en serio los planteos de quienes defienden a las imputadas que han llegado a juicio catalogadas como "malas madres", responsables de haber desprotegido a sus hijos e hijas.

Ciertamente, ni la defensa con perspectiva de género, ni la exposición mediática, ni la movilización social en torno a un caso judicial serán siempre efectivas para modificar el punto de vista desde el cual se juzga a las mujeres. En el caso de Noemí M., su defensa expuso el sometimiento de la mujer a violencia y argumentó que esta circunstancia limitaba la capacidad de la madre de proteger. Sin embargo, Noemí fue condenada a prisión perpetua¹⁴. Su caso no trascendió a nivel nacional ni suscitó movilización social y su defensa, aunque bien encaminada, fue desestimada.

Lo mismo ocurrió en el caso de Maridza B., cuya defensa en la etapa del juicio expuso la extrema violencia que caracterizaba la relación con el padre de su hijo, que ella se encontraba privada de su libertad y no tenía posibilidad de impedir la violencia que sufrían ella y su hijo. El caso de Maridza movilizó algunos recursos, el Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires intervino y presentó un informe sobre las características violentas del vínculo que padecía Maridza en contra de su voluntad. No obstante, fue condenada a la pena de diez años de prisión por el homicidio de su hijo cometido por omisión, en grado de tentativa. Su caso tampoco tuvo trascendencia mediática.

No obstante, los elementos allegados a la causa por la defensa y los organismos estatales que expusieron la incapacidad de la mujer de proteger a su hijo dieron fundamento a un voto disidente en la sentencia condenatoria y a la posterior absolución de la mujer por parte del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires.

El caso que representó un fracaso de la estrategia de movilización feminista es el de Yamila S., una joven que dio a luz en el baño de la casa de sus progenitores y, pensando que había nacido muerto, lo metió en una bolsa y luego en el lavarropas que se encontraba en el baño. En la sentencia, la jueza del tribunal unipersonal que estuvo a cargo de su juzgamiento expresó que Yamila había manipulado a las organizaciones feministas que se manifestaron frente al tribunal y había logrado engañar a los peritos que sostuvieron que ella no había estado en condiciones psíquicas para actuar de otra manera y que había cometido el hecho en estado de inimputabilidad. Más aún, la magistrada explicitó que el caso de Yamila nada tenía que ver con el de "Belén" y que las organizaciones movilizadas se equivocaron. Le impuso la pena de nueve años de prisión por abandono de persona doblemente agravado por ser cometido contra su hija y por el resultado de muerte.

Este caso tampoco trascendió a medios de comunicación nacionales y la movilización social, en conjunto con una defensa con perspectiva de género y la aportación de elementos probatorios relevantes, no fueron suficientes para lograr convencer a la jueza actuante, por el contrario, parecen haber generado un efecto adverso, evidenciado por las expresiones plasmadas en la sentencia condenatoria¹⁵. Sin embargo, con la fuerza de los argumentos legales, la defensa de Yamila recurrió la condena y la mujer fue finalmente absuelta (Alcaraz, 2018; Carrera et al, 2020).

¹³ Esta estrategia no es exclusiva de los movimientos feministas, cada vez es más frecuente la movilización y la difusión mediática de causas judiciales en las que se discuten temas vinculados a cuestiones de interés social. Estas movilizaciones se caracterizan por la convicción de quienes participan en ellas sobre la justicia de sus reclamos. A su vez, las diversas metodologías de presión y visibilización pueden ser legítimas o ilegítimas. Lo que se pretende en este apartado es describir su existencia y poner de manifiesto el impacto de esta clase de intervenciones.

¹⁴ Los argumentos de la defensa relativos a la violencia de género fueron determinantes en la etapa recursiva, a fin de anular la sanción dispuesta y ordenar su atenuación.

¹⁵ Brinks señala que en los sistemas jurídicos de raíz europeo-continental está mal visto ejercer presión social hacia los tribunales o politizar los casos judiciales, lo que puede generar reacciones adversas en juezas y jueces, especialmente cuando se involucran organizaciones fuertemente identificadas con posiciones políticas o ideológicas. Esto puede conducir a que se juzgue la información traída por estas organizaciones como sesgada (Brinks, 2008).

Las defensas técnicas con perspectiva de género han demostrado un grado elevado de éxito para lograr, tarde o temprano, la absolución de las mujeres catalogadas judicialmente como "malas madres". Asimismo, la movilización feminista parece ser determinante para aumentar los recursos disponibles para la defensa técnica y para posibilitar la morigeración de las medidas cautelares durante el proceso mediante el arresto domiciliario. Finalmente, la visibilidad de los casos en medios de comunicación que informen con perspectiva de género, parece ser una herramienta enormemente relevante para reforzar la narrativa feminista y contrarrestar el sentido común atravesado por estereotipos perjudiciales.

La literatura que estudia las instituciones informales señala que se trata de normas que pueden competir o dejar sin efecto las reglas formales. O'Donnell define a las instituciones informales como reglas de sentido común (O'Donnell, 2006), conocidas por los actores relevantes de una práctica. Así, la abogacía y la movilización feministas pretenden modificar las reglas informales basadas en un sentido común discriminatorio que, en algunas ocasiones, determina la errónea aplicación del derecho material y la violación de derechos fundamentales de las "malas madres".

El uso de estrategias extraprocesales de movilización social y presión sobre los tribunales en muchas ocasiones presenta tensiones vinculadas a la preservación de la imparcialidad judicial y el debido proceso. El trabajo pretendió describir el fenómeno, mostrar su incidencia en los casos estudiados, como también plantear una reflexión sobre la importancia de la abogacía feminista.

3. Consideraciones finales

Los destinos de los procesos penales contra las "malas madres" acusadas por no haber protegido con éxito a sus hijos e hijas son dispares. Como se advirtió en este capítulo, las redes y la abogacía feministas hoy tratan de suplir las deudas del Poder Judicial, el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, como también las graves falencias en la actuación profesional de abogadas y abogados particulares.

Muchas madres recibieron condenas graves, incluyendo la prisión perpetua, por no haber logrado sustraer a sus hijos e hijas de la violencia de sus parejas. Algunas fueron absueltas tras el juicio. Tal fue el caso de Yanina G., quien sufrió más de dos años de prisión preventiva. María O. llegó a juicio tras más de dos años de privación preventiva de libertad y resultó absuelta. Bárbara G.B. también fue absuelta tras el juicio. Yanina F. fue encarcelada por casi dos años antes de resultar absuelta en la etapa de juicio. Andrea Z. llegó al debate oral estando presa y fue liberada tras un año y medio de prisión preventiva. Victoria A. fue liberada por el tribunal oral que la absolvió tras más de dos años de prisión preventiva. Martha O. también recuperó su libertad al ser absuelta por el tribunal oral, tras aproximadamente un año y medio de encarcelamiento cautelar.

Otras madres lograron anular sus condenas en la etapa recursiva. Tal fue el caso de Silvia K., quien esperó aproximadamente seis años la resolución de su recurso contra la condena a seis años y ocho meses de prisión; como también el caso de Maridza B., quien fue liberada por orden del Tribunal de Casación que la absolvió tras tres años de encarcelamiento preventivo. Inti P. debió ser liberada por el Tribunal de Impugnación que la absolvió tras sufrir más de dos años y medio de encarcelamiento preventivo.

El uso extensivo y excesivo de la prisión preventiva no es un fenómeno que afecte exclusivamente a las mujeres acusadas de no haber cumplido adecuadamente con su rol maternal. El encierro cautelar y el proceso adelantan la pena (Ferrajoli, 1997) y, en estos casos, expresan las concepciones culturales que exigen la abnegación maternal y castigan a las mujeres que no lograron superar las dificultades que la violencia, la pobreza y la indiferencia social cargaron sobre sus espaldas. De esta forma, aún en los casos en que no se condena, o se llega a una absolución, las "malas madres" son castigadas¹⁶ mediante el estigma y el encierro que se ordena judicialmente, pero al margen de la ley.

Los procesos penales que se desarrollan por fuera de las reglas básicas que permiten, garantizan y requieren una defensa adecuada que confronte una acusación determinada y basada en las normas aplicables expresan el repudio a las mujeres que no alcanzan el ideal de la "buena madre". Sin embargo, no pueden legitimar las condenas porque se sustentan en prácticas e interpretaciones discriminatorias.

¹⁶ Indagaciones históricas sobre la criminalización secundaria del aborto revelan que los jueces eran renuentes a dictar condenas, aun cuando mediara confesión de la imputada, sin embargo, las mujeres que resultaban absueltas eran liberadas tras largos períodos de encarcelamiento preventivo (Di Corleto, 2018.; Pitlevnik, 2018).

Referencias bibliográficas

- AAVV, 2012. *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.
- Alcaraz, M., 2018, *¡Qué sea ley!*, Buenos Aires: Marea.
- Alcaraz, M., 2016. "Caso Celina Benítez: la construcción patriarcal de 'una mala madre'", *La Izquierda Diario*, 7 de Septiembre, 2016, <http://www.laizquierdadiario.com/Caso-Celina-Benitez-la-construccion-patriarcal-de-una-mala-madre>.
- Anitua, G. y Picco, V., 2012. "Género, drogas y sistema penal: estrategias de defensa en casos de mujeres 'mulas'", AAVV, *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.
- Becker, H., 2009. *Outsiders*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Blackstone, W., 1768. *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Rights of Persons, Oxford: Clarendon Press.
- Bodelón, E. et al, 2012. "La utilización del sistema de justicia penal por parte de las mujeres que enfrentan violencia de género en España", en Encarna Bodelón (dir.) *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Buenos Aires: Didot.
- Brinks, D., 2008., *The judicial response to police killings in Latin America: inequality and the rule of law*, New York: Cambridge University Press.
- Buel, S, 2003. "Effective assistance of counsel for battered women defendants: a normative construct", *Harvard Women's Law Journal*, no.26 (2003).
- Carrera, M., Saralegui Ferrante, N. y Orrego- Hoyos, G. (2020), *Dicen que tuve un bebé. Siete historias en las que el sistema judicial encierra mujeres y a casi nadie le importa*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Carrió, A., 2012. *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5a ed., Buenos Aires: Hammurabi.
- Cartabia Groba, S., 2020. "Incorporación de argumentos relativos a la violencia de género en defensas legales de mujeres imputadas por delitos de omisión en casos de femicidio vinculado", en Bergallo y Álvarez Medina (comps.), *Violencias contra las mujeres. Relaciones en contexto*, Buenos Aires: Didot.
- D'Albora, F., 2009. *Código procesal penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, 8a ed. corr., amp. y act. por Nicolás D'Albora, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Deza, S., 2018. "Una defensa legal feminista para un caso de aborto", *La Ley Noroeste*, 22 (Febrero- Diciembre, 2018) Cita Online: AR/DOC/2332/2018.
- Di Corleto, J. y Carrera, M., 2017, "Responsabilidad penal de las mujeres víctimas de violencia de género: lineamientos para una defensa técnica eficaz", *Revista de Defensores del Mercosur*, no.5 (Noviembre 2017).
- Di Corleto, J., "Defensa penal y perspectiva de género. Asistencia jurídica integral para mujeres en conflicto con la ley penal", en Arduino (comp.), *Feminismos y política criminal: una agenda feminista para la justicia*, Buenos Aires: INECIP, 2019.
- Di Corleto, J., 2018. "Médicos, jueces y abortistas (Buenos Aires, 1940-1970)", Bergallo y Ramón Michel (comp.), *La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto*, Buenos Aires: Eudeba.
- Ferrajoli, L. 1997, *Derecho y razón*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillas Basoco y Rocío Cantarero Badrés, Madrid: Trotta.
- Friedan, B., *La mística de la feminidad*, Barcelona: Sagitario.
- Goffman, Erving, 2008, *Estigma*, Buenos Aires: Amorrortu.
- Hegglin, M., 2006. "Al rescate de la defensa técnica adecuada", Pitlevnik (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Vol. 1, Buenos Aires: Hammurabi.

- Helmke, G. y Levitzky, S., 2006. *Informal institutions and democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore: The John Hopkins University Press.
- Iriarte, A. et al, 2020. "¿Quién dijo que era fácil? El reto de construir una abogacía feminista", Herrera, De La Torre y Fernández (comp.), Videtta (coord.), *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia. Derecho penal y sistema judicial*, Tomo I, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Kreplak, E. y Luena, J., 2013. "Defensa Técnica ineficaz y revisión amplia en la instancia de alzada", Pitlevnik (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Vol. 14, Buenos Aires: Hammurabi.
- Lagarde, M., *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, Ciudad de México: UNAM.
- Larrauri, E., 2003. "¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2a época, no.12 (2003).
- Lemaitre, J., 2007. "Fetichismo legal: derecho, violencia y movimientos sociales" SELA, *Derecho y cultura*, San Juan.
- Luban, D., 2018. "El paternalismo y la profesión jurídica", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol.19, no.1 (Octubre 2018).
- Mahoney, M., 1991. "Legal images of battered women: redefining the issue of separation", *Michigan Law Review*, no.90 (1991).
- Maier, J., 2003. *Derecho procesal penal. Tomo 2: parte general, sujetos procesales*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- O'Donnell, G. 2006, "On informal institutions, once again", Helmke y Levitsky (eds.), *Informal institutions and democracy: lessons from Latin America*, Baltimore: The John Hopkins University Press.
- Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, 2015. "Liberaron a Celina Benítez, tras la denuncia por torturas hecha por la Defensoría", 29 de Junio, 2015. <https://www.defensorba.org.ar/contenido/liberaron-a-celina-b>.
- Pérez Rivera, H., 2020. "Juzgar con perspectiva de género a las mujeres acusadas de cometer un delito: ¿existe un estándar legal aplicable?", *Akademía. Revista Internacional y Comparada de Derechos Humanos*, año 2020, vol.3, no.1 (Enero-Junio 2020).
- Pitlevnik, L., "Problemas de la persecución penal del aborto", Bergallo y Ramón Michel (comp.), *La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto*, Eudeba: Buenos Aires: Eudeba.
- Rivera López, E. (dir.), 2019. *Ética profesional y derecho*, Buenos Aires: SAIJ.
- Roxin, C. y Schünemann, B., 2019. *Derecho procesal penal*, trad. de la 29a. ed. Mario F. Amoretti y Darío Rolón, Buenos Aires, Didot.
- Sáenz, M., 2019. "Los *amici curiae* como estrategia de incidencia legal feminista: una exploración de sus potencialidades en casos de violencia de género", en Miranda y Zaikoski Biscay (comp.), *Género y Derecho*, Santa Rosa: UNLPam.
- Schechter, S., 1982. *Women and male violence: the visions and struggles of the battered women's movement*, Boston: South End Press.
- Schneider, E., 2000. *Battered women and feminist lawmaking*, New Heaven: Yale University Press.
- Sunstein, C., 2014 *Why nudge? The politics of libertarian paternalism*, New Heaven,: Yale University Press.
- Vázquez Pinasco, M., 2020. "La querrela feminista y las respuestas del sistema penal entrerriano en los delitos en contexto de violencia de género", en Herrera, De La Torre y Fernández (comp.), Videtta (coord.), *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia. Derecho penal y sistema judicial*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Jurisprudencia

- Caso Victoria A.** *Aguirre, Victoria Elizabeth; Lovera, Rolando Emilio s/homicidio calificado por haber sido cometido contra su descendiente y homicidio*, expediente n° 5.103 – año: 2015 (Tribunal Oral en lo Penal N° 1 de Oberá, 21/12/2017). Centurión, Luis Alberto y Baini, Andrés Maximiliano y otros s/ presentación, causa C. 173. XLIV (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6/12/2011).
- Caso Maridza B.** *Ortega Villa, Paulino y Bejarano, Maridza s/ homicidio calificado por el vínculo y alevosía en grado de tentativa*, causa n° 4477/O-0705 (Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 de la Plata, 28/10/2015). *Ortega Villa, Paulino s/ recurso de casación y su acumulada* N° 75.132 B. B., M. s/ recurso de Casación, causa n° 75.136, (Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV, 14/10/2016).
- Caso Celina B.** *Benitez Celina s/ abandono de persona agravado por el vínculo*, causa n° I.P.P. n° 14-14-2014-15/00, Unidad Funcional de Instrucción Violencia de Género de Pilar (Juzgado de Garantías N° 6 de Pilar, 16/9/2016).
- Caso Belén S.S.S.** *s/ homicidio agravado por el vínculo y alevosía*, (Presa: UPT N° 14), MEP 14941/2014, (Cámara Penal de la Provincia de Tucumán, Sala III, 19/4/2016). *S.S.S. s/ homicidio agravado por el vínculo*, causa n° 329/2017 (Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, Sala en lo Civil y Penal, 23/3/2017).
- Caso Irina C.** *Carrión Irina Guadalupe por homicidio en perj. de un bebe recién nacido sexo masculino*, autos n° 1657 (Cámara en lo Penal y Correccional de San Juan, Sala II, 5/7/2018). *González Bonorino, Bárbara s/ procesamiento*, causa n° CCC 33440/2015/TO1 (Tribunal Oral en lo Criminal N° 13 de la Ciudad de Buenos Aires, 22/6/2017).
- Caso Nélide C.** *Retamar, Pedro Ricardo - Cabrera Emeri, Nélide Carina s/ abuso sexual con acceso carnal*, causa n° 5287, F° 58, Año 2013 (Cámara Primera en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Entre Ríos, Sala II, 17/2/2014).
- Caso Yanina F.** *Farías Yanina Soledad s/homicidio agravado por el vínculo y Leguizamón José Alfredo s/ homicidio simple*, en *Moreno(B)*, causa n° 2934 (sorteo N 1236/2018) IPP 19-00-015792-17 (Tribunal en lo Criminal N° 4 Departamento de Mercedes, 29/5/2019).
- Caso Yanina G.** *González, Yanina s/ abandono de persona seguido de muerte, agravado por el vínculo*, causa n° 14.007 (Tribunal Oral en lo Criminal N° 2, Departamento Judicial San Isidro, 11/3/2015).
- Caso Bárbara G.B.** *González Bonorino, Bárbara s/ procesamiento*, causa n° CCC 33440/2015/TO1 (Tribunal Oral en lo Criminal N° 13 de la Ciudad de Buenos Aires, 22/6/2017).
- Caso Silvia K. K., S. N. y otro s/ abandono de persona agravado, causa n° 2313 (Tribunal Oral en lo Criminal N° 17 de la Ciudad de Buenos Aires, 15/11/2007). *K., S. N. y otro s/recurso de casación*, causa n° 9125, reg. n° 50/2013 (Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, 21/2/2013).**
- Caso Noemí M.** *Malicho, Noemí Susana y otro p.ss.aa. Homicidio calificado por el vínculo*, expediente n° 2735491 (Cámara Criminal y Correccional de 6° Nominación de Córdoba, 25/8/2017). *Malicho, Noemí Susana y otro p.ss.aa. s/ recurso de casación*, Expte. N° 2735491, sentencia n° 69, (Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, 10/3/2021). *Martínez Coronado vs. Guatemala* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 10/5/2019).
- Caso Martha O.** *Rojas Rivero, Anania Geremía s/ recurso de casación*, causa n° CCC 30660/2015/TO1/CNC2, reg. n° 1404/2018 (Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, 5/11/2018). *Rojas Rivero, Anania Geremía y otra s/ homicidio agravado por el vínculo*, causa n° CCC 30660/2015/TO1 (Tribunal Oral en lo Criminal N° 13 de la Ciudad de Buenos Aires, 27/12/2016).
- Caso Inti P.** *Paillalef, Inti Rayen s/ homicidio calificado*, legajo n° 3/14 (Tribunal de Impugnación de la Provincia de Neuquén, 28/3/2014).

-
- Caso Andrea P.** *Pippo, Francisco y Pastore, Andrea s/ homicidio agravado por el vínculo*, causa n° 2735 (Tribunal Oral en lo Criminal N° 24 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 10/5/2011). *Pippo, Francisco y Pastore, Andrea s/ recurso de casación*, causa n° 15.539, reg. n° 24.028 (Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, 8/9/2014).
- Caso Evelyn R.** *Fiscal C/ Orellano Carrizo, Jorge p/ Homicidio agravado... y Rodríguez Rivas, Rita Evelyn E. p/ homicidio agravado por el vínculo c/ casación*, causa n° 13-03827996-8/1 (Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, Sala II, 27/12/2016).
- Caso Nuria R.** *Guayan Arévalo, Wilson y otros s/abuso sexual agravado*, legajo nro. MPF-VI-00362-2017 (Tribunal de Juicio de Viedma, 30/5/2018). *Ruano Torres v. El Salvador* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5/10/2015).
- Caso Yamila S.** *Sotelo, Yamila Araceli s/ abandono de persona seguido de muerte agravado por ser cometido por un padre contra su hijo*, proceso 10/16 (Juzgado de Sentencia en lo Penal N° 8 de Rosario, 12/9/2016).
- Caso Andrea Z.** *Álvarez Victor Javier - Zapata, Andrea Soledad - homicidio calificado*, expediente n° 2723 (Tribunal de Juicio de Concordia, 12/06/2013). *Alvarez, Víctor J. - Zapata, Andrea S. s/ homic. calif. s/ recurso de casación*, expedientes n° 4413 y n° 4414/2013 (Tribunal Superior de Justicia de Entre Ríos, Sala N° 1 de Procedimientos Constitucionales y Penales, 5/3/2014).

Feminicídio e Poder Judiciário: Uma análise feminista da reprodução de estereótipos e discriminação de gênero em decisões judiciais

Autoras

Livia de Meira Lima Paiva*

Adriana Ramos de Mello**

RESUMO

Este artigo apresenta os resultados de pesquisa realizada em 31 processos judiciais envolvendo o crime de feminicídio que tramitaram no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de compreender como o feminicídio é entendido pelas distintas instituições, especialmente as instâncias decisórias (juízo singular, Câmaras Criminais e jurados/as). A metodologia Análise Crítica do Discurso foi utilizada para a estruturação das cinco categorias que serão abordadas: a invisibilidade do feminicídio, quesitação, a natureza jurídica da qualificadora e problemática decorrente do julgamento pelo Tribunal do Júri, os argumentos revitimizantes e a ausência de perspectiva de gênero nos julgados. Como resultados, apresentamos a crítica à invisibilização do feminicídio derivada do entendimento restritivo dos Tribunais sobre a suposta ausência de violência baseada no gênero, à construção do quesito relativo ao feminicídio, à escolha técnica pela inserção no ordenamento jurídico como uma qualificadora e não um tipo penal autônomo, além de reflexões sobre o dever de atuação ética da Defesa em casos de feminicídios (à luz do direito à memória da vítima) e a necessidade de incorporação da perspectiva de gênero ao longo de todo o julgamento.

PALAVRAS-CHAVE:

FEMINICÍDIO, PERSPECTIVA DE GÊNERO, PROCESSO PENAL, TRIBUNAL DO JÚRI, DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO.

Cómo citar este artículo

De Meira Lima Paiva, Livia y Ramos de Mello, Adriana (2022). Feminicídio e Poder Judiciário: Uma análise feminista da reprodução e estereótipos e discriminação de gênero em decisões judiciais. *REV. IGAL*, I (1), 43-64.

* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora e pesquisadora do Instituto Federal do Rio de Janeiro e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). E-mail: livia.paiva@ifrj.edu.br.

** Doutora em direito público pela Universidade Autònoma de Barcelona. Juíza de direito do Rio de Janeiro. Professora da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e do mestrado profissional da Escola Nacional de Formação de Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). E-mail: adrianaramos@tjrj.jus.br.

RESUMEN

Este artículo presenta parte de los resultados de una investigación realizada en 31 procesos judiciales de feminicidio que fueron procesados en el Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro con el objetivo de comprender cómo el feminicidio es entendido por diferentes instituciones, sobre todo por los órganos decisorios (los/as jueces/as de primera instancia, los/as de segunda instancia y el Tribunal de jurados). Se utilizó la metodología del Análisis Crítico del Discurso para estructurar las cinco categorías que serán abordadas: la invisibilidad del feminicidio en los procesos judiciales, la estructuración de las preguntas en el juicio de los/as jurados/as, la naturaleza jurídica de la "agravante" feminicidio y los problemas derivados de la sentencia del Tribunal de Jurados, los argumentos revictimizantes utilizados por la defensa y la ausencia de una perspectiva de género en las sentencias. Como resultado, presentamos la crítica a la invisibilidad del feminicidio derivada del entendimiento restrictivo de las Cortes sobre la supuesta ausencia de violencia de género, a la forma en que se construye la cuestión del feminicidio, a los problemas derivados de la construcción jurídica del feminicidio como calificativo objetivo del homicidio, así como reflexiones sobre el deber de actuación ética de la defensa en los casos de feminicidio (a la luz del derecho a la memoria de la víctima) y la necesidad de incorporar la perspectiva de género a lo largo del juicio.

PALABRAS CLAVE:

FEMINICIDIO, PERSPECTIVA DE GÉNERO, PROCEDIMIENTO PENAL, TRIBUNAL DE JURADOS, DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO.

1. Introdução

A violência de gênero contra a mulher foi definida pelo Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) da ONU como a "violência que é dirigida contra uma mulher porque ela é mulher ou que afeta as mulheres desproporcionalmente", e que se constitui violação de seus direitos humanos. A falta de políticas públicas de prevenção à violência e a tolerância do Estado em relação à violência contra as mulheres tem gerado um obstáculo crítico para alcançar a igualdade substantiva entre homens e mulheres (item 10, da Recomendação 35, do Comitê CEDAW).

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos (SIPDH) o Brasil foi recentemente responsabilizado pela violação dos direitos humanos de Marcia Barbosa e seus familiares (OEA, 2021). Marcia era uma mulher jovem, negra, estudante e moradora de Cajazeiras na Paraíba que, em junho de 1998, foi assassinada por Aécio Pereira, um influente deputado estadual com quem se envolvera sexualmente. Embora um número expressivo de provas indicasse a autoria do fato, as solicitações para abertura de uma investigação policial, que à época dependiam de autorização da Assembleia Legislativa do Estado, foram rejeitadas por influência do político.

Marcia Barbosa foi vítima de violência de gênero pela primeira vez em 1998 e, em seguida, diversas vezes institucionalmente durante a investigação e o processo penal, quando lhe retiraram a condição de vítima ao construir uma imagem de provocadora ou merecedora da violência. A revitimização através de argumentos difamatórios é frequente em investigações e processos judiciais que envolvem violência de gênero (Sabadell, 2017; Pimentel, Pandijiarjian & Belloque, 2006; Fachinetto, 2016; Bandeira, 2014; Suárez & Bandeira, 2001).

No caso de Marcia, a discriminação se caracteriza pelas reiteradas perguntas sobre sua sexualidade e consumo de drogas desde a investigação policial até a sustentação do advogado de defesa no plenário do júri que tentou imputar a ela o consumo de álcool e prostituição, como se estas condutas autorizassem de alguma forma a violência sofrida.

O caso de Marcia é emblemático porque 1) aborda a discriminação de gênero resultante de procedimentos investigatórios e judiciais dissociados de uma perspectiva de gênero, 2) reúne as sobreposições de raça, gênero, classe e a interação destas categorias que não devem ser decompostas na análise sobre as múltiplas formas de violência contra as mulheres.

O recorte de raça e classe é fundamental para analisar as desigualdades sociais e de gênero que afetam as mulheres de forma desproporcional. A violência de gênero afeta as mulheres ao longo de todo o ciclo de vida e em vários âmbitos, seja público ou particular, incluindo as meninas e adolescentes.

Os dados sobre as mortes violentas de mulheres são preocupantes no Brasil. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, elaborado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), informa que juntando os anos de 2020 e 2021, foram mortas 2.695 mulheres pela condição de serem mulheres. Somente no ano de 2021, 1.341 mulheres foram vítimas de feminicídio, a maioria negras (62%), entre 18 e 44 anos (68,7%), mortas dentro de casa (65,6%). Em 81,7% dos casos, o autor do crime foi o companheiro ou o ex-companheiro da vítima (Fórum Brasileiro de Segurança Pública [FBSP], 2022). O patriarcado deixa marcas e mortes por onde passa. No Brasil, a violência de gênero contra as mulheres não poupa nem a infância e tão pouco as mulheres durante a gestação e o parto, com altos índices de violência obstétrica e assédio sexual. No âmbito da administração judiciária, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), registrou crescimento no número de novos casos, vez que no ano de 2020 foram registrados 1.596 novos casos e, em 2021, foram registrados 1.900 (Conselho Nacional de Justiça [CNJ], 2022).¹ Os dados permitem a reflexão de que o maior confinamento nos lares durante a pandemia de covid-19 significou a maior vitimação de mulheres brasileiras.

Embora tenha sido registrado o aumento de processos judiciais, o caso de Marcia Barbosa segue como exemplo de como a ausência de perspectiva de gêneros nos procedimentos judiciais pode significar na violação de direitos humanos. Fundamental, portanto, a pesquisa em processos judiciais para reflexão da significação das dinâmicas e circunstâncias dos crimes que envolvem violência de gênero pelas práticas judiciais.

¹ O Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres foi criado pela Resolução nº 254, de 2020 para o ano de 2021.

Este artigo busca apresentar alguns resultados de pesquisa realizada em 31 processos julgados pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A metodologia da Análise Crítica do Discurso (Fairclough, 2012) foi utilizada construção de cinco categorias de análise que serão apresentadas nas seções ao longo do texto com objetivo de analisar, à luz das Teorias Feministas do Direito (Jaramillo, 2000; Smart, 1994; Mackinnon, 1989; Bodelón, 2003) como o feminicídio é inteligido pelas distintas instituições, especialmente as instâncias decisórias (juízo singular, Câmaras Criminais e jurados/as) e em que medida é efetivamente incorporada a perspectiva de gênero nos julgamentos de processos de feminicídios.

Antes, porém, contextualizaremos de forma breve a opção legislativa para introdução do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro para situar especialmente o/a leitor/a estrangeiro/a acerca das escolhas legislativas e processamento do crime de feminicídio segundo a legislação brasileira.

2. Considerações preliminares: a introdução do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro

O campo do conhecimento denominado Estudos de Gênero é capaz de fornecer suporte teórico para pensar as implicações das condições de gênero, retirando o debate da esfera biológica e inserindo-o como um produto das relações sociais. Os gêneros constituem uma estrutura abstrata de relações, mas que é encarnada em atores sociais ou personagens míticos e fixada pela experiência humana acumulada em um período largo de tempo (Segato, 2003). O patriarcado seria uma ordem reguladora hierarquizada dos *status* de gênero, instalado e reproduzido por uma economia simbólica. Esta ordem faz emergir caracterizações secundárias com "atributos do homem e da mulher ou com gestos da masculinidade e da feminilidade de personagens dramáticos que representam papéis característicos" (Segato, 2003, p. 57).

O feminicídio desempenha papel fundamental nesta ordem hierarquizada de status: a violência feminicida como uma tentativa de manter a estabilidade e coerência das normas compulsórias de gênero. Ou ainda, compreendê-la como a coação mais concreta e fatal na correção das mulheres desviantes de seus papéis originários. Da possibilidade de escapar da prescrição estrutural e previsível, vem a punição e o retorno à estabilidade.

O feminicídio pode ser compreendido como a morte de mulheres pelo simples fato de sê-lo ou ainda, nas palavras de Russell e Caputi, que pela primeira vez escreveram sobre o tema, "o extremo de um *continuum* de terror anti-feminino e [que] inclui uma ampla variedade de abusos verbais e físicos" (Caputi & Russell, 1992, p.15). O assassinato de mulheres com sinais de extrema violência guarda certas semelhanças não obstante tenha sido praticado em Cidade Juárez, no norte do México ou Cipolleti, na patagônia, extremo sul do continente (Segato, 2003).

Desde que foi teorizado pela primeira vez e descrito em três possibilidades, a conceituação do que é um feminicídio sofreu uma série de mudanças. Inicialmente o feminicídio compreendido em três aspectos: *íntimo*, aquele praticado por um parceiro ou ex-parceiro com o qual a vítima tenha mantido relação íntima de afeto, *não íntimo*, praticado por desconhecido e *por conexão*, entendido como a morte da mulher que se encontrava na "linha de fogo" de um homem que tentava matar outra mulher (Toledo, 2010; Carcedo & Sagot, 2000; Instituto Interamericano de Derechos Humanos [IIDH], 2006). Embora se trate de uma violência que guarda diversas semelhanças em distintas regiões e culturas, o feminicídio já foi teorizado e descrito a partir de certas particularidades e agenciamentos de violências particulares (Monarrez-Fragoso, 2019; Segato, 2003, 2006; Carcedo, 2010; Lagarde, 2008; Romio, 2017).

Após a condenação do Estado Mexicano no caso Gonzalez y otras vs. México², Marcela Lagarde, então deputada federal, defendeu a necessidade de uma pesquisa nacional para conhecer os distintos contextos em que a violência se manifestava por todo o território. A pesquisa levada a cabo por uma comissão especializada foi capaz de identificar distintos agenciamentos de opressões que concorriam para a morte de meninas e mulheres e que se relacionavam com sua condição de gênero. A partir da pesquisa empírica os debates parlamentares foram levados a cabo para introdução do feminicídio no ordenamento jurídico mexicano. Entender o feminicídio

² O caso González e outras ("campo algodoeiro") vs. México foi um marco na luta pelos direitos de meninas e mulheres na América Latina. Refere-se ao feminicídio de três jovens, que foram encontradas mortas, com marcas de violência sexual em um campo de algodão em Cidade Juárez. Sentenciado em 16 de novembro de 2009 pela Corte Interamericana de Derechos Humanos, pela primeira vez uma Corte Internacional reconhece o conceito de feminicídio para caracterizar a morte de mulheres como uma violência de gênero. Para uma análise do caso ver: Rosas & Montpellier, 2011.

como uma categoria empírica pressupõe uma disposição para olhar as diversas matizes do fenômeno. A empiria busca compreender a partir da experiência, da observação dos fatos.

A partir da pesquisa empírica acerca das realidades do feminicídio, distintas autoras começam a complexificar a conceituação do fenômeno. Monarrez-Fragoso (2019) e Largarde (2008), denunciam a dimensão sistêmica do feminicídio na realidade mexicana, Carcedo (2010), em pesquisa realizada na Costa Rica, designou como "cenários do feminicídio" diferentes contextos socioeconômicos, políticos e culturais que propiciam ou produzem relações assimétricas de poder entre homens e mulheres conduzindo a feminicídios com distintas características.

No Brasil, em 1998, Sueli Almeida publicou o livro "Femicídio: algemas do (In)visível", resultado de sua tese de doutorado orientada por Heleieth Saffioti, cujo objetivo principal era questionar a neutralidade dos termos "homicídio" e "assassinato". Desde então, pesquisas feministas revelam a discriminação sofrida por mulheres em processos judiciais que ao invés de julgarem o suposto autor do fato, atribuem às vítimas a responsabilidade e culpa pela violência sofrida. Pimentel, Pandijiarjian e Belloque (2006) abordam a reprodução da violência de gênero nas decisões judiciais, uma vez que incorporam estereótipos, preconceitos e discriminações contra as mulheres vítimas de violência, desqualificando-as e convertendo-as à posição de réus dos crimes nos quais foram vítimas. A tese de legítima defesa da honra é mobilizada para fundamentar "construções jurídicas que misturam ao Direito a moral patriarcal, ao resgatar entendimentos já superados nas academias, no sentido de proteção do casamento e da família patriarcal em detrimento das pessoas que a integram" (Pimentel, Pandijiarjian & Belloque, 2006, pp. 131-132).

Romio (2017) categoriza os feminicídios em diretos e indiretos, entendidos respectivamente como aqueles decorrentes de contextos de supressão de direitos que levam à morte de mulheres, tais como o aborto e mortalidade materna e os decorrentes de agressões físicas, suicídio e agressões sexuais. A autora trabalha com três categorias derivadas desta definição: feminicídios reprodutivos, feminicídios sexuais e feminicídios domésticos (Romio, 2017).

No ordenamento jurídico brasileiro, a atribuição da competência para o julgamento de crimes dolosos (tentados ou consumados) contra a vida é do Tribunal do Júri por força do art. 5º, XXXVIII, "c" da Constituição Federal da República Federativa de 1988 (doravante CRFB). Assim sendo, sempre que houver indícios de autoria e materialidade, o agressor deve ser pronunciado e submetido ao Conselho de Sentença (composto por 7 jurados/as) que decide sobre estes elementos, assim como a existência das qualificadoras e de crimes conexos.

O crime de homicídio está previsto no art. 121 do Código Penal Brasileiro (doravante CPB). Após determinar a conduta incriminadora, a lei penal prevê circunstâncias subjetivas e objetivas que devem ser consideradas para aumentar ou diminuir a reprovação do delito e que, consequentemente, afetarão a sanção imposta.

O art. 74 do Código de Processo Penal Brasileiro (doravante CPPB) determina que nos crimes que envolvem homicídio (art. 121 do CPB) também compete ao Tribunal do Júri apreciar as qualificadoras (§ 2º do art. 121 do CPB) e a causa de diminuição de pena (identificada como homicídio privilegiado – § 1º do art. 121 do CPB). Assim, a exclusão de qualificadoras na fase da pronúncia ou o decote da qualificadora que se ampare em alguma prova usurpa a função dos jurados e, portanto, fere o princípio constitucional da soberania do Tribunal do Júri. Admite-se reforma da decisão dos jurados quando esta é manifestamente contrária a provas nos autos (art. 593, III, d e § 2º do CPPB).

Em 2015, a Lei 13.104 alterou o CPB para introduzir o feminicídio como uma qualificadora do tipo penal de homicídio (art. 121, § 2º, VI do CPB), entendida como o homicídio praticado contra mulher por "razões e condições do sexo feminino", ocorrido no contexto de violência doméstica (art. 121, § 2º-A, I) ou por menosprezo ou discriminação à condição de mulher (art. 121, § 2º-A, II). As causas de aumento foram inseridas no §7º do mesmo artigo:

§7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

- I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;
- II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;
- II - contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou com doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental;
- III - na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima;
- IV - em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha).

O reconhecimento do feminicídio como uma forma específica de violência, que se fundamenta na discriminação de gênero foi uma demanda dos movimentos de mulheres e a inclusão de seu "nomen juris através da tipificação penal reflete o reconhecimento político-jurídico de uma violência específica que é também uma violação dos direitos humanos das mulheres" (Campos, 2015, p.110).

A interpretação do que seria "razões e condições do sexo" ou "menosprezo à condição de mulher" não é evidente. Além das resistências do "patriarcalismo jurídico"³ à aplicação de normas que tutelem distintos direitos das mulheres, a redação da qualificadora tampouco ajuda na objetividade exigida de uma lei penal. Em outros países latino-americanos como Guatemala e Costa Rica, o feminicídio foi internalizado como um tipo penal autônomo (Mello, 2017; Toledo, 2012).

Nos últimos anos, a estruturação de documentos e diretrizes, nacionais e internacionais, objetivaram orientar a atuação das instituições do de justiça. O *Modelo de Protocolo Latino-Americano para investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio)* elaborado pela ONU Mulheres, objetiva orientar os profissionais "que intervenham na cena do crime, no laboratório forense, no interrogatório de testemunhas e supostos responsáveis, na análise do caso, na formulação da acusação, ou ante os tribunais de justiça" (Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OACNUDH] & OnuMujeres, §11, 2014, p. 9).

Em 2016, o Modelo de Protocolo Latino-Americano foi adaptado pelo Escritório da ONU Mulheres no Brasil em parceria com a Secretaria de Políticas para Mulheres da Presidência da República (SPM/PR) à realidade social, cultural, política e jurídica no Brasil e originou as *Diretrizes Nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Este documento cita como princípios norteadores da atuação das instituições estatais: o acesso à justiça integral e gratuita, o respeito à dignidade humana, à diferença e à privacidade, a participação em sentido amplo (informação, assistência, proteção e reparação), a reparação, o direito à justiça, à verdade e à memória. Como veremos, à luz das Diretrizes Nacionais, encontramos uma série de problemas no processamento e julgamento dos crimes de feminicídio, tais como o desrespeito à memória e dignidade da vítima morta, a utilização de argumentos revitimizantes e o tratamento desrespeitoso da mulher vítima sobrevivente e testemunhas (familiares, especialmente filhos/as, vítimas indiretas), considerada elemento útil à persecução penal.

No mesmo ano, em 2016, estruturou-se outro documento importante, as *Diretrizes Nacionais de Investigação Criminal com Perspectiva de Gênero*⁴, realizada por equipe de Promotores da Comissão Permanente de Violência Doméstica (COPEVID). Com o objetivo de fortalecer o enfrentamento à violência de gênero perpetrada contra as mulheres o documento estabelece parâmetros mínimos necessários para a incorporação da perspectiva de gênero pelas instituições responsáveis pela investigação e processamento de crimes de violência contra as mulheres. A função do protocolo regional é fornecer um texto-base para que diferentes Estados e instituições competentes para promover a investigação criminal desenvolvam instrumentos adequados de padronização de atendimento, atenção e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, adaptados às diferentes realidades e ao tratamento específico que a matéria impõe para garantir o direito humano das mulheres a uma vida livre de violência.

Por fim, em 2021 o CNJ aprovou o *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero* para garantir, na realização de julgamentos, o respeito ao direito à igualdade e à não discriminação, com objetivo de promover o exercício da função jurisdicional "de forma a concretizar um papel de não repetição de estereótipos, de não perpetuação de diferenças, constituindo-se um espaço de rompimento com culturas de discriminação e de preconceitos" (CNJ, 2021). O documento estabelece diretrizes que traduzem um novo posicionamento da Justiça, com maior equidade entre homens e mulheres, constituindo um espaço de não discriminação. O protocolo contém três partes, sendo a primeira conceitual, a segunda composta de um guia: um passo a passo como julgar com perspectiva de gênero e, por fim, questões de gênero específicas de cada ramo da justiça.

No mesmo ano, ao julgar pedido liminar na ADPF 779, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CRFB). Assim, a Corte Suprema

³ Entendido como "vinculação (e integração) do direito moderno com o sistema patriarcal de relações sociais, que implica na produção e reprodução das relações de dominação do gênero feminino pelo masculino" (Sabadell, 2017, p. 232).

⁴ Documento disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/227964/dir_nac_invest_crim.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.

conferiu interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do CPB e ao art. 65 do CPPB, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa.

O que se observa, porém, é que, na contramão de documentos nacionais e internacionais que orientam a atuação respeitadora da dignidade das mulheres das instituições que compõem o sistema de justiça, os argumentos misóginos como os que fundamentam a tese da legítima defesa da honra seguem sendo utilizados nos tribunais por operadores(as) do direito. Interpretações da norma penal "pretensamente neutras e técnicas" e em dispositivos penais (como veremos, o privilégio) que embora não discriminem formalmente as mulheres, dissociadas da perspectiva de gênero, dão margem e abertura para a incidência de uma moral patriarcal que revitimiza e culpabiliza a mulher pela violência sofrida.

3. Ausência de perspectiva de gênero e discriminação nas decisões judiciais

Parte da Teoria Feminista do Direito se estrutura através da denúncia das formas misóginas de articulação da lei que resulta na discriminação de mulheres. Conquistas dos movimentos de mulheres no campo jurídico, como o reconhecimento do feminicídio formalmente na lei penal. Jaramillo (2000) mapeia a produção feminista neste campo de três formas: (1) a crítica à teoria do direito, que está fundada em pressupostos gerais e protege interesse dos homens, (2) a crítica às instituições e as diferentes formas de tratamento, violência e invisibilização de demandas de mulheres⁵ e (3) os métodos de análise jurídica que se reivindicam como feministas e levam em consideração a perspectiva das mulheres.

Esta pesquisa se insere na primeira categoria descrita pela autora na medida em que busca compreender como "mesmo quando o direito protege os interesses e necessidades das mulheres e introduz seu ponto de vista, a aplicação [da norma] pelas instituições e indivíduos modelados pela ideologia patriarcal desfavorece as mulheres" (Jaramillo, 2000, p.122).

Portanto, a pesquisa foi estruturada para compreender como o feminicídio, após cinco anos de sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, foi entendido pelas três instâncias decisórias (juízo singular, Câmaras Criminais e jurados/as) no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

A seleção e delimitação dos processos que compuseram o corpus da pesquisa foi realizada através de inúmeras combinações de descritores no site do referido Tribunal ("feminicídio"; "homicídio mulher"; "art. 121, §6º, I e II, do CP"; "Lei nº 13.104/15"; "suicídio mulher") no marco temporal estabelecido de 09 de março de 2015, data da entrada em vigor da Lei nº 13.104/2015, quando a fase inicial da pesquisa foi finalizada.

Observada a delimitação territorial, o Estado do Rio de Janeiro, a equipe de pesquisa obteve uma primeira amostra de 165 processos localizados através do descritor "homicídio mulher" e 68 processos localizados através do descritor "feminicídio", totalizando 223 processos. Os outros descritores não foram capazes de encontrar processos judiciais novos.

Em seguida, os processos foram analisados com o intuito de excluir os que não se relacionavam com casos de feminicídio. Assim, da amostra inicial, foram excluídos 5 processos oriundos da pesquisa realizada com o descritor "feminicídio" e 59 processos oriundos da pesquisa feita com o descritor "homicídio mulher" e que não se relacionavam com o objeto da pesquisa. Após esse primeiro tratamento da base de dados, as pesquisadoras realizaram um novo tratamento e excluíram 9 processos que estavam em duplicidade (presentes nas duas listas), sendo gerada uma planilha com 160 processos. Em um terceiro momento, as pesquisadoras se preocuparam em identificar informações básicas referentes aos processos, observando: a) se o processo estava em segredo de justiça; b) se o processo era eletrônico ou físico; c) a data do fato.

Identificadas estas informações, a equipe de pesquisadoras realizou novo tratamento dos processos, excluindo I) aqueles que estavam em segredo de justiça; II) aqueles cuja data do fato era anterior à data da vigência da Lei 13.104/2015; e III) os habeas corpus (identificados pelo final "0000"). Isso porque os processos que possuíam alguma das fases em segredo de justiça prejudicavam a análise integral dos casos. Em relação aos processos com a data anterior à entrada em vigor da Lei 13.104/2015, cumpre ressaltar que a pesquisa realizada no site do Tribunal apresenta como resultados a data da publicação dos acórdãos, e não a data dos fatos. Como não há possibilidade de aplicação da Lei 13.104/2015 em fatos anteriores à vigência da Lei, eles

⁵ A autora faz uma observação de que o conteúdo das críticas muda radicalmente dependendo do grupo que as elabora. Sendo assim, a interpelação de feministas radicais e feministas liberais das instituições, por exemplo, se dá de diferentes maneiras. O que a autora faz é mapear o objeto das críticas, não seu conteúdo.

não podem ser considerados feminicídio em termos legais. Por fim, os *habeas corpus*, na grande maioria dos casos, relacionavam-se a processo que não tinham ainda uma decisão em primeira ou segunda instância, o que limitaria a nossa análise.

A pesquisa qualitativa foi realizada através da metodologia da Análise Crítica do Discurso, constituindo-se uma pesquisa documental empírica de cunho interdisciplinar (sociológico e jurídico) indutivo, quantitativo e qualitativo, visando à observação do funcionamento do sistema de justiça a partir dos julgamentos dos processos de feminicídio (consumados e tentados) selecionados.

Todos os processos foram analisados em sua integralidade. As principais peças processuais selecionadas foram: laudos periciais, decisão de prisão em flagrante, relatório final do inquérito, denúncia, decisão de recebimento da denúncia, resposta à acusação, audiências, sentença de pronúncia, decisão decorrente do Tribunal do Júri e acórdãos (Recursos em Sentido Estrito e Apelações). A etapa seguinte da pesquisa identificou os perfis dos autores e das vítimas, bem como a dinâmica do crime e o fluxo do processo, destacando informações sobre como a perspectiva de gênero é abordada nos processos. No entanto, apresentaremos os resultados da análise qualitativa relativa às decisões judiciais nos casos de feminicídio a partir de categorias de análise.

A Análise Crítica do Discurso desenvolvida por Norman Fairclough (2012) se preocupa com a semiose como a parte irredutível dos processos sociais materiais. Desta maneira, esse método/teoria busca analisar as formas de construção de sentidos – imagens, linguagem corporal e a própria língua. Nesta pesquisa, buscamos aplicar o método dentro do campo do Direito que, como diversas outras práticas sociais, se estabelece através da semiose. Para Fairclough, toda prática social é composta por elementos semióticos que se inter-relacionam dialeticamente como: a. Atividade produtiva; b. Meios de produção; c. Relações sociais; d. Identidades sociais; e. Valores culturais; f. Consciência; g. Semiose. Para o autor, uma prática é, "por um lado, uma maneira relativamente permanente de agir na sociedade, determinada por sua posição dentro da rede de práticas estruturada; e, por outro, um domínio de ação social e interação que reproduz estruturas, podendo transformá-las" (Fairclough, 2012, p. 308).

No campo jurídico, essa afirmativa continua válida. A prática jurídica se estabelece a partir de procedimentos próprios, mas em constante diálogo com valores culturais e práticas sociais (econômicas, políticas, culturais, entre outras). A ACD é a análise das relações dialéticas entre semioses (inclusive a língua) e outros elementos das práticas sociais.

Não há uma estrutura fixa para se fazer análise de discurso. As abordagens variam de acordo com a natureza específica do projeto e conforme suas respectivas visões do discurso. No entanto, embora não haja uma estrutura metodológica rígida, a Análise Crítica de Discurso pressupõe: os dados, compostos por um corpus (conceito utilizado pelo autor) de amostras de discurso; análise em si, composta de indicadores; e os resultados da análise. A fase de análise crítica do discurso, pelo método/teoria de Fairclough, é composta por três indicadores: (1) análise das práticas discursivas – no nível da macroanálise, focalizando a intertextualidade e a interdiscursividade das amostras do discurso; (2) análise dos textos – microanálise da prática discursiva (elementos linguísticos empregados, como metáforas, neologismos, significado das palavras empregadas, entre outros); (3) análise da prática social da qual o discurso é uma parte.

A metodologia utilizada permitiu a estruturação das cinco categorias que serão abordadas a seguir: a invisibilidade do feminicídio, as questões relativas à quesitação, a natureza jurídica da qualificadora e problemática decorrente do julgamento pelo Tribunal do Júri, os argumentos revitimizantes utilizados pela defesa e a ausência de perspectiva de gênero nos julgados.

Cumpramos destacar que os nomes das partes nos casos apresentados ao longo deste artigo foram ocultados e substituídos por pseudônimos. Mesmo sendo os processos públicos, decidimos não mencionar a numeração para preservar ainda mais a desidentificação das partes.

3.1 O que não tem nome não existe: invisibilidade do feminicídio no campo judicial

A análise dos processos revelou diferentes formas de invisibilização ou rejeição à qualificadora do feminicídio: 1) o não reconhecimento da qualificadora do feminicídio na denúncia, 2) a exclusão da qualificadora da decisão de pronúncia pelo juízo singular, 3) o decote da qualificadora do feminicídio pela Câmara Criminal, 4) o não reconhecimento do feminicídio pelo Conselho de Sentença e a invisibilização desta forma de crime que, nas peças processuais é denominado como o "homicídio".

De forma diversa dos/as jurados/as, o/a magistrado/a decide com base na íntima convicção fundamentada. As diversas formas de produção jurídica da verdade nos processos de feminicídio por parte dos/as magistrados/as nas duas instâncias analisadas esbarram em 1) atuações ilegais, com decotes de qualificadoras e usurpação da competência do Tribunal do Júri, 2) decisões que encontram um respaldo legal, mas mobilizam argumentos misóginos e 3) utilização de falsos precedentes.

Os feminicídios familiares ou não íntimos encontraram maiores resistências para serem reconhecidos, especialmente por parte do Ministério Público no oferecimento das denúncias. As diversas formas pelas quais as mulheres podem ser mortas por "razões e condições do sexo feminino" são reduzidas ao feminicídio íntimo. Cunhadas, mães, tias, sogras, amantes, desconhecidas são mulheres que fogem ao estereótipo da vítima de feminicídio. O modelo essencializante de compreender o feminicídio também invisibiliza outras causas que concorrem para a ação violenta como a lesbofobia, a transfobia e os feminicídios não-íntimos.

Com relação à exclusão da qualificadora do feminicídio de maneira irregular, citamos o caso de Manoela, assassinada por seu ex-companheiro na casa de sua sogra, no momento em que foi buscar pensão alimentícia. A vítima foi assassinada por ciúmes, após ter terminado a relação, com tiros nas costas, na presença virtual de suas duas filhas que a acompanhavam.

Pronunciado por homicídio qualificado pelo motivo torpe, recurso que impossibilitou a defesa da vítima e feminicídio, sobreveio Recurso em Sentido Estrito julgado procedente para afastar a torpeza e o feminicídio. O acórdão que, de forma unânime, deu provimento aos argumentos defensivos sustenta brevemente não existirem elementos que configurem a razão de gênero como móvel da prática delitiva. O relator afirma que a Lei Maria da Penha se destina às mulheres "em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica em relações patriarcais, consignando que o escopo da lei é a proteção da mulher em situação de fragilidade/vulnerabilidade diante do homem".⁶ Cita ainda jurisprudência sobre a necessidade de "interpretação restritiva" da Lei Maria da Penha para sustentar a ausência de vulnerabilidade ou hipossuficiência no caso em comento.

Difícil pensar em vulnerabilidade maior do que a de uma mulher que mesmo separada e sendo ameaçada pelo ex-companheiro, vai à casa de sua ex-sogra com suas duas filhas em busca da pensão alimentícia e acaba sendo assassinada com tiros pelas costas. Ademais, existe jurisprudência hoje pacificada no STJ acerca da presunção de vulnerabilidade nas circunstâncias que envolvem violência doméstica.⁷

Nesse caso, para justificar o decote e a ausência de vulnerabilidade, foram colacionadas jurisprudências inadequadas que não poderiam servir como precedente ou analogia ao caso. Em ambas acertadamente não houve reconhecimento de hipossuficiência entre as partes: na primeira, o caso dizia respeito a crime contra a honra envolvendo duas irmãs; na segunda, um crime de ameaça de uma nora contra sua sogra. Não só as partes, também os crimes não se revelam análogos ao feminicídio e, portanto, não poderiam ter servido como precedentes para fundamentar uma suposta hipossuficiência e afastar a qualificadora sem a apreciação do Conselho de Sentença.

⁶ Embargos de declaração no caso Manoela. As decisões judiciais citadas que compõem o objeto da pesquisa não serão identificadas com objetivo de desidentificar os envolvidos.

⁷ A tese 6 sobre violência doméstica disponível no informativo de jurisprudência nº 539 do STJ assim afirma: A vulnerabilidade, a hipossuficiência ou a fragilidade da mulher têm-se como presumidas nas circunstâncias descritas na Lei n. 11.340/2006. Embora alguns julgados considerem ser necessária a demonstração da sua situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência (AgRg no REsp 1430724/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., julgado em 17/03/2015, DJe 24/03/2015 e STJ, AgRg no ARESp 1.022.313/DF, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. 06/06/2017.), julgados mais recentes da 5ª e 6ª Turmas da Corte, que compõem a Terceira Seção convergem no sentido da presunção (AgRg na MPUMP n. 6/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 18/5/2022, DJe de 20/5/2022; AgRg no ARESp 1885687/GO; Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª região), 6ª Turma, julgado em 15/03/2022, DJe 21/03/2022; AgRg nos EDcl no ARESp 1638190/RJ, Ministro Joel Ilan Paciornick, 5ª Turma, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020)

O decote da qualificadora da decisão interlocutória mista de pronúncia somente é admitido se manifestamente improcedente.⁸ A exclusão por opção hermenêutica afronta o princípio constitucional da soberania do Tribunal do Júri e atenta contra a dignidade e a memória da vítima em uma dupla dimensão: 1) da legalidade, na medida em há uma previsão legal acerca da competência para apreciar a qualificadora que não é observada e 2) da ética, já que reproduz a discriminação de gênero, desta vez de forma institucional, invisibilizando esta forma de violência misógina. No caso de Manoela, a qualificadora foi devolvida à decisão de pronúncia pelo STJ.⁹

Outro exemplo da gravidade do decote da qualificadora do feminicídio foi evidenciado no caso de Raquel, de 18 anos, assassinada por Júlio, de 42 anos com um tiro na cabeça, um dia após terminar o relacionamento íntimo de afeto. Ao pronunciar o acusado, o magistrado excluiu a qualificadora do feminicídio sob a alegação de que o acusado tinha família regularmente constituída e mantinha relacionamento extraconjugal com a vítima sem conotação familiar ou doméstica.

A decisão foi reformada pela Câmara Criminal que devolveu a qualificadora à decisão de pronúncia com base em depoimentos de testemunhas, que disseram que o acusado mantinha relação íntima de afeto com a vítima e que não aceitava quando ela manifestava o intento de pôr fim ao relacionamento amoroso, agindo como se fosse seu dono. Nesse caso, também evidente a atuação contra legem do magistrado de primeiro grau, embasada por uma visão moralizadora, que categoriza e hierarquiza as relações íntimas de afeto entre legítimas e ilegítimas, entre as que são passíveis (ou não) de reconhecimento legal do contexto de violência doméstica.¹⁰

O não reconhecimento do feminicídio pela autoridade policial se deu em 35,5% dos casos. Dos 31 casos de feminicídios analisados, em 20 deles, os agressores foram condenados por feminicídio (consumado, em concurso ou não com outros crimes) (62,5%); em 4, por homicídio (12,9%); em 2, por lesão corporal (6,4%); em 1, por disparo de fogo (3,2%); e em 1, foi absolvido (3,2%) e 2 processos ainda aguardavam julgamento pelo tribunal do Júri (6,4%). A resistência ao reconhecimento da qualificadora se faz mais evidente em alguns casos como o de Carmen e Vitória, filha e mãe, atacadas pelo ex-companheiro da primeira, que não aceitou a separação. Embora a tentativa de feminicídio tenha sido reconhecida contra Carmen, o Conselho de Sentença respondeu negativamente o quesito número 6 da segunda série, relativo à vítima Vitória¹¹, não reconhecendo, portanto, a tentativa de feminicídio, muito embora o crime tenha sido praticado no contexto de violência doméstica.

Além desses casos, reputados mais graves, de exclusão da qualificadora feita ao arrepio da lei, identificamos outras formas de tratamento da qualificadora do "feminicídio" que, embora não sejam problemáticas em termos técnicos, revelam alguma resistência na utilização do termo.

A intenção do legislador com a Lei 13.104/15 foi nomear uma violência estrutural que vitima dezenas de mulheres diariamente no Brasil. O reconhecimento do Estado da existência desse fenômeno resultou de pressões internacionais, de instituições e, principalmente, de distintos movimentos de mulheres brasileiras. A tipificação, embora frágil e muitas vezes problemática¹², é uma das possíveis formas de visibilização e reconhecimento do Estado. É o que se pode observar na justificativa do Projeto de Lei do Senado nº 292, que originou a Lei 13.104/15:

a importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis como a de terem cometido "crime passionai" (Senado Federal, 2013, p. 4).

⁸ Sobre este tema, destacamos tese do STJ: "A exclusão de qualificadora constante na pronúncia só pode ocorrer quando manifestamente improcedente e descabida, sob pena de usurpação da competência do Tribunal do Júri". (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 537)

⁹ Até a finalização desse artigo, o processo não havia sido julgado pelo Tribunal do Júri.

¹⁰ Também neste caso há entendimento pacificado do STJ acerca do reconhecimento da violência doméstica em relações íntimas de afeto, ainda que não haja uma família constituída.: "para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima" (Súmula 600, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/11/2017, DJe 27/11/2017)

¹¹ Quesitação: "o acusado cometeu a agressão contra a vítima por razões e condições do sexo feminino? Não, por maioria de votos."

¹² Uma crítica feminista frequente nesses casos é que a tipificação desacompanhada de qualquer política pública pode dar a ilusão de que o "Estado fez a sua parte" e puniu mais severamente o feminicídio, desobrigando-o de estabelecer políticas mais concretas de combate à violência e desigualdade de gênero. Sobre os processos de "leitura" das pautas dos movimentos de mulheres pelo Estado, cfr. SANTOS 2012.

A inserção do termo "feminicídio" no art. 121 do CPB revela a dimensão política e a opção do legislador, que não se limitou a descrever a conduta qualificadora com a fração de aumento da pena, mas escolheu nomeá-la. Se comparamos com as outras formas qualificadas do homicídio (previstas no § 2º do art. 121 do CPB) a opção fica ainda mais evidente, já que somente os incisos VI e IX¹³ receberam um nome, um título.

Por isso, embora do ponto de vista dogmático não seja um problema denominar os feminicídios como "homicídio qualificado pelo inciso VI", concluímos que essa opção esvazia a dimensão simbólica e política de reconhecimento do crime praticado como um feminicídio. Também entendemos que a opção de não utilizar o termo, embora possa ser justificada como "técnica" – já que todo feminicídio é um homicídio qualificado –, tem efeitos políticos de invisibilização e retrocesso de uma conquista básica em um Estado Democrático de Direito: poder definir e nomear uma violência que mata.

3.2 Quesitação do feminicídio

A análise dos acórdãos revelou o entendimento pacificado de que o Conselho de Sentença não julga com certeza matemática ou com base na técnica, podendo optar pela tese mais frágil, desde que amparada em alguma prova. Na maioria dos casos o feminicídio é quesitado de forma genérica nos seguintes termos: "O crime foi cometido contra a vítima por razões da condição de sexo feminino no âmbito doméstico?"

Em alguns processos, a formulação do quesito foi realizada de forma mais detalhada, como no caso de Fernanda: "O crime foi praticado contra mulher, por razões da condição do sexo feminino em situação de violência doméstica e familiar, já que o denunciado, durante o período de convivência, agredia e ameaçava a vítima, com o nítido propósito de manter a dominação sobre esta, com quem teve dois filhos é que a vítima tomou coragem e resolveu se separar alguns meses antes do crime?"¹⁴

Não é possível dizer ao certo o quanto a forma de construção, extremamente genérica e abstrata dos quesitos influencia a resposta negativa de juízes e juízas leigos/as. Também não se pode precisar se o disposto no parágrafo único, art. 484 do CPPB (o juiz presidente explicará aos jurados o significado de cada quesito) foi observado e como se deu essa explicação do quesito relativo ao "feminicídio".

No entanto, a redação vaga ou genérica do quesito específico do feminicídio não só contraria o disposto no art. 482 do CPPB, que determina a redação dos quesitos de forma afirmativa e simples, para que possam ser respondidos com suficiente clareza e necessária precisão, como também pode ensejar de maneira desnecessária dúvidas nos jurados acerca do que significa "razões e condições do sexo feminino".

Portanto, consideramos que o quesito deve conter ao menos menção à violência doméstica, em casos de feminicídio íntimo, ou uma explicação, ainda que muito breve, do que seria o menosprezo à condição de mulher, nos casos de feminicídio não íntimo. A quesitação da qualificadora no processo judicial dos homicídios de Márcia e Cláudia foi realizada da seguinte forma: para o feminicídio íntimo, "o crime contra mulher por razões do sexo feminino, eis que a vítima Márcia era ex-mulher do denunciado, motivo pelo qual presente a situação de violência doméstica e familiar contra a mulher?" e para o não íntimo, "O crime envolveu menosprezo e discriminação à condição de mulher da vítima Carla em razão de o denunciado supor que a mesma mantinha um relacionamento homoafetivo com a vítima Márcia?" (Ata do júri no caso Márcia e Cláudia).

Concluímos que a quesitação deve trazer para os jurados elementos fáticos capazes de: a) ajudar a compreender o que se está chamando de "condição de mulher" e b) decidir sobre o vínculo dessa condição à materialidade e autoria do crime. Percebemos que há elementos de "conhecimentos técnicos" que não podem ser exigidos para jurados leigos perante a avaliação de um critério objetivo, no caso, a qualificadora do feminicídio.

¹³ Em 2022, a Lei nº 14.322/22, denominada Lei Henry Borel, incluiu a qualificadora "Homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos" que antes figurava como causa de aumento específica do feminicídio.

¹⁴ Ata do júri no caso Fernanda.

3.3 Qualificadora objetiva e atuação dos "operadores do direito"

Quando a Lei 13.104/15 entrou em vigor, uma das maiores controvérsias dizia respeito à natureza subjetiva ou objetiva da nova qualificadora. Parte da doutrina sustentava que a condição do sexo feminino está ligada ao sentimento de posse e à discriminação do gênero feminino. A violência de gênero seria a razão da execução do crime, não a sua forma, estando, portanto, presente o elemento subjetivo a partir do qual o agente toma sua atitude – ele não apenas mata uma vítima *que* acontece de ser mulher, mas a mata *porque* ela é mulher (Bianchini & Gomes, 2015; Sanches, 2015).

A criação da qualificadora do feminicídio não alterou ou afastou os casos de diminuição de pena já previstos no art. 121 §1º do CPB, conhecidos como homicídios privilegiados. A natureza subjetiva da qualificadora tornaria o feminicídio incompatível com as circunstâncias privilegiadoras.¹⁵ Assim sendo, se reconhecido o privilégio, a qualificadora do feminicídio restaria prejudicada.

Também havia quem sustentasse a incompatibilidade da natureza subjetiva do feminicídio com as qualificadoras previstas nos incisos I e II do § 2º do art. 121 do CPB (respectivamente, motivo torpe e motivo fútil), uma vez que o menosprezo à condição da mulher seria um motivo abjeto, repugnante (torpe) ou insignificante (fútil) e que, então, já estaria configurado o *bis in idem*¹⁶.

Parte da doutrina defendia a natureza objetiva, pois não há análise do animus do agente. Nucci (2019, p.125) sustenta a natureza objetiva, "pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher".

Segundo Mello (2017, pp. 156-157), "para incidir a qualificadora do feminicídio, a lei impõe fática e objetivamente a presença (existência ou emprego) de violência praticada contra a mulher por razões da condição do sexo feminino". Esse posicionamento passou a ser majoritário no TJDF¹⁷ e, logo em seguida, passou a ser adotado pelo STJ ao decidir sobre a inexistência de *bis in idem* entre feminicídio e motivo fútil.¹⁸

A análise dos processos revelou que, em todos os casos onde os/as julgadores/as se manifestaram sobre a natureza da qualificadora, adotaram o posicionamento de que é objetiva. Esse entendimento foi firmado nos processos onde as Câmaras Criminais foram instadas a se manifestar sobre a existência de *bis in idem* entre motivo fútil e feminicídio. Assim sendo, consideramos pacífico o entendimento da natureza objetiva da qualificadora do feminicídio nos acórdãos analisados. Não obstante, destacamos entendimento de uma das Câmaras Criminais que não reconhece a torpeza ou futilidade dos ciúmes nos feminicídios por considerar que este seria um sentimento "comum à maioria da coletividade".¹⁹

¹⁵ O crime privilegiado se caracteriza pelo acréscimo de uma circunstância ao tipo penal básico que o torna menos grave e, portanto, menos reprovável. No Código Penal Brasileiro de 1940 o "privilégio" pode ser reconhecido em três situações: (1) relevante valor social, (2) relevante valor moral e (3) sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Tecnicamente, o privilégio se caracteriza por ser uma modalidade com penas cominadas com mínimo e máximo menores do que a modalidade simples do tipo penal. Portanto, o §1º do art. 121 é uma causa de diminuição de pena, não uma forma privilegiada de homicídio. Esclarece Nucci (2019, p.93) que a doutrina e jurisprudência convencionaram chamar privilégio a minorante prevista no §1º, mas que "o verdadeiro crime privilegiado é aquele cujos limites mínimo e máximo de pena, abstratamente previstos, se alteram, para montantes menores, o que não ocorre neste caso", caso do crime de infanticídio.

¹⁶ Cfr. Recurso em Sentido Estrito 0028221-64.2015.8.13.0572 (1), 2.ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Beatriz Pinheiro Caires, j. 22.09.2016, Publ. 03.10.2016

¹⁷ Cfr. TJDF, 1.ª Turma Criminal, 20150310069727RSE (Acórdão 904781), Rel. George Lopes Leite, julgado em 29/10/2015, DJe 11/11/2015; TJDF, 20150310129458RSE (Acórdão 939432), 1.ª Turma Criminal, Rel. Sandra de Santis, julgado em 06/05/2016, DJe 10/05/2016; TJDF, 20160310000568 RSE (967751), 3.ª Turma Criminal, Rel. Waldir Leônico C. Lopes Júnior, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016

¹⁸ Cfr. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS.HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO DE PRONÚNCIA ALTERADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO. ALEGADO BIS IN IDEM COM O MOTIVO TORPE. AUSENTE. QUALIFICADORAS COM NATUREZAS DIVERSAS. SUBJETIVA E OBJETIVA. POSSIBILIDADE. EXCLUSÃO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. ORDEM DENEGADA. (STJ. HC 433898 / RS. HABEAS CORPUS 2018/0012637-0. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta turma, 24/04/2018. Ver também: AgRg no REsp n. 1.741.418/SP, Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/6/2018).

¹⁹ Paiva (2022) se utiliza da teoria feminista do direito para problematizar os argumentos discriminatórios mobilizados para fundamentar o afastamento das qualificadoras referentes ao motivo torpe (art. 121, § 2º, I do CPB) ou fútil (art. 121, § 2º, II do CPB). Para a autora: "Nos casos em que se afastou a incidência da qualificadora, argumentou-se que o ciúme é um sentimento comum a maior parte da população. Adotar a "moralidade média" como baliza para a compreensão do que seria um motivo abjeto ou vil (portanto, torpe) ou insignificante (fútil) é normalizar, pela construção doutrinária e interpretação da lei enviesada por um pensamento patriarcal, a hegemonia masculina que se sente autorizada a violentar corpos femininos. É também aceitar que a moralidade média pode se basear em uma masculinidade tóxica que reifica corpos femininos".

A maior parte dos feminicídios tentados ou consumados foi praticada em pelos companheiros e ex-companheiros, ou seja, em contexto de violência doméstica (art. 121, § 2º, VI, § 2º-A, I do CPB). Se é possível admitir que há alguma discricionariedade para compreensão de que um assassinato de uma mulher por um desconhecido foi praticado com base no menosprezo à sua condição, a prática do crime em contexto doméstico e familiar retira qualquer margem para interpretação ou análise subjetiva. Se a mulher foi morta em qualquer dos contextos determinados pelo art. 5º da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) está caracterizado o feminicídio.

Há uma incompatibilidade entre o Tribunal do Júri e a qualificadora do feminicídio, se entendida como objetiva, já que se os(as) jurados(as) decidem pela não incidência de uma qualificadora objetiva em um caso de feminicídio íntimo, essa decisão é manifestamente contrária à prova nos autos e deve ser cassada pela Câmara Criminal (art. 593, III, d do CPPB). Como a competência constitucional para julgar crimes dolosos contra a vida é do Tribunal do Júri, a Câmara não pode reformar a decisão: deve submeter o réu a novo júri, o que faz com que o problema seja adiado. O novo Conselho de Sentença, que não julga com base na técnica, pode repetir o entendimento anterior e novamente não reconhecer o feminicídio, ainda que este esteja evidente, pois praticado em contexto de violência doméstica e familiar. Neste caso, ainda que a decisão contrarie a lei expressa, o CPPB proíbe nova Apelação pelo mesmo motivo da primeira (art. 593, § 3º, *fine*, do CPPB). O resultado: a decisão que contraria a lei, anulada da primeira vez pela Câmara Criminal, não pode ser mais alterada.

Observamos, em dois casos específicos, um problema com relação à análise do júri sobre uma qualificação que é objetiva do tipo. Exige-se do júri um saber técnico, e o juízo se desresponsabiliza de uma decisão contrária ao próprio direito e à jurisprudência. No caso de Laura, por exemplo, o Tribunal escolheu não alterar o *decisum* do Conselho de Sentença, por entender que:

O Júri, como de trivial sabença, não decide com certeza matemática ou científica, mas pelo livre convencimento, captado na matéria de fato, e sua decisão, desde que encontre algum apoio na prova, deve ser respeitada. (...) Existindo mais de uma versão para o caso, podem os Jurados eleger aquela que mais fortalecer sua convicção. Portanto, ao contrário do que sustentam as razões recursais, efetivamente formou-se em plenário, sob o crivo do contraditório, quadro probatório quanto à autoria e à presença da qualificadora do motivo fútil, assim como não entenderam os jurados pela tese da acusação de feminicídio (Apelação no caso Laura).

Sob uma perspectiva de gênero, comprometida com a não discriminação de mulheres, não se trata de "mais de uma versão existente" ou de uma "tese". Entendemos que todo veredicto de um assassinato (consumado ou tentado) de mulher ocorrido em contexto de violência doméstica que, após reconhecidas a autoria e a materialidade, deixa de reconhecer o feminicídio é per se uma decisão manifestamente contrária à prova nos autos e, portanto, deve ser cassada. Afinal, quando tratamos de uma violência estrutural, que atravessa o tecido social, o que significa devolver à sociedade estruturada pela cultura patriarcal a decisão de reconhecer ou não a violência de gênero?

A gênese do problema está na escolha da tipificação do feminicídio como uma qualificadora do crime de homicídio e não como um crime autônomo. Caso fosse um crime autônomo, bastaria o reconhecimento de autoria e materialidade de um assassinato de uma mulher em contexto de violência doméstica, que o crime de feminicídio estaria configurado. No entanto, como não é possível alterar a escolha do legislador, a opção menos gravosa diante do não reconhecimento, embora esteja longe de ser a ideal, é a aplicação da agravante genérica do art. 61, II, "f", parte final, do CPB, sob pena de *bis in idem*, vedado pelo art. 61, *caput*, do CPB.

Aqui não interessa a quantidade de pena; o aumento de pena pode ser mínimo. Interessamos-nos que a produção de verdade judicial sobre o caso leve em consideração que o crime foi praticado por motivos de discriminação de gênero, ou, na forma da alínea f, "com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica". Dessa forma, o feminicídio, embora considerado formal e erradamente como homicídio, seria minimamente visibilizado pelo discurso judicial.

3.4 Argumentos de defesa: ampla defesa ou revitimização?

A quarta categoria de análise foi estruturada a partir da análise de argumentos sexistas nas defesas técnicas, que não foram rechaçados ou combatidos por nenhuma das autoridades envolvidas no processo decisório. Nas diversas etapas pré-processuais e processuais para apuração da prática do feminicídio, seja ainda em sede policial até os debates em plenário, operadores do direito, sobretudo as defesas técnicas, mobilizam argumentos discriminatórios com objetivo de atribuir à vítima uma injusta agressão capaz de excluir a antijuridicidade da conduta feminicida do agente. Os reflexos da cultura patriarcal e justificação da violência com a culpabilização da vítima foram observados em alguns casos e categorizados em dois campos: os que transferem a responsabilidade da agressão à vítima e os que retiram a responsabilidade do agressor.

No primeiro grupo, incluímos argumentos que, tal como a famigerada tese da legítima defesa da honra, atribuem à vítima a culpa pela violência por ela sofrida. Argumenta-se que a utilização de teses defensivas revitimizantes estaria amparada pelo princípio constitucional da ampla defesa. No entanto, essa forma de construção do argumento defensivo esbarra em critérios éticos de atuação da defesa. Isso porque, para defender direitos, não é possível violar direitos humanos das mulheres, aproveitando-se da discriminação existente tanto na prática judiciária quanto na cabeça dos/as jurados/as.

Corrêa (1981), ao comentar sobre a tese defensiva da legítima defesa da honra, utiliza-se em vários processos de assassinatos de mulheres, diz o seguinte:

O que parece estar de fato em julgamento, em termos simbólicos, cada vez que um homem ou uma mulher senta no banco dos réus, é a imagem ideal que nossa sociedade atribui a homens e mulheres: o homem é reconhecido na sua atividade pública, sua utilidade social, seu trabalho; a mulher, por sua atividade doméstica, sua fidelidade, não só ao companheiro e pai dos seus filhos, mas também à imagem social dela construída e reforçada em todos estes julgamentos (CORREA, 1981, p. 81).

A revitimização no sistema de justiça deve ser combatida pelo Estado, de acordo com a CEDAW e as Recomendações Gerais nºs 33 e 35. O esforço para eliminar as discriminações formais na legislação não será eficaz se elas continuam como retórica argumentativa que apela para enunciados que, devido à cultura machista, encontram ressonância nos operadores do direito e nos jurados.

A observação de algumas teses defensivas que foram trazidas a lume pelos/as julgadores/as revela a persistência de argumentos sexistas que buscam justificar o crime na conduta da vítima ou algum outro comportamento que autorize a violência praticada. Exemplos do uso sexista da dogmática penal pelas defesas técnicas podem ser citados nos argumentos de inexigibilidade de conduta diversa ou de homicídio privilegiado, devido à violenta emoção após injusta provocação da vítima.

Extraímos parte de decisão com esse tipo de argumento:

Ao observar, por sua vez, a defesa técnica do réu (doc. no 1.053) questiona a dosimetria, ao considerar indevida a majoração da pena-base, requerendo, ainda, a aplicação da circunstância atenuante de relevante valor moral (art. 65, inciso III, alínea "a" do Código Penal), já que a vítima possuía um relacionamento extraconjugal, afirmando, também, que o réu agiu sob injusta agressão, pois a vítima o ofendeu, chamando de "chifrudo". (grifos nossos) Ata do Júri no caso Érika.

No caso em tela, a defesa anexa fotos de mensagens trocadas entre a vítima e seu suposto amante para justificar moralmente a agressão perpetrada. O agressor foi submetido duas vezes ao Tribunal do Júri e, em ambas, o crime foi desclassificado para "lesão corporal seguida de morte".

Em 2 processos dos 31 casos analisados houve desclassificação do crime de feminicídio, sendo um deles para lesão corporal e outro para disparo de arma de fogo. Em ambos os casos, a defesa foi privada e os advogados se reportavam aos fatos por meio de argumentos melancólicos e vitimizados. Em outros casos o apelo a argumentos revitimizantes fez com que o Conselho de Sentença reconhecesse o privilégio. Em um dos processos analisados a tese defensiva consistia na sustentação do privilégio devido ao "relevante valor moral", pois o acusado teria praticado o crime contra a sua esposa porque ela desejava terminar a relação afetiva (a mulher, já cansada de sofrer violência doméstica, manifestou a sua intenção de não mais permanecer na relação violenta).²⁰

²⁰ Destacamos entendimento de Paiva (2022) de que, embora expressamente proibida pelo STF, a tese da legítima defesa da honra encontra ecos nas circunstâncias privilegiadoras nos crimes de feminicídio: "As reformas objetivando a eliminação de normas reprodutoras de desigualdades de gênero não alcançam a dimensão de interpretação da norma jurídica por juizes/as togados/as ou os debates no plenário do Júri. Por isso, algumas decisões importantes, como a proferida pelo STF ao

Cumprir destacar que a defesa, seja ela privada ou realizada por Defensor/a Público/a, deve se guiar por parâmetros que considerem o respeito aos direitos humanos, o direito pátrio e os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. A utilização de argumentos sexistas não é compatível com os princípios institucionais das Defensorias Públicas, especialmente após as alterações realizadas pela LC 132/09, que introduziu no inciso XVIII do art. 4º o dever de atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência e inseriu o art. 3º-A, estabelecendo como objetivos da Defensoria Pública: "I - a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais" (art. 3-A da LC 132/09).

A utilização de argumentos sexistas tampouco se compatibiliza com o Código de Ética da OAB quando prevê em seu art. 2º que o/a advogado/a é defensor/a do Estado Democrático de Direito, da cidadania, da moralidade pública, exercendo função pública que deve "contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis" (art. 2, V, do Código de Ética da OAB). Ora, como pode um advogado que faz uso do machismo plasmado no sistema de justiça e no corpo de jurados contribuir para o aprimoramento das instituições?

Também no inciso IX do mesmo art. 2º do Código de Ética da OAB encontramos o dever de "pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade". De forma semelhante, o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94) reconhece a dimensão pública e social do exercício da advocacia: "art. 2º - O advogado é indispensável à administração da justiça. § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social".

Nesse sentido, entendemos que não existe dicotomia entre ampla defesa, que exige uma atuação comprometida com os interesses do acusado e o compromisso com o direito à dignidade da pessoa humana e de não discriminação das mulheres, que são violados todas as vezes em que as defesas técnicas aderem a argumentos sexistas para defender seus clientes.

Não se pode olvidar dos efeitos práticos e simbólicos de se sustentar argumentos sexistas e discriminatórios em nome da ampla defesa do acusado. Entendemos que a liberdade de defesa encontra limites na ética e no dever de contribuir para o aprimoramento do sistema de justiça, das leis e do Estado Democrático de Direito como um todo. Ademais, a opção por não aderir a teses sexistas não limita a ampla defesa, que pode adotar teses muito mais contundentes quando, em vez de reforçar a estrutura patriarcal que revitimiza as mulheres, atribuindo-lhes a culpa pela violência sofrida, contextualiza o acusado como um sujeito cultural dessa estrutura patriarcal atávica, que constrói masculinidades e prescrições machistas.

Estamos de acordo com Xaud (2019) acerca da necessidade de uma nova postura ética defensorial (que estendemos a todos/as profissionais envolvidos na atividade judicante), especialmente após as alterações da nova legislação, que inaugura um novo munus, incompatível com a argumentos revitimizadores. As provocações e discussões nesse campo da ética da defesa incluem a construção de argumentos e linhas/teses defensivas técnicas eficazes e educativas para agressores/as acerca da violência sexista.

Defende-se, portanto, que atuando na defesa de agressores e agressoras não deve o defensor ou defensora, por exemplo: alegar o princípio da bagatela; articular que o agressor ou agressora agiu sob violenta emoção provocada por injusta provocação da vítima (comumente usado em substituição à tese de legítima defesa da honra); violentar com palavras a figura social da mulher, buscando meios de desqualificá-la perante o Juízo; fazer vistas grossas ao real perigo enfrentado pelas vítimas e seus familiares diante de agressores que realmente signifiquem perigo à sua integridade física, psicológica, entre outros posicionamentos que impliquem na perpetuação da cultura patriarcal e machista que ainda mata milhares de mulheres; de outro prisma, deve-se: concordar com seu encaminhamento para os grupos reflexivos, para que compreendam que o ciclo da violência também os atinge, que o machismo tóxico dificulta seus relacionamentos e causa danos a todos à sua volta, principalmente à sua família; encaminhá-los à rede pública para tratamento para dependência química, alcoolismo, doenças psiquiátricas; orientá-los sobre seus direitos e obrigações, compreendendo suas limitações, escutando-os (as), mas sempre pontuando a necessidade de transformar sua conduta (XAUD, 2019, p. 14).

julgar a ADPF 779 para afastar a tese jurídica da legítima defesa da honra, não alcançam a dimensão performática nas sessões plenárias. O conselho de representantes populares permanece sendo influenciado por argumentos misóginos que compartilham os mesmos fundamentos misóginos de teses como a "legítima defesa da honra".

O segundo grupo de argumentos de defesa problemáticos pretende a desresponsabilização do agente, como nos casos em que houve pedido de instauração de incidente de sanidade mental.

Sobre esse assunto, destacamos entendimento da Comissão Mulheres e Questões de Gênero do Conselho Regional de Psicologia – Minas Gerais (CRP-MG), que aponta dois grandes problemas com relação ao incidente de insanidade mental nos crimes de feminicídio: retira a dimensão socioestrutural desses crimes e estigmatiza pessoas com transtorno mental, como se fossem a elas inerentes ou esperadas condutas de violência contra a mulher:

A Psicologia compreende que a violência contra as mulheres e o feminicídio não podem ser entendidos a partir de um recorte restrito pela saúde mental. Estes tipos de violências estão sócio-historicamente relacionados com as desigualdades de gênero, que, somados às questões de raça, classe, geração, territorialidade, sexualidade, dentre outros sistemas, impõem análises complexas no sentido da compreensão e não justificava desse fenômeno. Cabe ainda destacar que a associação do comportamento violento com um possível quadro de transtorno mental, como temos visto nas redes sociais e outras mídias, imputa a este público o estigma de condutas abusivas e violentas contra as mulheres, o que não é verdade. Assim, é fundamental que a compreensão desse fenômeno se dê a partir dos múltiplos elementos que compõem a dinâmica da violência contra as mulheres e do feminicídio, uma vez que o sujeito não pode ser cindido de sua própria história de vida e nem do tecido sociocultural que o permeia com valores e representações sociais ainda ancorados em referências androcênicas e misóginas (CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA/MG, 2019).

As instituições que compõem o sistema de justiça devem priorizar discussões sobre os limites da argumentação e a ética no exercício de suas atividades. Argumentos que reforcem a relação de posse e o machismo vão de encontro ao direito da mulher sobre o seu próprio corpo, de decidir sobre a sua vida pessoal, amorosa e financeira. Por fim, é preciso lembrar que argumentos de defesa utilizados em juízo influenciam a produção de sentido a respeito das questões de gênero na sociedade.

3.5 Falsa neutralidade: Discriminação pela ausência de perspectiva de gênero

A eliminação da discriminação de mulheres no sistema de justiça não se funda somente na exclusão de normas penais sexistas. Diversas teóricas feministas apontaram a discriminação na aplicação "técnica" do Direito (dissociada de uma perspectiva de gênero) e nos tipos penais entendidos como "neutros" (Bodelon, 1998, 2003; Smart, 1994). Para eliminar a discriminação, é necessário, portanto, um compromisso ético que sirva como (1) chave de leitura dos casos que envolvem violência de gênero e (2) base na interpretação da lei.

A mulher vitimada pela violência misógina torna-se o gatilho da disputa judicial, mas segue invisível aos olhos do sistema de justiça. A ausência de perspectiva de gênero é identificada na fase pré-processual e processual.

Na primeira, observamos que em 35,5% dos casos não houve menção ou consideração do feminicídio para formação do *opinio delicti* pela autoridade policial e somente em um caso houve perícia destinada à verificação de eventual violência sexual. Não obstante, em 4 casos identificamos, a partir de fotos e depoimentos acostados aos autos indicam sinais de possível violência sexual.²¹

De acordo com os padrões internacionais, a investigação dos crimes decorrentes de violência de gênero deve ser realizada por profissionais competentes, empregando os procedimentos apropriados e utilizando, de forma efetiva, todos os recursos à sua disposição, e com o apoio de pessoal técnico e administrativo idôneo (OACNUDH, 2014). O dever de investigar os crimes contra as mulheres deve obedecer a regras e ditames internacionais, e a coleta de vestígios é obrigatória, notadamente em relação aos crimes de feminicídio. Quando as investigações dos crimes de violência contra a mulher não são realizadas com perspectiva de gênero pode ser prejudicial ao processo penal e consequente desfecho do caso.²²

²¹ Nestes 4 casos de feminicídios consumados, observamos o seguinte: 1) a vítima foi morta dentro da sua própria casa e encontrada de bruços, com a calcinha arriada até a altura dos joelhos; 2) vítima foi encontrada em sua casa com a roupa rasgada e parcialmente nua; 3) vítima foi morta dentro do banheiro de sua casa e, nas fotos da perícia, o cadáver se encontra completamente nu, não havendo maiores informações nos autos sobre se a vítima foi encontrada nua e 4) vítima, morta dentro de casa e encontrada na cama, com as partes íntimas expostas, onde fora colocada pelo agressor para "parecer que estava dormindo".

²² Em âmbito latino-americano, ressalte-se a importante decisão da Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) no Amparo en Revisión 554/2013 que constatou diversas irregularidades e omissões na investigação do feminicídio de Mariana

Na fase processual, observamos que em metade dos casos o Ministério Público não incluiu as causas de aumento específicas como a prevista no § 7º do art. 121 do CPB.²³ Observou-se em um caso a sustentação, em alegações finais, do decote do feminicídio da pronúncia pois "as vítimas negaram que o crime tenha sido cometido em razão de ostentarem a condição de mulheres em contexto de violência familiar, sendo certo que doutrina e jurisprudência distinguem feminicídio do feticídio, esse último praticado em face de vítimas do sexo feminino, o que é o caso dos autos".²⁴ Não há qualquer referência à doutrina ou jurisprudência que justifique a diferença entre "feminicídio" e "feticídio" tal como sustentada pelo promotor. Embora não tenha constado na pronúncia e, portanto, não tenha sido apreciado pelo tribunal popular, o acórdão que nega provimento a pedidos da defesa para absolver sumariamente o réu faz menção ao feminicídio praticado²⁵.

Quando analisadas as instâncias julgadoras técnicas, isto é, juízos singulares e Câmaras Criminais, observamos que a falta de perspectiva de gênero resulta em: 1) atuações ilegais, com decotes de qualificadoras e usurpação da competência do tribunal do júri, 2) decisões que encontram um respaldo legal, mas mobilizam argumentos misóginos (compreensão de que a morte de uma mulher por ciúmes não configura motivação fútil) e 3) a utilização de falsos precedentes (analogia de feminicídios íntimos com crimes contra a honra praticado em contexto de violência doméstica em que vítima e agressora são mulheres).

A tolerância social à violência doméstica contra a mulher está presente a todo o tempo em que percebemos a falta da perspectiva de gênero nos modos de olhar essa violência. Por se tratar de uma violência estrutural, o tratamento dos feminicídios como "crimes individuais" faz com que o sistema de justiça feche os olhos para as particularidades desse tipo de delito. As dimensões sociais e simbólicas são apagadas do conflito quando este é tratado como um "crime comum".

Nos casos que envolvem violência de gênero, os procedimentos devem ser encarados desde o inquérito policial até o julgamento com perspectiva de gênero. Nesse sentido, é importante que as diversas instituições que participam do sistema de justiça trabalhem com protocolos específicos e diretrizes procedimentais que evitem a revitimização e levem em conta as desigualdades sócio-históricas que envolvem os crimes misóginos e suas distintas interseccionalidades de violência e vulnerabilidade.

Lima Buendía, dentre as quais se destacam: a falta de diligência na preservação do local do crime; deficiências no tratamento e análise de provas; e a omissão de investigar se poderia ser um caso de violência de gênero. Também destacou a suspeita de parcialidade ou cumplicidade entre o marido e as autoridades responsáveis pela investigação, derivada de sua relação de trabalho e/ou amizade. Assim, a finalidade de conceder ao Irinea (mãe de Mariana) a proteção e proteção da justiça foi dar continuidade à investigação com uma perspectiva de gênero e emitir diretrizes para retomá-la com perspectiva de gênero. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 554/2013, Primera Sala, Min. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, sentencia de 25 de marzo de 2015, México

²³ § 7º: A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; (primeira parte do inciso hoje parcialmente revogada, mas em vigor na época da pesquisa)

III - na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima;

IV - em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

²⁴ Alegações finais em audiência no caso Marcia e Angelica

²⁵ Embora o réu não tenha sido pronunciado pelo crime de feminicídio, decotado a pedido do MP, assim se manifestou a Câmara Criminal: "As provas produzidas nos autos trazem indícios quanto à presença do recorrente, na situação fática, o que se depreende da mostra oral colhida, inclusive quanto às qualificadoras relacionadas ao meio que dificultou a defesa das vítimas, este correspondendo ao ataque repentino, no interior da casa e ao meio cruel, em relação à vítima Angelica, com o número de facadas. Que a deixou com deformidade permanente, e ao feminicídio, para ambas as ofendidas, bem como a relacionada ao meio cruel somente quanto à vítima Angelica". (Acórdão em Recurso em Sentido Estrito no Caso Marcia e Angelica).

Conclusão

Os avanços normativos no âmbito nacional e internacional que buscaram eliminar discriminações formais na legislação não são suficientes para dotar de eficácia os mecanismos de prevenção, proteção e reparação de violências às quais as mulheres estão constantemente expostas. A condenação do Estado Brasileiro no caso Márcia Barbosa em 2021 e as recomendações realizadas pela Corte IDH para que o país avance no combate a esta forma letal de violência de gênero é um exemplo da necessidade de uma mudança de postura.

Não obstante o feminicídio tenha sido inserido no ordenamento jurídico pátrio para visibilizar esta grave forma de violência que vitima mulheres diariamente no país, observamos resistência em sua utilização. Na primeira categoria, evidenciamos algumas formas de invisibilização do feminicídio: como 1) o não reconhecimento da qualificadora do feminicídio na denúncia, 2) a exclusão da qualificadora da decisão de pronúncia pelo juízo singular, 3) o decote da qualificadora do feminicídio pela Câmara Criminal, 4) o não reconhecimento do feminicídio pelo Conselho de Sentença e a invisibilização desta forma de crime que, nas peças processuais é denominado como o "homicídio".

Em seguida, identificamos, na segunda categoria, que a construção do quesito relativo ao feminicídio por vezes é muito ampla, o que pode tornar o quesito pouco compreensível para o(a) jurado(a). A terceira categoria problematiza a rejeição do quesito feminicídio, entendido pela maior parte da doutrina como uma qualificadora de natureza objetiva, pelo Conselho de Sentença, sobretudo nos casos de feminicídio praticado em contexto de violência doméstica.

Na quarta categoria, abordamos os argumentos revitimizantes trazidos pelas defesas técnicas dos acusados e sua compatibilidade com uma ordem interna e internacional que determina a não discriminação de mulheres. Argumenta-se que a utilização de argumentos misóginos com intuito de convencer o Conselho de Sentença extrapola limite de ampla defesa e constitui-se em uma forma de violência institucional, que revitimize a mulher e viola seu direito à memória.

Por fim, observamos a falta de perspectiva de gênero na interpretação da lei nos seguintes aspectos: 1) atuações ilegais, com decotes de qualificadoras e usurpação da competência do tribunal do júri, 2) decisões que encontram um respaldo legal, mas mobilizam argumentos misóginos (compreensão de que a morte de uma mulher por ciúmes não configura motivação fútil) e 3) a utilização de falsos precedentes (analogia de feminicídios íntimos com crimes contra a honra praticado em contexto de violência doméstica em que vítima e agressora são mulheres).

A análise empírica dos processos revela como a estrutura ideológica da violência que vitima mulheres é articulada para a produção de significado nos processos que envolvem o feminicídio. A discriminação de gênero não é um fenômeno isolado, externo ao sistema de justiça; pelo contrário, ela se estrutura a partir da própria concepção do direito, atravessado pela criação, interpretação e aplicação das normas.

O discurso judicial observado ao longo dos julgamentos dos processos aqui analisados nos revela pouca ou nenhuma perspectiva de gênero. O discurso que se pretende técnico, quando não compreende as assimetrias de poder na relação entre as partes, as vulnerabilidades e a violência estrutural, reproduz as discriminações de gênero. Destacamos a compreensão do ciúme como um sentimento "comum" e portanto, incapaz de qualificar o crime de feminicídio (como motivo fútil ou torpe) e o reconhecimento do privilégio em alguns casos, fundamentado em argumentos misóginos e que culpabilizavam a vítima pela violência.

A influência de estereótipos também esteve presente nos julgados: a desqualificação da vítima, a invisibilidade do lesbocídio (ou da lesbofobia como fundamento do feminicídio), a invisibilidade dos feminicídios não íntimos ou o não reconhecimento do feminicídio em casos envolvendo amantes, mães, sogras, cunhadas, etc.

O patriarcado presente no sistema de justiça encontra-se validado por sua dimensão mais ampla alicerçada na estrutura da própria sociedade. Nos processos criminais envolvendo a apuração da prática do crime de feminicídio esta sociedade se faz representada de forma direta em um Conselho de Sentença no Tribunal do Júri.

Após o encerramento da pesquisa empírica, em 2020, observamos uma série de avanços que merecem destaques. A criação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero e do Formulário Nacional de Risco de Feminicídio pelo CNJ, a estruturação dos núcleos de feminicídio no

âmbito da Polícia Civil em alguns Estados como Piauí e Rio de Janeiro, a estruturação da "Política Nacional de Dados e Informações relacionadas à Violência contra as Mulheres" pela Lei 14.232/21 são alguns exemplos dos importantes dos avanços no tema nos últimos dois anos.

Ainda é cedo para constar mudanças efetivas nas práticas judiciais decorrentes dos recentes avanços. O que se pode afirmar é que a introdução do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro, *per se*, não é capaz de eliminar as discriminações decorrentes da criminalização secundária, isto é, da aplicação da norma penal. Políticas públicas judiciais são fundamentais para fissurarem as persistências discriminatórias subjacentes a argumentos pretensamente técnicos ou que insistem em interpretar o arcabouço normativo protetivo dos direitos das mulheres de forma limitada/equivocada.

Referências

- Bandeira, Maria de Lourdes.** (2014). Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. *Revista Sociedade e Estado*, v. 29, n. 2, maio-ago.
- Bianchini, Alice & Gomes, Luiz Flávio.** (2015) *Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015*, Jusbrasil. Disponível em: [\[http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-dalei-13104-2015\]](http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-dalei-13104-2015). Acesso em: 15 jul. 2022.
- Bodelón, Encarna.** (1998). Cuestionamiento de la eficacia del derecho penal en relación a la protección de los intereses de las mujeres. *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Emakunde, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, Gasteiz.
- Bodelón, Encarna.** (2003). Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal. En: Bergalli (coord.), En: *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia.
- Brasil. Senado Federal.** (2013). Projeto de Lei do Senado nº 292, de 2013, Da CPMI de Violência contra a Mulher no Brasil. Altera o Código Penal para inserir feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Brasília: DF, 4 de julho de 2013.
- Campos, Carmen Hein.** (2015) Violência, Crime e Segurança Pública Feminicídio no Brasil Uma análise crítico-feminista. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan.-jun.
- Carcedo, Ana; Sagot, Montserrat.** (2000). *Femicidio en Costa Rica, 1990-1999*. San José, Costa Rica: Organización Panamericana de la Salud. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/272505545_Femicidio_en_Costa_Rica_1990-1999 Acesso em 20 mai. 2022.
- Carcedo, Ana.** (2010). Asociación Centro Feminista de Información y Acción (CEFEMINA). *No olvidamos ni aceptamos: Femicidio en Centroamérica 2000 – 2006* / CEFEMINA. – 1 ed. – San José, C.R. : Asociación Centro Feminista de Información y Acción.
- Conselho Nacional de Justiça (CNJ).** (2021). *Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Indicadores – Casos Novos de Conhecimento de Feminicídio – TJ – 2021. Disponível em: < https://paineis.cnj.jus.br/QvAJXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anon-ymous=true&sheet=shIGLMapa>. Acessado em: 05 de agosto de 2022.
- Conselho Regional de Psicologia de Minas Gerais (CRP/MG).** (2019) *Nota de posicionamento contra o argumento de defesa da honra e patologização nos casos de feminicídio*. XV Plenário do Conselho Regional de Psicologia – Minas Gerais. Belo Horizonte, 26 de setembro de 2019. Disponível em: <https://crp04.org.br/nota-de-posicionamento-contra-o-argumento-de-defesa-da-honra-e-patologizacao-nos-casos-de-feminicidio>/Acesso em 8 de ago. de 2020.
- Corrêa, Mariza.** (1981). Os crimes da paixão. São Paulo: Brasiliense.
- Fachinetto, Rochele.** (2012). *Quando eles as matam, quando elas os matam: uma análise dos julgamentos de homicídio pelo Tribunal do Júri*. (Tese de Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Sociologia/UFRGS.
- Fairclough, Norman.** (2012). *Análise crítica do discurso como método em pesquisa social científica*. trad. Iran Ferreira de Melo, Linha d'Água, n. 25 (2), p. 307-329.
- Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP).** (2022). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022*. Ano 16. Disponível em: < <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>>. Acessado em: 05 de agosto de 2022.

- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).** (2006). *I Informe regional: situación y análisis del femicidio en la región Centroamericana* / Instituto Interamericano de Derechos Humanos; -- San José, C.R.
- Lagarde, Marcela.** (2008) Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres". En: Bullen, Margaret y Díez, Carmen (coords.) Retos teóricos y nuevas prácticas. Serie, XI Congreso de Antropología de la FAAEE, Donostia, Ankulegi Antropologia Elkartea, pp 209 – 239. Disponível em: <https://www.ankulegi.org/wp-content/uploads/2012/03/0008Lagarde.pdf> Acesso em 19 jan. 2021.
- Mackinnon, Catharine A.** (1989) *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Mello, Adriana.** (2017). *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ editora.
- Nucci, Guilherme de Souza.** (2019). Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal / Guilherme de Souza Nucci. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense.
- Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OACNUDH] & OnuMujeres.** (2014). *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*, 2014. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf> Acesso em 10 out. 2022.
- Organização dos Estados Americanos (OEA).** (2021). Corte IDH. Caso Márcia Barbosa de Souza e outros vs. Brasil. Sentença de 7 de setembro de 2021. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. San José, Costa Rica, 24 de novembro de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em 20 jan. 2022.
- Paiva, Lívia de Meira Lima.** (2022). *Feminicídio: discriminação de gênero e sistema de justiça criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Pimentel, Silvia; Pandijarjian, Valéria & Belloque, Juliana.** (2006). Legítima Defesa da Honra. Ilegítima impunidade de assassinos. Um estudo crítico da legislação e jurisprudência na América Latina. In: Corrêa, Mariza e Souza, Érica Renata de. Vida In: *Familia: uma perspectiva comparativa sobre "crimes de honra"*. Campinas-SP, Núcleo de Estudos de Gênero-Pagu/Unicamp.
- Romio, Jackeline Aparecida Ferreira.** (2017). *Feminicídios no Brasil, uma proposta de análise com dados do setor de saúde*. Tese apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutora em Demografia, Campinas. Disponível em: http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/330347/1/Romio_JackelineAparecidaFerreira_D.pdf Acesso em 23 Dez. 2020.
- Rosas, Andrea Medina & Montpellier, Andrea de la Barrera.** (2011). México perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso "Campo Algodonero". In: Sotelo, Roxana Vasquez. *Os direitos das mulheres em tom feminista: experiências do CLADEM*. Porto Alegre, Calabria.
- Sabadell, Ana Lucia.** (2017). *Manual de Sociologia jurídica: Introdução a uma leitura externa do direito*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Sanches, Rogério.** *Lei do Feminicídio: breves comentários*. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios> Acesso em: 15.06.2020

- Santos, Cecília Macdowell.** (2010). Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado, *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], 89.
- Segato, Rita Laura** (2006). *Qué es un feminicidio*: Notas para un debate emergente. Brasília: Departamento de Antropología, Universidade de Brasília.
- Segato, Rita Laura.** (2003) *Las estructuras elementares de la violencia*. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos. 1ª ed. Bernal: Universidad de Quilmes.
- Smart, Carol.** (1994) La mujer del discurso jurídico. En: *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*. (Elena Larrauri, org.). Madrid: Siglo Veintiuno.
- Suárez, M.; Bandeira, L.** (2001). A politização da violência contra a mulher e o fortalecimento da cidadania. *Série Sociológica*, Brasília, n. 191.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).** (2015). Amparo en Revisión 554/2013, Primera Sala, Min. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, sentencia de 25 de marzo de 2015, México.
- Toledo, Patsili.** (2012). *La tipificación del femicidio/feminicidio en países latinoamericanos: antecedentes y primeras sentencias* (1999-2012). Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona.
- Xaud, Jeane Magalhães.** (2019). O desafio contemporâneo da Defensoria Pública dos direitos humanos das mulheres em situação de violência doméstica. In: *Congresso Nacional das Defensoras e Defensores Públicos* (14.: 12-15 nov. 2019: Rio de Janeiro) Livro de teses e práticas exitosas: Defensoria Pública: memória, cenários e desafios / 14. Congresso Nacional das Defensoras e Defensores Públicos. - Rio de Janeiro, 2019. Disponível: [https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/42533/Defesa_dos_direitos_humanos_das_mulheres_em_situacao_de_violencia_\(RR\).pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/42533/Defesa_dos_direitos_humanos_das_mulheres_em_situacao_de_violencia_(RR).pdf) Acesso em 13 ag. 2020).

Supremacia masculina nos partidos políticos: Violência política simbólica contra as mulheres?

Autora

Salette Maria da Silva*

RESUMO

Este artigo aborda a dimensão simbólica da violência política contra as mulheres, tomando por base a questão da supremacia masculina no âmbito dos partidos políticos e o reflexo disto no imaginário social e no exercício dos direitos políticos pela parcela feminina da sociedade. Neste sentido, e com base em estudos bibliográficos e documental, associado à observação participante em diversos debates e ações políticas sobre o tema, advoga-se pela adoção de uma perspectiva feminista crítica ao *deficit* democrático de gênero e raça no seio partidário, estimulando a produção de pesquisas científicas que deem conta da violência política simbólica, não tipificada na recente Lei 14.192/2021, que estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher durante as eleições e no exercício de direitos políticos e de funções públicas no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE:

PARTIDOS POLÍTICOS, SUPREMACIA MASCULINA, VIOLÊNCIA POLÍTICA, VIOLÊNCIA SIMBÓLICA.

Cómo citar este artículo

Da Silva, Salette Maria (2022). Supremacia masculina nos partidos políticos: Violência política simbólica contra as mulheres? *REV. IGAL*, I (1), 65-79.

*Universidade Federal da Bahia. E-mail: salete.maria@ufba.br.

RESUMEN

Este artículo aborda la dimensión simbólica de la violencia política contra las mujeres, a partir de la cuestión de la supremacía masculina en el ámbito de los partidos políticos y el reflejo de ésta en el imaginario social y en el ejercicio de los derechos políticos por parte de su mitad femenina. En este sentido, y con base en estudios bibliográficos y documentales, asociados a la observación participante en diversos debates y acciones políticas sobre el tema, propugnamos la adopción de una perspectiva feminista crítica al déficit democrático de género y raza al interior del partido, estimulando la producción de investigación científica que den cuenta de la violencia política simbólica, no tipificada en la reciente Ley 14.192/2021, que establece normas para prevenir, reprimir y combatir la violencia política contra las mujeres durante las elecciones y en el ejercicio de los derechos políticos y funciones públicas en Brasil.

PALABRAS CLAVE:

PARTIDOS POLITICOS, SUPREMACÍA MASCULINA, VIOLENCIA POLÍTICA, VIOLENCIA SIMBÓLICA.

1. Introdução

No Brasil, a exemplo de outras “democracias”¹ que preveem a igualdade de gênero em suas Constituições, ainda persiste uma profunda desigualdade entre homens e mulheres manifesta em diversos âmbitos da vida social, seja na família, nos espaços educativos, no mundo do trabalho, nas artes e cultura, nos meios de comunicação e mídias sociais e na política formal, dentre outras esferas da realidade pública e privada.

No que tange ao mundo da política, é possível perceber, até mesmo através de uma rápida mirada nas agremiações partidárias e na composição dos espaços decisórios, a flagrante sub-representação feminina nestas esferas (Matos, 2010, 2014; Prá, 2013; Biroli, 2018), apesar dos 90 anos da conquista do voto pelas mulheres brasileiras² e das mais de três décadas do advento da Lei de cotas de gênero nas eleições proporcionais (Santos & Furlanetto, 2019; Sparmerberger & Oléa, 2020).

Este quadro, que tem posicionado o Brasil desfavoravelmente em nível regional e global³, tem sido objeto de inúmeras pesquisas e reflexões teóricas (Abreu, 2011; Matos & Paradis, 2014; Silva, 2018; Biroli, 2018), além de diversas proposições legislativas (Cfemea, 2006; Wright, 2016; Brasil, 2020; Paes, 2021), que vem se desenvolvendo desde o advento da reabertura democrática, tendo à frente os movimentos feministas e de mulheres como principais responsáveis pela desnaturalização das assimetrias de gênero no âmbito do Parlamento Nacional, nos debates em torno de políticas públicas levadas a cabo pelo Poder Executivo ou, mais recentemente, no contexto do Poder Judiciário, notadamente no Tribunal Superior Eleitoral (Silva, 2022), onde desaguam as consultas técnicas e algumas ações judiciais que versam sobre violações aos direitos políticos das mulheres, todas em busca de uma maior justiça de gênero (Silva & Wright, 2016) a partir de respostas estatais mais inclusivas e democráticas.

¹ O uso das aspas é intencional, pois a perspectiva feminista, enquanto enfoque analítico adotado neste texto, visa, dentre outros propósitos, desnaturalizar a ideia de que a democracia se constrói e se consolida com a ausência ou tímida representação de mais da metade dos membros de uma sociedade: as mulheres.

² Em maio de 2022 a conquista do voto feminino completou noventa anos no Brasil, porém, a representatividade das mulheres em cargos eletivos no Congresso Nacional ainda não ultrapassa a marca dos 15% de parlamentares.

³ Segundo pesquisas divulgadas pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e pela ONU Mulheres, em 2020 o Brasil ocupou o antepenúltimo lugar em participação feminina na política na América Latina; sendo que em âmbito mundial está na 142ª posição em termos de representatividade feminina, conforme dados da União Interparlamentar (UIP). Cf. https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/09/24/interna_politica,1188547/brasil-e-antepenultimo-em-ranking-sobre-participacao-feminina-na-polit.shtml. Cf. <https://www.ipu.org/women-in-parliament-2020>.

Neste contexto, emergem inúmeros questionamentos em torno da supremacia masculina no comando da política nacional (Lolatto & Lisboa, 2016), seja na ocupação da maioria dos cargos eletivos e/ou comissionados e na condução dos partidos políticos⁴, onde os homens – majoritariamente brancos – gozam, historicamente, de prestígio, influência e muitos privilégios (Lima, 2015; Silva, 2018; Cervi & Borba, 2019), mesmo onde e quando existem algumas poucas mulheres presidindo⁵.

Tal problemática evidencia e escancara a presença dos ainda vigentes e pulsantes sistemas de dominação de gênero e raça no seio da sociedade brasileira (Gonzalez, 1984, Instituto Alziras & Oxfam Brasil, 2022); vez que, enquanto estrutura de dominação masculina e branco-cêntrica, estes sistemas tem operado, historicamente, através da cultura, das instituições e das diversas relações sociais – sejam elas políticas, econômicas, religiosas, dentre outras – forjando-se como maquinaria opressiva de gênero e raça que vai se perpetuando a partir do imaginário coletivo, já que, conforme destacou a historiadora Amparo Moreno Sardá (1991), se alicerça na ideia de um “arquétipo viril protagonista da histórica” que, desde nossa perspectiva, ainda paira sobre as mentes e os corações dos mais variados atores políticos, independentemente de seus matizes ideológicos.

Destarte, é possível intuir que, para a superação deste sistema patriarcal e racista, não será suficiente a mudança na legislação, mas uma transformação profunda na mentalidade e nas subjetividades das pessoas, já que lideranças e ativistas políticos de esquerda, de centro e de direita comungam da crença na figura de um guru, um salvador, um líder, um mito, um herói, isto é, um homem em cujas mãos devem ser depositadas todas as expectativas com relação ao futuro político do país. E isto abre diversas questões para agendas de pesquisas, notadamente para os estudos feministas, assim como janelas para debates públicos em torno de algumas perguntas fundamentais, tais como: a quem interessa a manutenção deste estado de coisas? Quem comanda, historicamente, os partidos políticos no país? Quem domina a política brasileira, em termos de gênero e raça? Que personalidades são lembradas quando são mencionadas determinadas legendas? Qual a caracterização, em termos de gênero e raça, das candidaturas à presidência do Brasil nos pleitos de 2018 e 2022?

Para responder tais indagações é necessário recorrer a categorias como hegemonia e/ou supremacia de gênero e raça nos espaços decisórios em geral e nos partidos políticos, em particular.

2. Supremacia masculina nos partidos políticos

No campo dos estudos feministas muito já se produziu, e com bastante rigor científico, sobre o “não-poder das mulheres” na política formal (Costa, 1998; Silva, 2011), notadamente das mulheres negras (Carneiro, 2010; 2011; Franco, 2018), enfatizando-se a sub-representação da parcela feminina da sociedade e as inúmeras barreiras que impedem o seu acesso e permanência nos espaços decisórios (Ferreira 2004; Young, 2006; Biroli, 2018). Além disto, muito já se publicou sobre as políticas de cotas como estratégias de enfrentamento da exclusão das mulheres da chamada esfera pública (Araújo, 2005, 2010; Pinto 2001; Sanchez, 2014) e, mais recentemente, sobre o papel da Justiça Eleitoral (Silva, 2022) e dos partidos políticos (Sacchet, 2011; Barros & Nascimento, 2021) na superação da chamada brecha de gênero na política.

⁴ Na atualidade, apenas cinco partidos, dos trinta e três com registro no TSE, são presididos por mulheres. São eles: Partido dos Trabalhadores, sob a presidência de Gleisi Hoffman; Partido Comunista do Brasil, sob a presidência de Luciana Santos; Partido Podemos, sob a presidência de Renata Abreu, Partido Renovador Trabalhista Brasileiro, sob a presidência de Aldineia Cruz e Rede Sustentabilidade, sob a presidência de Heloísa Helena. Disponível em <https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos>.

⁵ Uma evidência do privilégio masculino até mesmo em partidos comandados por mulheres emerge da fala da presidenta do Partido dos Trabalhadores, deputada Gleisi Hoffman que, após ser perguntada sobre a participação do líder petista num eventual governo de Haddad, assim respondeu: “Lula terá o papel que quiser no governo”, algo impensável com relação a qualquer liderança feminina que, em regra, precisa comprovar, até mesmo entre outras mulheres, que tem os mesmos direitos e as mesmas capacidades para se lançar pré-candidata. Cf. <https://www.valor.com.br/politica/5848617/lula-tera-o-papel-que-quiser-no-governo>.

No entanto, faz-se necessário seguir refletindo, de maneira séria e transparente, sem blindar qualquer partido da crítica, sobre o deficit democrático de gênero e raça no seio das agremiações políticas, tomando como ponto de partida não somente o contexto eleitoral e os indicadores de mulheres candidatas e/ou eleitas, mas os discursos e práticas cotidianas dos que fazem uso retórico e instrumental do gênero, assim como a cosmovisão política das lideranças e dos sujeitos liderados, cotejando-os com a persistente dominação masculina nestes espaços de poder e as justificativas, inclusive elaboradas por mulheres, que dão sustentação a este *status quo*.

Assim, e com vistas a abrir novas agendas de pesquisa, inclusive no campo do feminismo jurídico, gerando interesse estudantil pelo tema, tenho estimulado – em minhas disciplinas de graduação e de pós-graduação sobre a interface entre Gênero e Poder, Gênero e Violência, Gênero e Democracia, Gênero e Cidadania e Gênero e Direitos⁶ –, leituras e reflexões acerca do lugar das mulheres na política, começando por um olhar crítico frente às agremiações partidárias. Para tanto, e antes de apresentar análises e críticas feministas sobre o tema, peço às/aos estudantes, em sua maioria mulheres, que indiquem, de forma imediata, nomes de lideranças que vem à sua memória quando determinadas siglas são mencionadas. As respostas, invariavelmente, são as seguintes:

Siglas mencionadas ⁷	Nomes que lhes vem à mente ⁸
PT	Lula, Haddad
PSBD	FHC, Serra, Alckmin
PMDB	Ulisses Guimarães, José Sarney, Michel Temer, Renan Calheiros
PFL	ACM ⁹
PSOL	Guilherme Boulos
PCdoB	João Amazonas, Orlando Silva, Flávio Dino
PSB	Miguel Arraes
PDT	Leonel Brizola
PSL	Bolsonaro ¹⁰
PSTU	Zé Maria
PTB	Roberto Jefferson

Figura 1: Associação imagética entre partidos e lideranças políticas

Fonte: arquivos de aula da autora

A figura 1 não somente revela a associação imediata que as/os estudantes fazem entre um partido político e suas principais lideranças, mas a supremacia masculina que se verifica, ao longo da história, no seio das referidas agremiações, fazendo com que a política ainda seja vista, de maneira consciente ou inconsciente, como algo próprio da figura masculina que, por força da divisão sexual do trabalho (articulada com sua divisão social e racial), além de associada aos estereótipos de gênero e raça, dominam os espaços decisórios. E, como tem sido evidenciado pela farta literatura feminista sobre o tema (Costa, 1998; Araújo, 2005; Silva, 2018), esta supremacia se dá tanto de forma quantitativa como qualitativa, visto que, embora as mulheres já sejam quase metade dos filiados em partidos políticos no Brasil, e mais da metade do eleitorado

⁶ Ministro aulas na Graduação em Estudos de Gênero e Diversidade e no Programa de Pós-graduação em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo, ambos da Universidade Federal da Bahia, onde busco colocar em relevo os conhecimentos adquiridos em minha formação acadêmica e nas experiências obtidas como docente de disciplinas como Direito Constitucional e Direitos Humanos das mulheres, na graduação em Direito.

⁷ Coloquei apenas algumas siglas, mas em geral trabalho com todas, nomeando os mais de 30 partidos com registro no Tribunal Superior Eleitoral.

⁸ Em geral, estudantes apontam o nome mais conhecido, ou que mais disputou eleições ou que mais ocupou cargos no Executivo ou no Parlamento nacional.

⁹ Ainda que este partido já não exista na atualidade, pelo menos não com a nomenclatura de Partido da Frente Liberal, trazer esta sigla para a reflexão em sala de aula, mormente no estado da Bahia, onde o legado político de ACM se faz sentir nos registros históricos e em algumas performances e discursos de seu sucessor, ACM Neto, ex-prefeito de Salvador e atual candidato ao governo do estado, faz muito sentido no debate, pois as memórias das/os discentes evocam fatos e acontecimentos narrados por seus familiares e/ou de conhecimento público, que denotam o poder, a influência e a atuação deste líder do gênero masculino, branco e potentado, sempre cotejado a partir da noção de arquétipo viril.

¹⁰ O último exercício acadêmico foi feito em 2019, quando o atual presidente ainda estava vinculado ao referido partido.

e da própria população brasileira, as agremiações partidárias seguem sendo comandadas majoritariamente por homens⁸, cujas decisões políticas, dentro e fora dos parlamentos, favorecem, inevitavelmente, aos seus interesses de gênero, acomodados e/ou atravessados pelos interesses de classe e raça/etnia e até mesmo regionais, materializando-se por meio dos discursos, articulações, alianças e apoios políticos e econômicos que, não raro, e mediante "acordo de cavalheiros", definem suas próprias candidaturas, abrindo, quando lhes convém, espaço residual e secundário para as mulheres nas listas proporcionais e, sobretudo, nas suas chapas majoritárias, uma vez que a estas são reservadas, na maioria dos casos, a condição de vices ou de suplentes, conforme já demonstrado em publicações anteriores (Silva, 2018; Silva, 2021).

Tudo isto repercute, negativamente, é claro, na participação política das mulheres, notadamente as oriundas dos grupos sociais historicamente excluídos e discriminados –como negras, pobres, trans, deficientes, indígenas, dentre outras– restringindo, cada vez mais, o exercício dos seus direitos políticos e fortalecendo as assimetrias de gênero, raça e classe, responsáveis pela manutenção da sub-representação feminina e pela baixa qualidade da nossa democracia. Sem olvidar de que também contribui para o recrudescimento da violência política de gênero contra a mulher, que se agiganta em sua dimensão simbólica, uma vez que este aspecto é um dos maíus difíceis de ser enfrentado, já que, como bem destacou o sociólogo Pierre Bourdieu (1989, 2002), conta com a "colaboração" dos sujeitos discriminados, isto é, as pessoas do gênero feminino, e cujas consequências não serão superadas mediante respostas estatais de natureza puramente penal ou através de iniciativas pontuais da Justiça Eleitoral, mas por meio de outros mecanismos que gerem mudanças estruturais na sociedade brasileira, notadamente as ações de coeducação política com enfoque de gênero e interseccionalidades, capazes de transformar crenças arraigadas e mentalidades patriarcais que subjazem à todas as formas de discriminação contra as mulheres.

Mas, afinal, em que consiste a violência política simbólica de gênero –e de raça!– e como os partidos políticos a reforçam e/ou a naturalizam? Antes de tratar das reflexões teórico-conceitual sobre o tema, convém destacar alguns dados referentes às candidaturas para presidência da República nos anos de 2018 e 2022, que não somente corroboram a referida supremacia de gênero e raça como dão um retrato fidedigno do fenômeno:

Candidato(a) à presidência - ano 2018	Partido/coligação	Gênero, cor/raça (autodeclaradas)
Fernando Haddad	PT / PC do B / PROS	Masculino, branco
Jair Bolsonaro	PSL / PRTB	Masculino, branco
Geraldo Alckmin	PSDB / PTB / PP / PR / DEM / SOLIDARIEDADE / PPS / PRB / PSD	Masculino, branco
Ciro Gomes	PDT / AVANTE	Masculino, branco
Álvaro Dias	PODE / PRP / PSC / PTC	Masculino, branco
João Almoedo	NOVO	Masculino, branco
Guilherme Boulos	PSOL / PCB	Masculino, branco
Henrique Meirelles	MDB / PHS	Masculino, branco
João Vicente Goulart	PPL	Masculino, branco
José Maria Eymael	Democracia Cristã	Masculino, branco
Cabo Daciolo	Patriota	Masculino, branco
Marina Silva	REDE / PV	Feminino, preta
Vera Lúcia	PSTU	Feminino, preta

Figura 2: Candidaturas à presidência da república – pleito de 2018

Fonte: autoria do artigo, baseado em dados do TSE

⁸ Para conferir a lista dos partidos e seus respectivos presidentes, consultar tabela elaborada pelo do TSE, disponível em <https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos>.

Candidato(a) à presidência – ano 2022	Partido/coligação	Gênero, cor/raça (autodeclaradas)
Jair Bolsonaro	PL	Masculino, branco
Ciro Gomes	PDT / AVANTE	Masculino, branco
Felipe D'ávila	NOVO	Masculino, branco
Lula	PT	Masculino, branco
Soraya Thronicke	UNIÃO BRASIL	Feminino, branca
Sofia Manzano	PCB	Feminino, branca
Padre Kelmon	PTB	Masculino, branco
José Maria Eymael	Democracia Cristã	Masculino, branco
Simone Tebet	PTB	Feminino, branca
Léo Péricles	UP	Masculino, preta
Vera Lúcia	PSTU	Feminino, preta

Figura 3: Candidaturas à presidência da república – pleito de 2012

Fonte: autoria do artigo, baseado em dados do TSE

As figuras 2 e 3 refletem, portanto, a manutenção do *status quo* de gênero e raça no contexto partidário, o que vai reverberar na escolha das candidaturas aos cargos eletivos, notadamente nas eleições majoritárias e, consequentemente, no exercício dos direitos políticos das mulheres e de outros grupos historicamente discriminados e excluídos, pois tudo o que ficou evidenciado no pleito de 2018 está se repetindo em 2022, com um tímido deslocamento em termos de gênero, porém com o mesmo déficit em termos de raça, já que em 2018, pela primeira vez na história do país, duas mulheres negras –e de esquerda–, disputaram a presidência do Brasil, e com isto, constrangeram a monocromia racial e a monotonia ideológica e de gênero na disputa ao cargo mais ambicionado da República (Silva, 2018). Porém, em 2022 apenas uma delas –a Vera Lúcia– retorna como candidata ao mesmo cargo, mas ainda sem chances reais de vitória e enfrentando o mesmo quadro de manutenção da supremacia masculina e brancocêntrica, pois, não obstante a presença de três outras mulheres pleiteantes, todas são brancas e a que não é detentora de mandato eletivo, representa profissão de destaque e prestígio na sociedade, como é o caso Sofia Manzano, que é professora universitária, ao passo que a candidata negra é operária do setor de calçados.

Tudo isto demonstra a atualidade das críticas e teorizações feministas sobre democracia e participação cidadã, notadamente das contribuições de feministas negras (Gonzalez, 1984; Carneiro, 2015; Davis, 2016; 2017; Collins & Bilge, 2020;) e decoloniais (Lugones, 2014; Galindo, 2013; Curiel, 2011; Espinosa-Miñoso, 2014), para quem o processo de despatriarcalização do Estado e de suas estruturas de dominação política exigem não somente uma outra perspectiva epistêmica, mas uma postura feminista antirracista, anticapitalista e descolonizante da própria noção de poder e de ocupação dos espaços decisórios na esfera pública, visto que a própria ausência de determinados grupos nestas estruturas já constitui, por si só, uma manifestação de violência política, notadamente a de natureza simbólica.

3. Violência política contra as mulheres

Antes de refletir sobre a violência política simbólica contra as mulheres, convém desenvolver uma rápida aproximação com a noção de violência política de gênero, visto que a violência simbólica é uma de suas modalidades, tal como indica a definição elaborada pela Comisión Interamericana de Mujeres-CIM/OEA⁹:

⁹ Organização dos Estados Americanos (OEA)/Comissão Interamericana de Mulheres (CIM), 2017. Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Vida Política. Disponível, em espanhol, em: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/LeyModeloViolenciaPolitica-ES.pdf>.

[...]qualquer ação, conduta ou omissão, realizada diretamente ou através de terceiros que, com base em seu gênero, cause danos ou sofrimento a uma ou mais mulheres, e que tenha como objetivo ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício de seus direitos políticos. A violência política contra as mulheres pode incluir, entre outras manifestações, violência física, sexual, psicológica, moral, econômica ou simbólica (CIM/OEA, 2017, p. 6, grifo nosso).

Tomando por base a mencionada definição, é possível perceber que, a exemplo de tantas outras formas de violência perpetradas contra as mulheres, a violência política de gênero nem sempre foi percebida e nomeada como tal, haja vista que nossa sociedade, assim como o próprio Estado que a organiza, nem sempre reconheceu os direitos humanos das mulheres, dentre os quais emergem os direitos políticos e, portanto, nem sempre repudiou todas as formas de discriminação, exclusão e opressão que recaem sobre a vida de mais da metade da população do país, pelo simples e só fato de pertencerem ao gênero feminino.

Destarte, e apesar da existência e circulação de pesquisas feministas sobre o tema, ao longo dos últimos anos na América Latina (OEA/CIM, 2020), assim como de algumas proposições legislativas que já tipificam e abordam o fenômeno em alguns países desta região¹⁰, somente em 2015 foi protocolado, na Câmara dos Deputados no Brasil, um projeto de lei de iniciativa da deputada Rosângela Gomes¹¹ voltado ao enfrentamento do problema em apreço, cuja relatoria coube à deputada Angela Amin, e sua versão final foi aprovada e sancionada, em agosto de 2021, pelo atual presidente da República, com a seguinte identificação:

Lei nº 14.192, de 4 de agosto de 2021

Estabelece normas para **prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher**; e altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), para dispor sobre os crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral, para criminalizar a violência política contra a mulher e para assegurar a participação de mulheres em debates eleitorais proporcionalmente ao número de candidatas às eleições proporcionais (grifo nosso).

De acordo com a referida lei, a violência política contra a mulher é definida da seguinte forma no Brasil:

Art. 3º Considera-se violência política contra a mulher **toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos da mulher** (grifo nosso).

Parágrafo único. Constituem igualmente atos de violência política contra a mulher qualquer distinção, exclusão ou restrição no reconhecimento, gozo ou exercício de seus direitos e de suas liberdades políticas fundamentais, em **virtude do sexo** (sic, grifo nosso).

Como se pode ver, diferentemente do que orienta a Comissão Interamericana de Mulheres-CIM/OEA, a lei aprovada no Brasil não somente não menciona a modalidade de violência simbólica como, equivocada e/ou deliberadamente, utiliza a expressão "em virtude do sexo" em lugar de falar em gênero, tal como recomendam os estudos científicos mais avançados sobre o tema e o próprio modelo legislativo proposto pela OEA. Todavia, vale pontuar que esta não é uma lacuna ou insuficiência presente apenas na normativa brasileira, mas nos demais países que já legislaram sobre o tema, o que significa que as legislações já nascem lacunosas e merecedoras de aprimoramento.

Mas afinal, do que trata a modalidade simbólica da violência política contra as mulheres? E qual a importância de se observar e enfrentar este aspecto no âmbito dos partidos políticos, no contexto da formação acadêmica e no debate público de um modo geral?

¹⁰ A exemplo da Bolívia, que foi pioneira em formular uma legislação específica sobre este problema, e de outros países, como México, Equador e Paraguai, que incorporaram alguns artigos sobre o tema em suas leis gerais sobre violência contra a mulher. Já países como Colômbia, Costa Rica, Peru e Honduras tem projetos de lei sobre o tema, em trâmite. Para maiores informações, cf <https://latinoamerica21.com/br/a-violencia-politica-contra-as-mulheres-na-america-latina/>.

¹¹ Trata-se de parlamentar negra, evangélica, oriunda da baixada fluminense e vinculada, atualmente, ao partido Republicano, portanto, de direita. Foi reeleita em 2018 pelo estado do Rio de Janeiro, mas foi no ano de 2015 que a mesma apresentou o PL 349/2015, cujo trâmite no âmbito do Congresso Nacional se arrastou até meados de 2021, quando finalmente foi aprovado, legando ao Brasil sua primeira legislação que versa sobre violência política contra as mulheres.

4. A dimensão simbólica da violência política contra as mulheres

Como já foi mencionado, a violência política simbólica contra as mulheres é uma das expressões da violência política que se abate sobre as pessoas do gênero feminino. Porém, para melhor compreendê-la, faz-se necessário entender, à luz das contribuições de Iris Marion Young (2000) e de Pierre Bourdieu (1998; 2002) o que significa a violência simbólica, tida como uma forma de expressão do poder simbólico que constitui uma modalidade sutil, mas profundamente eficaz e perversa, de relações de poder, baseada em estruturas sociais e culturais de dominação. Para Bourdieu, trata-se de uma forma de poder que está entranhada em todo o tecido social, pois é parte constitutiva e constituinte do imaginário social, das representações, valores e ideias dominantes em dada sociedade, que as pessoas compartilham acerca do mundo, das relações, da vida em comum.

Segundo o referido autor, violência simbólica é um tipo de violência que se exerce por meio da "cumplicidade" entre quem a sofre e quem a pratica, sem que, na maioria das vezes, as pessoas envolvidas neste emaranhado de ações, e também de omissões, tenham consciência do que estão praticando e/ou sofrendo (Bourdieu, 1998; 2002). Trata-se de uma forma de violência que também emerge das relações de poder desiguais e assimétricas estabelecidas entre homens e mulheres, caracterizadas pelo autor como dominação masculina, isto é, situações de supremacia, de destaque, privilégio e, sobretudo, de superioridade dos homens sobre as mulheres nas mais variadas esferas da vida social.

Este tipo de violência, quando manifesto no campo da política, tem como objetivo a manutenção do *status quo* de gênero na ocupação dos cargos e no exercício do poder político, notadamente o formal, que também é sustentado através dos estereótipos e dos scripts de gênero consensuados social e culturalmente em nossas sociedades. Mantém-se por meio das prescrições de gênero, ou seja, daquilo que a sociedade considera próprio das mulheres e dos homens ou, dito de outra forma, do que cada gênero está "naturalmente" apto a ser ou fazer, e que vai indicar quem pode e quem não pode exercer liderança, ocupar funções de comando e decidir sobre os destinos de toda a sociedade, ou seja, é o retrato fiel e naturalizado da dominação masculina, também conhecida como patriarcado, só que em sua face simbólica vai operar para excluir as mulheres de maneira sutil, sub-reptícia, quase invisível.

Neste contexto, a naturalização do domínio masculino, sobretudo nas esferas públicas e nos espaços decisórios, passa a fazer parte do imaginário social, sendo reproduzido por homens e mulheres, já que vai se incorporando às profundezas da psiquê e do inconsciente coletivo, forjando a construção das subjetividades dos sujeitos, e se impondo, pouco a pouco, sem uso da força, da agressão física ou mesmo da explícita e ostensiva hostilidade irracional às mulheres, também conhecida como misoginia.

Assim, a naturalização da dominação masculina nas mais diversas esferas da vida, bem como a aceitação acrítica e a própria legitimação da ocupação dos cargos e funções públicas exclusivamente pelos homens, notadamente os de maior destaque, independentemente de sua ideologia, constitui formas de violências política simbólica contra as mulheres, pois corresponde a práticas sutis, supostamente inocentes, que operam através do "consentimento" ou mesmo do "convencimento" social de que somente os homens e, em muitos casos, somente determinados homens –a exemplo de Lula e Bolsonaro– tem capacidade e influência política suficiente para dirigir o país ou, ainda que informalmente, orientar seus partidos e seguidores, dentro e fora dos contextos de suas agremiações, acerca do que deve ser feito para que eles ingressem ou permaneçam nas instâncias de poder estatal.

Ademais do exposto, vale pontuar que, no caso do Brasil, esta dominação masculina nos partidos e, conseqüentemente, nas instâncias decisórias do Estado, vem articulada com uma dominação racial, isto é, com a ocupação dos cargos eletivos –e também os cargos comissionados– exclusiva e/ou majoritariamente por pessoas brancas que, por força de sua histórica e persistente presença nestes lugares, são lidas, socialmente, como mais aptas, mais preparadas e mais adequadas para exercer tais funções políticas. E isto, evidentemente, vai influenciando e nutrindo o imaginário social a ponto de se tornar "natural" que a maioria feminina e negra da população continue excluída destas instâncias ou ocupem espaços residuais, secundários e quantitativamente inferiores ao seu percentual demográfico e sociocultural.

Diante disto, quando as mulheres, em sua diversidade, olham para quem ocupa cargos eletivos e não se sentem representadas, seja em termos de gênero, mas também de raça, etnia, geração, identidade de gênero, classe e outros marcadores sociais da diferença, isto já é, por si só, uma forma de violência política simbólica contra elas.

Quando as mulheres também não podem questionar, dentro e fora dos partidos, de maneira pública e aberta, os privilégios masculinos, as incoerências partidárias, as ambivalências políticas, a dupla moral sexista, isto também é violência política simbólica contra as mesmas, uma vez que, em regra, somente os homens e, de novo, em muitos casos, somente os mesmos homens, podem disputar determinados cargos eletivos, visto que são tidos e havidos, por homens e mulheres partidários, como naturalmente aptos a ocuparem estes lugares.

Também é violência política simbólica de gênero, praticada abundantemente por lideranças partidárias, as decisões autocráticas, as falas na imprensa e, sobretudo, interna corporis, através do uso e abuso dos mecanismos partidários –comitês, diretórios, etc.– que visam difundir ideias, muitas vezes travestidas de “análise de conjuntura” ou de leitura da “correlação de forças” que, por coincidência, sempre culminam na escolha de figuras masculinas para assumirem candidaturas, seja encabeçando chapas majoritárias, ou ocupando a maior parte das listas de candidaturas proporcionais, sem olvidar da ocupação dos ministérios, das presidências das casas legislativas, das lideranças de bancadas, dentre outros espaços de destaque, visibilidade, poder e privilégios. Isto tudo é violência política simbólica contra as mulheres, visto que naturaliza, por meio de diversos estratagemas, a sub-representação feminina e as barreiras por elas enfrentadas, quando não burlam deliberadamente as leis para falsear sua inclusão, independente da ideologia partidária.

E, por incrível que possa parecer, este tipo de violência política tem crescido muito nos últimos tempos, mesmo em contextos de avanço dos debates e dos movimentos feministas, onde há um maior engajamento de mulheres nos movimentos sociais, nas disputas eleitorais e nas mídias de um modo geral. Vê-se, portanto, que a violência simbólica contra as mulheres tem se agigantado justamente onde e quando elas começam a tomar mais consciência de sua condição de gênero, de sua posição social e das possibilidades de mudança, dado o crescente empoderamento feminino, inclusive entre mulheres jovens, verificado nas últimas décadas.

Neste contexto, a violência política simbólica contra a mulher, que é menos debatida que a violência política física, psicológica e sexual, vai se manifestando através do isolamento, da invisibilização, do preterimento e, em alguns casos, da desqualificação aberta de personalidades femininas que ocuparam cargos públicos¹², que ocupam atualmente¹³ e/ou que ousaram se lançar como alternativa política¹⁴ nos variados pleitos eleitorais deste país.

¹² Vide os adesivos de carros ofensivos à então presidenta Dilma Rousseff, em posição de estupro, assim como os memes e os discursos que visavam diminuí-la e desqualificá-la, sobretudo durante o período que antecedeu o seu impedimento. Cf. <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/governo-denuncia-adesivo-com-ofensa-sexual-a-dilma,33f5fa7ff225c4a3d-42f654bee769de9sgleRCRD.html>.

¹³ Vide o modo como a Revista Carta Capital, em matéria intitulada “Mulheres que envergonham mulheres”, veiculada nacionalmente no dia 20/11/2019, expôs, ofensivamente, diversas mulheres que ocupam cargos públicos atualmente no Brasil, dentre elas a ministra Carmem Lúcia, a deputada Janaina Paschoal e a ministra Damares Alves, demonstrando exemplos prototípicos de violência moral e simbólica contra mulheres na política. Dentre as poucas entidades que se levantaram para repudiar tal ato, vale a pena conferir uma Carta da Associação dos Magistrados do Paraná, disponível em <https://www.amapar.com.br/noticia-rss/item/%E2%80%9Cmulheres-que-envergonham-mulheres%E2%80%9D.html>.

¹⁴ Vide o modo como Marina Silva e Vera Lúcia foram tratadas na última eleição, mormente a Marina que sofreu toda sorte de achincalhamento, inclusive por parte da própria esquerda brasileira que a via inimiga e não como adversária (Silva, 2018).

Assim, e por meio do fortalecimento da ideia de que somente os homens, notadamente os tidos como mais experientes e mais calibrados, podem e devem se lançar candidatos, especialmente às chapas majoritárias, isto vai se alastrando e se legitimando de maneira "quase natural", inclusive contando com apoio acrítico de muitas mulheres, dentre elas ativistas e pesquisadoras, feministas ou não¹⁵, que, em virtude de suas adesões ideológicas, colocam seu capital político e cultural a serviço da manutenção do *status quo* de gênero, deixando em stand by suas análises e até mesmo os dados de inúmeras pesquisas que demonstram, de forma clara e luzidia, a discriminação e a exclusão feminina dentro dos partidos políticos e nas esferas decisórias, fortalecendo, com isto, as disputas entre os "arquetipos viris" que exercem livremente a violência política de caráter simbólico, e nutrem os interesses patriarcais, inclusive do famigerado "patriarcado fraternal", que faz discurso a favor de mais mulheres no poder, mas dificulta, sempre que possível, a participação feminina nos espaços de comando, às vezes sob o argumento de que "ainda não é o momento" ou de que "é preciso nos unirmos para defender a democracia e combater um mal maior" (sic)¹⁶.

5. Considerações finais

Muitas pessoas somente identificam a violência política de gênero, em sua manifestação simbólica, quando estão diante de ofensas explícitas à pessoa ou ao material de campanha de alguma mulher candidata ou ocupante de cargo eletivo. E não estão de todo incorretas. Todavia, raramente percebem como violência simbólica, no âmbito da luta política, a própria sub-representação feminina e o preterimento ou desvalorização das mulheres em favor dos homens, ainda quando estas apresentam maior capital político e social que os mesmos em contextos de pleitos eleitorais em que são secundarizadas, a exemplo do que ocorreu em 2018, quando a liderança indígena Sonia Guajajara abriu mão de sua pré-candidatura à presidência da República para ocupar a posição de vice na chapa de Guilherme Boulos, recém filiado ao partido onde a mesma já militava há anos, sendo reconhecida internacionalmente.

De igual modo, em 2020, quando Luiza Erundina, que já foi prefeita, ministra e deputada, figurou como vice do mesmo político numa chapa para a prefeitura de São Paulo, onde o capital político e social da mesma era muito mais encorpado e destacado que o dele e, no entanto, coube a ela ocupar a vice na chapa que o jovem político encabeçou. Mas a lista não para em candidaturas de esquerda, pois os exemplos da supremacia masculina nos partidos e na política institucional são diversos e contemplam todos os partidos, conforme já registramos em outro artigo sobre o tema (Silva, 2018), onde apresentamos um quadro detalhado cujo conteúdo que vale a pena conferir¹⁷.

Porém, a dificuldade em se identificar a violência política simbólica contra as mulheres e construir mecanismos de prevenção e combate à mesma, não ocorre somente porque o campo da política é complexo e recheado de surpresas e variáveis interdependentes, mas porque a definição deste tipo de violência política ainda não está devidamente consensuada no campo dos estudos de gênero e feminismo e os mecanismos disponíveis para tipificar e sancionar as demais formas de violência política contra as mulheres não dão conta de enfrentar este fenômeno que requer diagnósticos precisos e mudanças estruturais profundas em nossa sociedade.

¹⁵ Exemplifico com as posturas ambíguas das seguintes estudiosas e ativistas políticas brasileiras: Janaina Paschoal que, enquanto professora da USP, da área de Direito, tem desenvolvido conhecimentos sobre democracia e constitucionalismo e, em vários momentos, defendeu a candidatura de Jair Bolsonaro, sem qualquer perspectiva de gênero; e a pesquisadora e escritora feminista e militante política Márcia Tiburi, que, dentre outras afirmações questionáveis, afirmou, em dado momento que votaria "em Lula ou em quem ele mandasse" (sic).

¹⁶ Expressões extraídas de falas de lideranças políticas baianas de esquerda, compartilhadas em redes sociais durante as eleições de 2018 e 2020, respectivamente.

¹⁷ Para acessar outros exemplos da supremacia masculina na composição das chapas no pleito de 2018, conferir o artigo disponível neste link <https://periodicos.ufba.br/index.php/cadgenviv/article/view/29349/17491>.

Por outro lado, como nem só de gênero vivem as mulheres, visto que são atravessadas por outros marcadores, outros interesses e outras identidades, inclusive de classe, raça/etnia, sexualidades, questões geracionais, dentre outras, há sempre a possibilidade de se justificar o preterimento das mulheres nas disputas eleitorais em favor de candidatos homens, dado os diversos interesses e argumentos partidários em jogo, capazes de legitimar a manutenção de um maior número de candidaturas masculinas, seja para cargos do poder executivo ou do poder legislativo, cujas campanhas, na maioria das vezes, tem como mote a defesa e o aprimoramento da democracia, ainda que sem as mulheres ou mantendo as mesmas como meras coadjuvantes.

Não resta dúvida de que tudo isso contribui para a manutenção da supremacia masculina na política institucional e nos próprios partidos políticos, já que em nosso país, em virtude do não reconhecimento das candidaturas independentes e avulsas, o monopólio da representação política segue nas mãos destas agremiações, o que significa dizer que seguem em mãos masculinas, já que os homens comandam, quantitativa, ideológica e politicamente a totalidade dos partidos. E, infelizmente, a filiação partidária ainda é condição essencial para o registro de qualquer candidatura, o que também constitui uma violência política de natureza simbólica contra as mulheres, cuja forma de se organizar e de se expressar politicamente se distancia, e muito, do *modus operandi* partidário, uma vez que a socialização de gênero a que somos expostas, desde tenra idade, nos prepara para o exercício da conciliação, dos diálogos mais horizontais, dos interesses coletivos e de uma "ética do cuidado" que, apesar de não ter sido objeto desta reflexão, também contribui para a compreensão dos motivos que levam muitas mulheres a se distanciarem da política formal, gerando mais e mais sub-representação feminina, visto que muitas de nós somos educadas para evitar o conflito e renunciar às disputas, inclusive intrapartidárias.

Vale registrar, por oportuno, que não estou, com isto, buscando generalizar, universalizar ou essencializar as condutas e escolhas das mulheres brasileiras, até porque somos muito diferentes não somente com relação aos homens, mas diferentes e diversas entre nós mesmas e até dentro dos grupos sociais dos quais fazemos parte. Porém, não raro, compartilhamos do sentimento de pertencimento às nossas comunidades e coletividades, e isto tanto pode ajudar a nos unirmos para resistir às violências de um modo geral, e à violência política contra as mulheres em particular, como também pode nos paralisar, visto que muitas de nossas agendas e demandas tem sido instrumentalizadas em prol de embates e interesses estranhos a nossa vontade, bem como apropriadas para nos mobilizar em defesa de projetos e candidaturas, principalmente masculinas e brancas, que melhor apeteçam aos nossos partidos, não necessariamente a nós mesmas.

Exemplificando: quando nós, mulheres, fomos convocadas a engrossar fileiras e ocupar as ruas em defesa de um dos lados da disputa eleitoral de caráter patriarcal, em 2018, não paramos para observar que, por mais urgente que seja uma luta, corremos o risco de fecharmos os olhos e não enxergarmos nossas próprias demandas e necessidades, assim como nossas próprias irmãs, inclusive as negras e oriundas de camadas populares, que naquele momento ousaram peitar o *status quo* de gênero, raça/etnia e classe, ao se colocarem como opções possíveis e merecedoras de nossa atenção. Mas, quantas de nós parou para escutá-las, apreciá-las, fortalecê-las e votar nelas? Seguramente muito poucas, ainda que o pleito de 2018 tenha trazido uma situação inédita para o país, qual seja, a presença de duas candidaturas femininas e negras disputando a presidência do Brasil. Algo que poderia fazer parte daquela clássica frase emanada da boca de um líder (patriarcal?) de esquerda, que sempre diz: "nunca antes na história deste país...".

Mas, por conta de tantos problemas, medos, ameaças de retrocessos e revoltas que a política brancocêntrica, androcêntrica e patriarcal gera em nós, muitas estavam demasiadamente ocupadas nas lutas em defesa da democracia e do fortalecimento (ou do desmantelamento) dos discursos masculinistas de então. Em resumo, assistíamos, sem perceber, a uma eficiente e bem produzida película de violência política simbólica contra nós mulheres que, em seu fatídico desfecho –a eleição de Bolsonaro–, fortaleceu, ainda mais, a noção de "arquétipo viril protagonista da história", cujo antídoto que vem se desenhando e se requeitando, desde então, também opera com a mesma lógica patriarcal e somente tem a nos oferecer um pouco mais do mesmo, isto é: uma nova edição da supremacia masculina nos partidos políticos e, portanto, na política institucional, e a deplorável e simbólica violência política de cada dia.

Destarte, e como forma de enfrentamento ao referido problema, considerando todo o exposto, aliado ao reconhecimento de que não temos uma sistemática e confiável produção de dados sobre violência política contra as mulheres em nosso país, faz-se necessário a elaboração de pesquisas e produção de estatísticas sobre o fenômeno, notadamente sobre a violência simbólica que, lamentavelmente não foi contemplada na recente legislação sobre o tema, mas poderia ter sido, conforme fez o México, através de reforma legislativa realizada em 2021¹⁸.

Tais pesquisas, no entanto, só terão como identificar e evidenciar as mais sutis manifestações da violência política, isto é, sua face simbólica contra as mulheres, se adotarem uma perspectiva de gênero interseccional, e com lentes feministas, em suas formulações e análises, sem olvidar do uso de adequadas metodologias que ajudarão a perceber os múltiplos fatores de discriminação que geram estes tipos de violências, haja vista que a produção de conhecimento, através de evidências científicas, é de fundamental importância para o diagnóstico deste tipo de violência política contra as mulheres e também para o desenho adequado de políticas públicas de prevenção e enfrentamento do referido fenômeno.

A boa notícia é que não precisaremos começar do zero, já que na América Latina, desde 2019, existe um "Protocolo Modelo para Partidos Políticos" que visa "prevenir, atender, punir e erradicar a violência contra mulheres na vida política"¹⁹. E tal documento pode ser útil não somente para as agremiações partidárias, mas também para pesquisadoras/es, ativistas sociais e formuladoras/es de políticas públicas destinadas à inclusão das mulheres nos espaços de poder, pois embora nossa experiência e os testemunhos de algumas mulheres apontem que este tipo de violência é perpetrada, majoritariamente, dentro dos partidos, outros atores sociais também concorrem, decisivamente, para sua manifestação e naturalização, tais como: a mídia, o Estado, algumas lideranças religiosas e até mesmo militantes sectários que não toleram divergências e controvérsias no contexto democrático, dentro e fora dos partidos.

Além do protocolo mencionado, a Lei Modelo elaborada pela OEA, já mencionada neste texto, também sugere que os partidos adotem medidas e até normas internas preventivas e/ou sancionatórias deste tipo de violência, além de reparação às vítimas. No entanto, cabe mencionar que à Justiça Eleitoral também cabe jogar um papel importante, valorizando as pesquisas científicas e fiscalizando as agremiações, o que já tem sido feito com relação às fraudes nas candidaturas femininas, mas ainda timidamente, pois também pode e deve formular políticas públicas de empoderamento jurídico-político das mulheres, em parceria com órgãos dos poderes Executivo e Legislativo, e com Universidades, como forma de realizar trabalhos interinstitucionais voltados à garantia e à promoção dos direitos políticos das mulheres.

Ademais, o diálogo com a sociedade civil é imprescindível, e pode ser bastante frutífero para a construção de estratégias jurídicas e políticas de abordagem do problema. O importante é colocar o debate na agenda pública, admitindo a pergunta: a supremacia masculina nos partidos constitui exemplo de violência política simbólica contra as mulheres? Entendemos que sim. Sigamos.

¹⁸Em fevereiro de 2021, através de uma reforma que visou aprimorar a Ley General de Acceso a una Vida Libre de Violencia, a Câmara dos Deputados mexicanos aprovou a inclusão dos conceitos de violência simbólica e midiática na referida norma, concebendo violência simbólica como "la expresión, emisión o difusión por cualquier medio, ya sea en el ámbito público o privado, de discursos, mensajes, patrones estereotipados, signos, valores icónicos e ideas que transmiten, reproducen, justifican o naturalizan la subordinación, desigualdad, discriminación y violencia contra las mujeres en la sociedad" e a violência midiática como "la expresión a través de cualquier medio de comunicación de contenidos que, de manera directa o indirecta, promuevan estereotipos de género, así como la humillación, explotación, degradación, desigualdad, discriminación, o cualquier forma de violencia contra las mujeres", disponível em <https://comunicacionnoticias.diputados.gob.mx/comunicacion/index.php/boletines/aprueba-camara-de-diputados-reformas-a-la-ley-general-de-acceso-de-las-mujeres-a-una-vida-libre-de-violencia#gsc.tab=0>.

¹⁹ Disponível em <https://www.oas.org/es/cim/docs/ViolenciaPolitica-ProtocoloPartidos-ES.pdf>.

Referências

- Abreu, Maria Aparecida Azevedo (2011, agosto). Cotas para mulheres no legislativo e seus fundamentos republicanos. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, IPEA, Brasília. http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1434/1/td_1645.pdf.
- Araújo, Clara (2005, junho). Partidos políticos e gênero: mediações nas rotas de ingresso das mulheres na representação política. *Rev. Sociol. Polit.*, n. 24. <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/tGtdSWCqjLRJX4cSsLDHfB/?lang=pt>.
- Araújo, Clara (2010, maio-agosto). Rotas de ingresso, trajetórias e acesso das mulheres ao legislativo – um estudo comparado entre Brasil e Argentina. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 18(2): 352.
- Barros, Antonio Teixeira de; NASCIMENTO, Willber da Silva (2022). Mulheres partidárias: atuação militante e participação nas atividades dos partidos. <https://www.agendapolitica.ufscar.br/index.php/agendapolitica/article/view/590>.
- Biroli, Flávia (2018). *Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil* São Paulo: Editora Boitempo.
- Bourdieu, Pierre (1989). *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- Bourdieu, Pierre (2002). *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- Brasil. Lei nº 14.192, de 4 de agosto de 2021. Estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher. <https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-14.192-de-4-de-agosto-de-2021-336315417>.
- Carneiro, Sueli (2010). Mulheres negras e poder: um ensaio sobre sua ausência. In: *Revista Observatório Brasil da Igualdade de gênero*.
- Carneiro, Sueli (2011). *Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil*. São Paulo: Selo Negro.
- Centro Feminista de Estudos e Assessoria [Cfemea] (2006). Os direitos das mulheres na legislação brasileira pós-constituente/Centro Feminista de Estudos e Assessoria, Almira Rodrigues, Iáris Cortês (Orgs.). Brasília: Letras Livres, p. 86-87. <https://www.cfemea.org.br/images/stories/publicacoes/direitosposconstituente.pdf>.
- Cervi, Emerso Urizzi; BORBA, Felipe (2019, janeiro-abril). Os diretórios partidários municipais e o perfil sociodemográfico dos seus membros. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 28. Brasília, pp. 65-92. <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/qbsnm7VHDCqbvDSmFBQvFt-n/?format=pdf&lang=pt>.
- Collins, Patrícia Hill & BILGE, Sirma (2020). *Interseccionalidade*. Tradução Rane Souza. – 1. ed. – São Paulo: Boitempo. http://www.ser.puc-rio.br/2_COLLINS.pdf.
- Costa, Ana Alice A. (1998). *As donas no poder. Mulher e política na Bahia*. Salvador: NEIM/UFBA – Assembleia Legislativa da Bahia.
- Curiel, Ochy (2011). Gênero, raza, sexualidad: debates contemporâneos. Anais Conferencia Magistral, em el marco de la especialización maestría de estudios de la mujer. N1, Universidad Autónoma Metropolitana Xochimilco, México. Disponível em: <http://www.urosario.edu.co/Subsitio/Catedra-deEstudiosAfrocolombianos/Documentos/13-Ochy-Curiel--Genero-raza-y-sexualidad-Debates-.pdf>.
- Davis, Angela (2016). *Mulheres, raça e classe*. Trad. Heci Candiani. São Paulo: Boitempo.
- Davis, Angela (2017). *Mulheres, cultura e política*. Trad. Heci Candiani. São Paulo: Boitempo.

- Espinosa-miñoso, Yuderkys (2014, marzo-abril). Una crítica descolonial a la epistemología feminista crítica. *Cotidiano* 184.
- Ferreira, Maria Mary (2004, setembro). Representação Feminina e construção da democracia no Brasil. In: Congresso Luso Afro Brasileiro de Ciências Sociais, 8. Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal, pp. 16-18. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel29/MaryFerreira.pdf>.
- Franco, Mariele (2018). Mulher, negra, favelada e parlamentar: resistir é pleonismo. In: O Golpe na perspectiva de Gênero / Linda Rubim, Fernanda Argolo (Organizadoras). – Salvador: Edufba. <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/25458>.
- Galindo, Maria (2013). No se puede descolonizar sin despatriarcalizar. Teoría y propuesta de la despatriarcalización, Bolivia, Mujeres Creando.
- Gonzalez, Lelia (1984). Racismo e sexismo na cultura brasileira. *Revista Ciências Sociais Hoje*, Anpocs, pp. 223-244. https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5509709/mod_resource/content/0/06%20%20GONZALES%2C%20L%20%20A9lia%20-%20Racismo_e_Sexismo_na_Cultura_Brasileira%20%281%29.pdf.
- Instituto Alziras & Oxfam Brasil (2022, julho). Desigualdades de gênero e raça na política brasileira. Relatório de pesquisa. Brasil. <https://www.oxfam.org.br/justica-racial-e-de-genero/raca-e-genero/desigualdade-de-raca-e-genero-na-politica-brasileira/>.
- Lima, Juliana Macedo de (2015, setembro). Democracia no Brasil e participação das mulheres na política: algumas barreiras para o desenvolvimento democrático. I Seminário Internacional de Ciência Política Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. https://www.ufrgs.br/sicp/wp-content/uploads/2015/09/10_DE-LIMA_Democracia-no-Brasil-e-participac%C2%A6%C2%BAa%C2%A6%C3%A2o-das-mulheres-na-poli%C2%A6%C3%BCtica.pdf.
- Lolatto, Simone; LISBOA, Teresa Kleba (2017). Mulheres nos Espaços de Poder – desconstruindo a esfera pública como território masculino. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress (Anais Eletrônicos), Florianópolis. http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1526555762_ARQUIVO_ST142-mulheresnosespacosdepoder-SimoneLolattoeTeresaKleba.pdf.
- Lugones, Maria (2014). Colonialidad y género: hacia un feminismo descolonial. Walter Mignolo [et.al.]; compilado por Walter Mignolo. – 2a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Signo.
- Matos, Marlise. (2010, 25 a 29 de outubro). A representação política feminina na América Latina e no Caribe: condicionantes e desafios à democracia na região. 34º Encontro Anual da Anpocs – Caxambu. https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdt-se/9669/2010_matos_representacao_politica_feminina.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Matos, Marlise; PARADIS, Clarisse G (2014, julho-dezembro). Desafios à despatriarcalização do Estado brasileiro. Dossiê o gênero da política: feminismos, Estado e eleições. *Cader-nos Pagu*, 43. <https://www.scielo.br/j/cpa/a/ZThn9C6WZM8tpMhN3BWM4Qp/abstract/?lang=pt>.
- Organização dos Estados Americanos (OEA)/Comissão Interamericana de Mulheres (CIM) (2019). Protocolo modelo para partidos políticos: Prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en la vida política. <https://www.oas.org/en/cim/docs/ViolenciaPolitica-ProtocoloPartidos-ES.pdf>.
- Organização dos Estados Americanos (OEA)/Comissão Interamericana de Mulheres (CIM) (2020). Violencia contra las mujeres en política en América Latina: mapeo legislativo y proyectos parlamentarios.

- Paes, Janiere P. Leite. Os direitos políticos das mulheres no Brasil à luz da Constituição de 1988. <https://www.conjur.com.br/2021-ago-16/direito-eleitoral-direitos-politicos-mulheres-brasil-luz-constituicao-1988>.
- Prá, Jussara (2013, julho-dezembro). Cidadania de Gênero, Democracia Paritária e Inclusão Política das Mulheres. *Gênero na Amazônia*, Belém, n. 4. <https://generonaamazonia.ufpa.br/edicoes/edicao-4/artigos/artigo-1-jussara-para.pdf>.
- Pinto, Celi (2001, março-maio). Paradoxos da participação política das mulheres no Brasil. <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/download/32910/35480/>.
- Sacchet, Teresa (2011). Partidos políticos e (sub)representação feminina: um estudo sobre recrutamento legislativo e financiamento de campanhas. In: Paiva, Denise (org.). *Mulheres, política e poder*. Cànone Editora, pp. 159-186. https://nupps.usp.br/images/artigos_temp/mulherespolitica-teresasacchet.pdf.
- Sanchez, Beatriz Rodrigues (2014). Representação política e gênero no Brasil e nos países de democratização recente. *Revista de Iniciação Científica em Relações Internacionais*, v.1, n.2.
- Santos, Cristiano Lange dos; FURLANETTO, Claudia Paim (2019, julho-setembro). Participação feminina na política Exame da Lei no 12.034/2009 e a previsão de cotas de gênero. *RIL Brasília* a. 56 n. 223, pp. 191-211. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p191.pdf.
- Sardà, Amparo Moreno (1991). *El arquetipo viril protagonista de la historia. Ejercicios de lecturas no androcentrica*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Silva, Salette Maria da. Eleições 2018 O lugar das mulheres nas chapas majoritárias. <https://periodicos.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/29349/17491>.
- Silva, Salette Maria da; Wright, Sonia Jay. Uma reflexão feminista sobre o conceito de justiça de gênero. <https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/1086>.
- Silva, Salette Maria da. (2016). *A Carta que elas escreveram: as mulheres na Constituinte de 1987/88*, Editora Instituto Memória, Curitiba.
- Silva, Salette Maria da (2022). Justiça Eleitoral e (des)igualdade de gênero: uma análise feminista do Tribunal Superior Eleitoral brasileiro. *Revista Estudos Eleitorais. Tribunal Superior Eleitoral. Ed. Especial, Vol. 14, n. 1*, pp. 87-132.
- Sparemberger, Raquel Fabiana Lopes; OLEA, Thais Campos Olea (2020). Cotas eleitorais de gênero e espaços de decisão: em busca de uma eficiente política pública de inclusão para a promoção de uma democracia real. *Revista direitos sociais e políticas públicas*. V. 8, N. 1. http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Soc-Pol-Publicas_v.8_n.1.14.pdf.
- Wright, Sonia Jay (2016). *Estratégias de inclusão das mulheres na política institucional: a opinião parlamentar estadual do nordeste*. Editora Instituto Memória, Curitiba.
- Young, Iris Marion (2000). *Inclusion and Democracy* Oxford: Oxford University.
- Young, Iris Marion (2006). Representação política, identidade e minorias. *Lua Nova*, São Paulo, 67: 139-190. <https://www.scielo.br/j/ln/a/346M4vFfVzg6JFk8VZnWVvC/?format=pdf&lang=pt>.

Intersexualidad: guía para la atención de controversias

Autora

Patricia Otón Olivieri*

RESUMEN

Este artículo presenta una guía para la atención de controversias sobre la intersexualidad o sobre las personas con diferencias o variaciones en su desarrollo sexual, elaborada a partir de las conclusiones y recomendaciones de la investigación de la disertación doctoral de la autora. El objetivo general de la investigación era proponer alternativas en el campo del Derecho en respuesta a los objetivos específicos. En este artículo se incluye un resumen del marco teórico de la investigación y se presenta la guía preparada para la atención de controversias sobre la intersexualidad. La guía se elaboró tomando en cuenta las conclusiones más importantes en las cinco áreas estudiadas que incluyó: documentos internacionales, regionales y de organizaciones de la sociedad civil; jurisprudencia y legislación comparada. También se fundamenta en el análisis de los planteamientos, las opciones que favorecen y las prioridades expresadas por las personas intersex en foros públicos y de las entrevistas a personas expertas que han trabajado con la intersexualidad desde diversas perspectivas.

PALABRAS CLAVE:

INTERSEXUALIDAD, INTERSEX, GÉNERO, BINOMIO FEMENINO MASCULINO, GUÍA, CONTROVERSIAS.

Cómo citar este artículo

Otón Olivieri, Patricia (2022). Intersexualidad: guía para la atención de controversias. *REV. IGAL*, I (1), 80-104.

* Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico.

ABSTRACT

This article presents a guide for the attention of controversies related to intersexuality or to persons with differences or variations in their sexual development, that was prepared based on the conclusions and recommendations of the research conducted as part of the doctoral dissertation of the author. The main objective of the research was to propose legal alternatives in response to the specific objectives. This article includes a summary of the theoretical framework of the research and the guide developed for the attention of controversies related to intersexuality. The guide was prepared taking into consideration the most important conclusions in the five areas of study that included: international, regional and non-governmental organizations documents; comparative judicial decisions and legislation. It is also based on the analysis of the statements, options and priorities expressed by intersex persons in public forums and the interviews of experts that have worked with intersexuality from diverse perspectives.

KEYWORDS:

INTERSEXUALITY, INTERSEX, GENDER, FEMININE/MASCULINE BINOMIAL, GUIDE, LEGAL ISSUES.

1. Introducción

Este artículo presenta una guía para la atención de controversias sobre la intersexualidad desarrollada de las conclusiones y recomendaciones de la investigación que llevé a cabo como parte de mi disertación doctoral (Otón Olivieri, 2022)¹. La investigación tuvo como objetivo general analizar las controversias jurídicas sobre la intersexualidad, las necesidades de las personas intersex y la forma en que se han atendido estas controversias y necesidades para proponer alternativas en el campo del Derecho. Los objetivos específicos de mi disertación fueron (Otón Olivieri, 2022):

- 1) Analizar los planteamientos, las opciones que favorecen y las prioridades expresadas por las personas intersex en foros regionales.
- 2) Analizar cómo se manifiesta en la jurisprudencia y en la legislación el rol del derecho en casos de personas intersex.
- 3) Analizar las opciones de atención a la intersexualidad que se proponen en la esfera internacional.
- 4) Desarrollar un marco teórico y propuestas concretas para atender la intersexualidad en el ámbito jurídico.

Para el logro de los objetivos de la investigación cualitativa se utilizó un diseño de estudio comparado de casos y se llevó a cabo un análisis de contenido dirigido y sumativo con algunas variaciones a partir de las categorías analíticas previamente determinadas. Se partió de las palabras y frases en el texto que se estaba analizando y se documentaron las ocasiones u ocurrencias en que estas estaban presentes, para luego analizar sus significados latentes y los temas aparentes (Berg, B. L., Lune, H., 2012 y Hernández Sampieri, R., Collado, C. F. & Baptista Lucio, M.D., 2014 y Salter, M., y Mason, J., 2007). El análisis se hizo desde una perspectiva feminista de derecho comparado y de derechos humanos².

En este artículo se incluye un resumen del marco teórico de la investigación y se presenta la guía preparada para la atención de controversias sobre la intersexualidad. La guía se elaboró tomando en cuenta las conclusiones más importantes en las cinco áreas estudiadas, a saber: 1) el análisis de las entrevistas a personas expertas en Puerto Rico; 2) el análisis de contenido de los testimonios de las personas intersex en las dos audiencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llevadas a cabo los días 15 de marzo de 2013 y el 20 de marzo de 2017; 3) el análisis de jurisprudencia de Australia, Alemania, Filipinas, Kenia, Colombia, Estados Unidos y Puerto Rico (Otón Olivieri, P., 2022); 4) el análisis de contenido de

¹ Otón Olivieri, Patricia (2022, mayo 17). Intersexualidad: hacia una perspectiva de derechos humanos [Tesis de Doctorado en Ciencias Jurídicas (J.S.D.)], Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, San Juan.

² Refiérase a Otón Olivieri, Patricia (2022). Intersexualidad: limitaciones del binomio femino-masculino desde el análisis comparado de legislación, 56 REV. JUR. UIPR, artículo recién publicado que presenta los hallazgos y las conclusiones sobre el análisis de contenido de la legislación comparada y las recomendaciones para el desarrollo de legislación inclusiva y protectora de las personas intersex.

la legislación de Australia, Alemania, Argentina, algunas de las Comunidades Autónomas de España, Malta y el estado de California en Estados Unidos y un proyecto de ley de Puerto Rico (Otón Olivieri, P., 2022); 5) análisis de contenido de dos resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género del 2014 y del 2016 (Resolución 27/32 y Resolución A/HRC/RES/32/2), y sus informes correlativos que fueron el Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género del 2011 (Informe A/HRC/19/41); el Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre Discriminación y Violencia contra las Personas por Motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género del 2015 y el Informe del Experto Independiente sobre La Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género del 2017 (Resolución A/HRC/35/36); el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Violencia contra las personas LGBTI en las Américas del 2015; la Declaración de Derechos Fundamentales de las Personas Intersex del 2015 de la Agencia de la Unión Europea de Derechos Fundamentales (European Union Agency for Fundamental Rights); la Declaración de Consenso de la Conferencia Internacional sobre Intersexualidad del 2006 de la Sociedad Pediátrica Endocrinológica de Europa (Lee, P. A., Houk, C. P., Ahmed, F. S. & Hughes, I. A., 2006); la Declaración Darlington (Darlington Statement) del 2017 de la Organization Intersex International (OII) y la Declaración de pasados cirujanos generales de Estados Unidos de junio de 2017, Re-Thinking Genital Surgeries on Intersex Infants (Elders, M. J., Satcher, D. & Carmona, R., 2017).

2. Resumen del marco teórico de la investigación

La intersexualidad es un término colectivo que agrupa muchas variaciones naturales de las características sexuales. La definición adoptada para este trabajo incluye cualquier condición congénita en la que los cromosomas, las gónadas, o la anatomía sexual interna o externa no pueda clasificarse claramente utilizando la norma binaria de femenina o masculino (Greenberg, J., 2012). Los tipos más frecuentes de intersexualidad son la hiperplasia adrenocortical congénita³; el síndrome de insensibilidad androgénica⁴; la disgénesis gonadal⁵; las hipospadias⁶ y las composiciones cromosómicas inusuales XXY (síndrome de Klinefelter)⁷ o XO (síndrome de Turner)⁸.

La intersexualidad plantea un reto al sistema jurídico, social y médico porque cuestiona los fundamentos de la definición de sexo, además de que reta la tradicional aplicación por los sistemas jurídicos y sociales del binomio femenino/masculino. Además, reta al poder médico que define normalidad e identifica si una persona es o no normal, si está enferma o si padece de alguna condición que deba ser atendida/corregida/conformada a la norma binaria.

Muchas variantes de las características sexuales se agrupan bajo el término médico de "desórdenes de desarrollo sexual" o DSD por sus siglas (Lee, P., Houk, C. et al., 2006). Este acercamiento a la intersexualidad no ha logrado obtener aceptación entre la población intersex por las implicaciones médicas, sociales y jurídicas adscritas a la nomenclatura que se utiliza (Otón Olivieri, P., 2022). Este concepto es rechazado también por algunas personas intersex y por

³ La hiperplasia adrenocortical congénita es considerada una de las causas más comunes para el uso de la clasificación 'genitalia ambigua'. Debido a la deficiencia en la producción de cortisol, las glándulas adrenales para compensar aumentan la acción de las enzimas y generan un aumento en la producción de andrógenos. Puede dejar de producirse cortisol y ocurrir retención de sal, lo que produce una virilización de la genitalia externa femenina en infantes XX, que se presenta al momento del nacimiento por el exceso de andrógenos (Hughes, I. 2018). Sin tratamiento en menores XX puede causar una masculinización de la genitalia durante la pubertad. La disrupción drástica del metabolismo de la sal es una amenaza a la vida si no se ofrece tratamiento (Fausto-Sterling, A., 2012).

⁴ El síndrome de insensibilidad androgénica (AIS, por sus siglas en inglés), se presenta en menores XY que nacen con una genitalia feminizada. El cuerpo no reconoce la presencia de la testosterona debido a que las células no logran capturarla, utilizarla y moverla para el desarrollo masculino. Durante la pubertad los menores desarrollan senos y su cuerpo una forma femenina (Fausto-Sterling, A., 2012).

⁵ La disgénesis gonada se refiere mayormente a personas XY cuyas gónadas no se desarrollan adecuadamente. Presenta características clínicas heterogéneas (Fausto-Sterling, A., 2012).

⁶ Las hipospadias pueden ocurrir por alteraciones en el metabolismo de la testosterona. En estas, la abertura de la uretra se encuentra fuera de la punta del pene. En su presentación leve la uretra está cerca de la punta; en su presentación moderada se encuentra en la parte inferior y en su presentación severa puede encontrarse en la base del pene (Fausto-Sterling, A., 2012).

⁷ El Síndrome de Klinefelter se caracteriza por la presencia de un cromosoma X adicional en personas XY (XXY) y puede causar infertilidad. Después de la pubertad se desarrollan senos y su tratamiento incluye terapia de testosterona. (Fausto-Sterling, A., 2012).

⁸ El Síndrome de Turner se caracteriza por la ausencia de un segundo cromosoma X (XO) en personas XX y los ovarios no se desarrollan. También se caracteriza por estatura baja y la ausencia de características sexuales secundarias. Su tratamiento consiste en terapia con estrógeno y la hormona de crecimiento (Fausto-Sterling, A. 2012, 2006, Trad. de Ambrosio García Leal, y Fausto-Sterling, A. 2000, p. 51.).

activistas debido a que se percibe como uno que estigmatiza y "medicaliza" la intersexualidad como una enfermedad o condición que requiere intervención o tratamiento médico (European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), 2015). Este sector prefiere que se continúe utilizando el concepto intersexualidad, intersex o el concepto de "diferencias en el desarrollo sexual" en lugar de "desorden de desarrollo sexual". De hecho, como se presentará más adelante, esta nomenclatura constituye la justificación para la intervención médica con la intersexualidad.

La intersexualidad ha sido conocida también como hermafroditismo, desorden o trastorno de desarrollo sexual y suele dividirse en las seis categorías indicadas antes que fueron propuestas por la investigadora Anne Fausto-Sterling. (Guarache Hernández, V., 2009)⁹. Para Karen Brown, según explica en su tesis doctoral, no es una sorpresa que no está aceptado universalmente porque, el concepto "desorden" es uno negativo y a modo de metáfora, reduce a las personas a la necesidad de ser "corregidas". Explica que, durante la reunión de consenso, personas expertas recomendaron conceptos o una terminología más aceptable y se sugirieron términos como los de "diferencias de desarrollo sexual" o "variaciones de desarrollo sexual". Sin embargo, Alice Dregar, April Herndon y Ellen Feder mantuvieron su apoyo al término "desorden de desarrollo sexual" (Brown, K., 2016, Clune-Taylor, C. 2010). Entre los argumentos para rechazar el uso del concepto variación, está el que planteó Ellen Feder (2009) quien entiende que no permite una apreciación genuina de los retos de salud que enfrentan muchas personas con condiciones intersexuales.

2.1 La intersexualidad ante el binomio femenino / masculino

La hegemonía masculina condiciona todas las clasificaciones jurídicas de la personalidad en la sociedad porque la visión dicotómica de los sexos afecta y condiciona las relaciones sociales y de las familias, lo que a su vez incide en cómo se atiende la intersexualidad. A través de la patologización o medicalización, la práctica de la medicina se ha apropiado de la intersexualidad e intenta conformar lo que se presenta como un reto a la única forma de clasificación del sexo o género. La conceptualización de la ambigüedad genital constituye la justificación para la intervención médica con la intersexualidad. Ello, independientemente de los efectos sociales, jurídicos y sobre la salud de la persona intersex.

El derecho se muestra como instrumento que perpetúa el binomio femenino/masculino; le ofrece significados concretos; refuerza la visión del mundo patriarcal en la sociedad a través de sus estructuras (Vicente, E., 2017) y refuerza la práctica paternalista/patriarcal de la medicina (Illich, I., 2006) que silencia o invisibiliza el cuerpo intersexual (Butler, J. 2006; Greenberg, J. 1999).

La intersexualidad se ha considerado como el ejemplo de que el sexo y el género no pueden limitarse a un binomio con polos opuestos, sino que deben considerarse más allá del binomio, un continuo, con la distribución de las personas a través de este espectro (Fausto-Sterling, A., 1993, marzo-abril, p. 20). Según explica Jennifer Nye (1998), aunque el sexo se refiere a la diferencia biológica entre hombres y mujeres, reconociendo que hay varias formas de determinar el sexo (cromosomas, hormonas, genitalia externa y órganos reproductivos), mientras que el género se refiere al significado social atribuido a esas diferencias, el salir fuera de la construcción social se considera una desviación y trae consigo unas ramificaciones sociales y legales (1998, p. 213). La autora reconoce que el control externo de la identidad de una persona, ya sea a través del poder médico, del sistema legal, de los medios o de la sociedad en general; es una forma de imponer los límites de lo que la autora denomina la caja del género ("gender box") (1998, p. 241). Esto perpetúa o refuerza la idea de que solamente hay dos sexos y dos géneros, o sea femenino o masculino lo que es una forma de control de la identidad. Incluso se plantea la inexistencia de palabras para referirse a una persona que no es conforme a la clasificación binaria como un ejemplo de continuar perpetuando la idea de que solamente hay un binomio para la clasificación de las personas, lo que también es un control social y jurídico del lenguaje (Nye, 1998).

A los discursos y la práctica de la medicina y del derecho se unen los de la psicología que contribuyen a la patologización de la intersexualidad, transformándola en una etiqueta de identidad inferior a la de hombre y mujer (Diez, M. & Coullery, Y. 2011). Las investigadoras Diez y Coullery señalan que "el conocimiento validado del cuerpo humano y la sexualidad se construye a partir de una serie de dicotomías: varón/mujer, masculino/femenino/, normal/anormal/natural/cultural". La idea del sexo como algo natural se ha configurado dentro de la lógica del binarismo del género. Respecto a la intersexualidad plantean estas investigadoras que, al no

⁹ Hernández Guarache también utiliza las seis categorías de Anne Fausto-Sterling: la Hiperplasia adrenocortical congénita (pseudhermafroditismo femenino); el Síndrome de insensibilidad a los andrógenos (pseudhermafroditismo masculino); la Disgénesis gonadal; las Hipospadias; el Síndrome de Turner y el Síndrome de Klinefelter.

poder clasificar a una persona por la apariencia de su genitalia en ninguna de las categorías para uno de los dos sexos, el discurso médico utiliza la clasificación de "ambigua" y en consecuencia "anormal" lo que plantea la necesidad de la intervención para adaptar el cuerpo. También que la psicología "aborda como una patología la divergencia entre el sexo físico y el género que la persona experimenta" (2011, p. 106). En cuanto al discurso jurídico, según postulan, "el Estado exige una denominación genérica definida e inmutable".

Las disciplinas de la medicina, la psicología y el derecho en su atención de la intersexualidad se constituyen en referencia al modelo de la biología que parte de la existencia de dos sexos, a los cuales corresponden dos géneros (2011, p.108). Este modelo es criticado porque invisibiliza cualquier categorización que se aparte del binomio genérico. Se considera que este modelo es uno heterosexistista que "supone la complementariedad entre ambos sexos" y establece estos "como ley social que proclama una verdad absoluta" que reduce y excluye "otro tipo de identidades, deseos y posibilidades subjetivas". Para Diez y Coullery, las personas intersex "hacen temblar los cimientos del binarismo macho/hembra e instan a repensar la categoría de género".

Para Georgiann Davis (2015), si no fuera porque el comportamiento está restringido por el género y las oportunidades se filtran a través del género; además de que, si no fuera porque el género está atado a los cuerpos y las identidades; la intersexualidad no sería considerada tan problemática como se considera hoy día (2015, p. 7). Plantea que el género es un sistema de estratificación que reside no solamente en los individuos sino en los niveles institucionales y de interacción de la sociedad (gender structure theory) (2015, p. 8).

Araceli González Vázquez (2009) señala que, en torno a la intersexualidad, la literatura académica continúa sin analizar en profundidad las propias prácticas de poder y formas de dominio inherentes a los discursos críticos, subversivos y de-constructores. Para la autora, la "acción política con relación a la Intersexualidad es posible y necesaria, indudablemente, ya sea con la instrumentación de Foucault o Butler, o de cualquiera otra filosofía cuya influencia ... parece aún lejana".

2.2 Efectos de la etiqueta binaria sobre el cuerpo intersex

Catherine Clune-Taylor, en su disertación doctoral de 2016, parte del modelo de tratamiento de la intersexualidad que, desde el 2006, reclasificó las condiciones como desórdenes del desarrollo sexual (DSD) y realiza un análisis crítico de la ciencia, la ética y las políticas que sostienen el tratamiento médico, utilizando el acercamiento de Michel Foucault (Clune-Taylor, C., 2016 cita a Foucault, M., 1990, trad. Hurley, R.). La autora concluye que, después de una década de la adopción del concepto DSD, la normalización quirúrgica de la genitalia de los infantes continúa ocurriendo con la misma frecuencia que antes. También, analiza las razones para esta situación y concluye que son responsables de esto el modelo biomédico en sí mismo junto a la lógica cultural de naturaleza binaria que apela a la patología. Esta utiliza el concepto de función cisgénero, que se refiere comúnmente a una persona cuya identidad de género está alineada al sexo asignado al nacer (Eisner, S., 2013, 17) el cual solamente incluye el binario femenino y masculino. Para Clune-Taylor se continúan realizando operaciones de normalización quirúrgica para asegurar un futuro cisgénero a infantes intersex en el que su sexo corresponda a su futura identidad de género. Clune-Taylor defiende la moratoria de las operaciones a menores intersex que no pueden prestar su consentimiento, además del acceso oportuno a procedimientos médicos para las personas trans e intersex que puedan prestar su consentimiento.

Por otra parte, según señala Michel Foucault, en la historia del estatus que la medicina y el derecho les conferían a las personas hermafroditas, durante siglos, el entendido era que estas personas tenían dos sexos. Durante la Edad Media las normas tanto civiles como canónicas disponían que la clasificación se utilizaba para una persona en la que los dos sexos estaban yuxtapuestos, en proporciones variables. Explica Foucault que le correspondía al padre o al padrino (o al que le diera nombre al menor) determinar, al momento del bautismo, el sexo del menor. Pero, luego, en el umbral de la adultez, las personas hermafroditas podían decidir por sí mismas el sexo, incluso cambiar la designación inicial. El único imperativo, según Foucault, era que debían mantener ese sexo determinado hasta el fin de sus vidas, bajo la amenaza de ser clasificados como sodomitas. Se documenta en los archivos disponibles en Francia de la época de la Edad Media y el Renacimiento que fueron los cambios en la determinación del sexo, no la apariencia o mezcla anatómica de los sexos, lo que generaba la condena de los hermafroditas

(1980, pp. vii- xvii). Foucault atribuye la limitación de la libertad de selección del sexo por las personas a las teorías biológicas de la sexualidad; a la concepción jurídica del individuo y a las formas de control administrativo en las naciones modernas (1980). De ahí que entonces, todo el mundo debía tener su identidad sexual primaria, profunda y determinada. Cualquier elemento del otro sexo solo podía ser considerado accidental, superficial o ilusorio. Esto llevó a que, desde el punto de vista médico, era necesario descifrar el verdadero sexo escondido bajo las apariencias ambiguas (1980, p. viii).

Como explica Foucault, la implicación jurídica de la postura respecto a la identificación del sexo prevaleciente en el siglo dieciocho, fue la desaparición de la libertad de decidir. Dejó de pertenecerle a la persona el derecho a decidir su sexo jurídico o social y se colocó en la persona experta la determinación del sexo que la naturaleza había escogido para la persona y al cual la sociedad debía adherirse consecuentemente (1980, p. ix). Foucault califica de moral el interés social en el diagnóstico médico del verdadero sexo de una persona para evitar, de acuerdo a una visión estereotipada, el comportamiento licencioso que la anatomía ambigua pudiera provocar (1980).

Producto de la corrección del análisis simplista del pasado ocurrida durante los siglos diecinueve y veinte, se elimina la expresión "pseudos" respecto al hermafroditismo. Además, se reconoce, aunque con dificultad, según Foucault, que una persona podría adoptar un sexo distinto a su sexo biológico (1980, p. x). Sin embargo, explica que a pesar de la tolerancia de ciertas prácticas que son contrarias a la ley, prevalece la creencia en el sexo que es el "verdadero sexo". Según sus expresiones, es en el área del sexo en la que deben buscarse las más secretas y profundas verdades de la persona, que es ahí donde mejor se puede descubrir lo que es y lo que lo determina (1980). Para Foucault, el psicoanálisis se ha enraizado en la unión de estas dos ideas, o sea primero que una persona no se puede engañar respecto a su sexo y segundo, que el sexo preserva o contiene la verdad de la persona (1980, p. xi). En su interpretación del texto publicado sobre la historia de Herculine Barbin, su expediente y la obra de Oscar Panizza (*A scandal at the Convent*) incluidos en su libro (1980), Foucault plantea que la identidad de género de una persona debe crearse con independencia de la percepción de las demás personas acerca de cuán apropiado es o no esa identidad. A mi juicio, su postura revela una crítica hacia el psicoanálisis que persigue identificar la identidad de género de la persona sin permitir que sea la propia persona quien la descubra o determine.

Judith Butler, en su libro *Undoing Gender*, plantea que la oposición de las personas intersex a la cirugía de "normalización" de sus cuerpos ofrece una perspectiva crítica de la versión del ser humano que requiere morfologías ideales y la restricción de normas corporales (2004, p. 4). Según Butler, los infantes intersex deben ser considerados como parte del continuo de la morfología humana y ameritan ser tratados con la presunción de que sus vidas son y serán vivibles y florecerán si se les brinda la oportunidad. Butler critica que las normas que gobiernan la anatomía humana ideal sirven para producir un sentido diferenciado de quien es humano y quien no lo es; qué vidas son vivibles y cuáles no lo son (2004). Coincido con esta crítica de Butler.

La intersexualidad al igual que la transexualidad, según Butler, retan el principio de que el dimorfismo (o el binomio femenino/masculino) debe ser establecido y mantenido a toda costa. El activismo intersex trabaja para rectificar la presunción errónea de que cada cuerpo tiene un sexo que es su "verdad" innata que la profesión médica puede discernir e identificar (2004, p. 6). Según explica Butler, en la medida en que el movimiento intersex sostiene que el género debe ser establecido de manera no-coercitiva a través de la auto asignación o auto selección, comparte esta premisa con el activismo transgénero y el transexual (2004). La oposición de la asignación coercitiva del género y el reclamo por mayor autonomía de los movimientos intersex y trans para la autodeterminación del cuerpo, retan las normas previamente establecidas y requiere de un cambio en las instituciones que establecen y mantienen esas normas. El ejercicio de esa agencia de la autodeterminación respecto al cuerpo y al género, según Butler, solo es posible en el mundo social que viabilice su ejercicio (2004, p. 7).

Butler considera de suma importancia que se deje de legislar lo que es vivible solo para algunas vidas y se deje de lado la práctica de utilizar solo las categorías del binomio femenino/masculino como las únicas vidas que son vivibles. De igual modo plantea que una vida para la cual no existan categorías de reconocimiento constituye una restricción que imposibilita vivir y considera que esto no es una opción aceptable. La crítica de las normas aplicables al género, según Butler, debe situarse en el contexto de las vidas según son vividas y deben estar guiadas por

la interrogante de lo que maximiza la posibilidad para una vida vivible y minimiza la posibilidad de una vida insoportable (unbearable) o muerta social o literalmente (2004, p. 8). Para Butler los conceptos de femenino y masculino son variables o alterables; cada cual tiene historias sociales y sus significados cambian radicalmente, dependiendo de las fronteras geopolíticas y las restricciones culturales. El concepto de género, según Butler, está en un constante proceso de reformulación y es a su vez histórico y performativo (2004, p. 10).

La lucha para reformular las normas bajo las cuales los cuerpos son experimentados es considerada crucial por Butler para los movimientos intersex y transgénero porque forzosa-mente cuestionan los ideales impuestos de lo que los cuerpos deben ser (2004, p. 28). Se trata según Butler de desarrollar dentro de la teoría del derecho, de la psiquiatría, de la sociología y la literatura un léxico que legitime la complejidad del género que se ha estado viviendo desde hace mucho tiempo y que no ha sido reconocida por las normas que gobiernan la realidad social (2004, p. 31). Para Butler, el discurso restrictivo sobre el género, que insiste en el binomio hombre/mujer como la manera exclusiva de entender el campo del género, sirve para naturalizar la hegemonía y cierra la posibilidad de imaginar perturbar esa dicotomía (2004, p. 43).

Laura Saldivia propone una perspectiva que se acerque a la sexualidad humana "como un continuo ('continuum') de distintas variantes de sexo/género" (2007, p. 135). Según esta autora, ese continuo debe ser "una permanente variación de alternativas disponibles de sexo/género con las que pueda identificarse la persona" (2007, p. 135). Para esta estudiosa del tema, que se aparta de la idea del continuo de Fausto-Sterling y otras que ubican a los extremos del continuado sexual a las categorías de hombre y mujer, "el continuado sexual no posee límites determinados por dichas categorías duales; no es una línea con extremos discernibles sino que da cabida a todas las expresiones e identificaciones sexuales y de género posibles" (Saldivia, 2012, p. 13).

Para Saldivia esta mirada

rechaza la idea acerca de que existe un vínculo esencial entre el sexo biológico de una persona al nacer y la representación de género de una persona a través de su vida. La sexualidad 'continuada' no coloca a las categorías de hombre y mujer en los extremos del continuado sexual, sino que no tiene límites determinados por dichas categorías duales de género (2012, p. 14).

Como explica Ulises Pineda (2015) "[b]ajo esta mirada, el objetivo consiste en desarrollar la habilidad para pensar fuera de la simplicidad y el reduccionismo que genera la lógica binaria". Pineda también señala que este continuum también se relaciona con la concepción de identidad que tiene Butler, quien hace referencia a "un proceso inacabado, movable y con distintas tensiones a lo largo de nuestras vidas" (2015).

Saldivia también expone que esta concepción de la sexualidad "no es del todo nueva". Señala que para el 1920, el médico Magnus Hirschfeld, fue el primero en afirmar que existían más de dos sexos/géneros y se refería a las variaciones existentes como "intermedios sexuales" con una base biológica que eran el resultado de "anomalías endocrinológicas" (2012, p. 14). Posteriormente, esa idea de intermedios, según señala Saldivia, fue abandonada cuando predominaron las teorías psicoanalíticas que reforzaban las distinciones entre los sexos/géneros (2012, p. 15).

Según Saldivia, bajo la mirada del continuo, "el objetivo consiste en desarrollar la habilidad para pensar fuera de la simplicidad y reduccionismo que genera la lógica binaria" (2015, p.15). Distingue en su escrito que este continuo no debe confundirse con la categoría del tercer género que ha existido en muchas culturas (2015)¹⁰. La idea del tercer género, según explica "no logra capturar en su totalidad la idea de la multiplicidad de la sexualidad humana [...] que implica la noción de que hay tantos tipos de sexualidad como personas dispuestas a imaginárselas, vivirlas y reinventarlas" (2016, p. 16). Claro que hace la excepción de que pudiera entenderse que esa tercera categoría engloba a todas las variaciones de sexo/género fuera del binomio (2016).

¹⁰ Cita por ejemplo, "los aborígenes norteamericanos Berdache o personas de dos espíritus; los Hijras de la India; los Sambian Kwolu-aatmwol de Nueva Guinea; o el caso de varios pueblos de la República Dominicana".

La intersexualidad ha sido objeto de estudio desde el Siglo XVI por juristas y médicos (García León J.E. & García León, D.L., 2017). Para el Siglo XIX, según se ha indicado antes, es que se analizan los estados intersexuales por la medicina (Sánchez, P., 2015). Hay también escritos académicos que analizan el reto que la intersexualidad supone para el modelo binario femenino-masculino de la sociedad y para las concepciones jerarquizadas del género. Por ejemplo, en la tesis doctoral de Karen J. Brown, se identifica el origen de la discriminación del que son objeto las personas intersex por la "venerada creencia" en el sistema binario de sexo (2016). Por ello, no es de extrañar que los médicos hayan intentado erradicar cualquier signo de intersexualidad. Además, plantea esta autora que como los médicos aparentan actuar de buena fe, los sistemas legales no asumen una postura distinta ni se inmiscuyen para retarlos. Citando a Juan Carlos Jorge, Brown categóricamente señala que las sociedades occidentales han requerido que las personas intersex se conformen a un sexo (Brown, K., 2016 y Jorge, J. 2008).

Suzanne Kessler, elabora sobre la construcción social de las personas intersex y documenta entrevistas detalladas con los progenitores de menores intersex junto a las y los médicos que hicieron el diagnóstico y ofrecieron el tratamiento. Kessler demostró con su trabajo que los padres y las madres estaban contentos con que sus hijos o hijas vivieran con genitales atípicos hasta que fueran lo suficientemente mayores para decidir sobre el asunto (1998). En un trabajo anterior con Wendy McKenna, ambas autoras habían criticado la distinción sexo-género con su argumento de que el sexo no existe, sino que lo existe es la construcción social del género. Desde esta perspectiva el género no es una verdad absoluta sino el logro de las acciones que se realizan y la visión de la sociedad sobre estas (Kessler, S. & McKenna, W., 1978). Estudios como el llevado a cabo por Kessler apoyan el cambio en el paradigma de la atención de la intersexualidad para prohibir las cirugías en la genitalia de infantes y menores intersex hasta que puedan participar de la decisión, de ser esa su decisión.

El manejo médico de la intersexualidad evidencia el origen social del género. Las formas en las que la profesión médica decide la categoría en la cual colocará a un menor intersex revelan mucho acerca de cómo la sociedad da por sentados los supuestos sobre la interrelación entre sexo, género y sexualidad y demuestra que la asignación de sexo es siempre un acto social. El manejo médico de la intersexualidad también ilustra el extremo hasta el cual es capaz de llegar la sociedad para lograr la "normalización" y ocultar aquellos cuerpos que retan el binomio femenino/masculino, a través del bisturí del cirujano y de las hormonas del endocrinólogo (Jackson, S., 2000).

Kessler señala que el concepto de genitales ambiguos se utiliza liberalmente, sin ninguna necesidad de definir lo que significa "ambiguos" en el contexto de la intersexualidad. Para esta estudiosa, "la descripción de genitales ambiguos es ambigua" (1998, p. 42-46). Considero esta expresión acerca de la ambigüedad muy importante también para apoyar la posposición de las cirugías. Esta investigadora también cuestiona quién tiene el poder de calificar y señala que los médicos se refieren a las cirugías de reasignación genital como adelantos médicos en cirugía correctiva, a pesar de que algunas personas objeto de estas cirugías se refieren a estas como mutilación genital (1998). Según Kessler, el concepto de mutilación se utiliza en referencia a otras culturas para distanciarse de estas y minusvalorarlas. También señala que la mutilación en una cultura constituye el ritual de otra, por lo que considera que el manejo médico de la intersexualidad convierte las intervenciones quirúrgicas en la genitalia de infantes en un ritual que las protege de ser tipificadas o consideradas como 'mutilación'¹¹. Esta aseveración de la autora parece referirse a la "mutilación genital femenina" que se prohíbe en Estados Unidos¹², aunque hay países del oeste del continente africano en los que se considera un ritual y a la fecha de este trabajo, no tienen legislación que proteja a las niñas y mujeres de esta práctica¹³.

A las decisiones parentales tomadas en el nombre de sus hijos o hijas menores de edad se les concede mucha deferencia para proteger la privacidad de la familia y la autoridad parental (Greenberg, J., 2006). Según explica Julie Greenberg, como norma general los tribunales no intervienen en las decisiones médicas de las y los menores, siempre y cuando tanto los progenitores como las o los médicos estén de acuerdo con el tratamiento. Esto es así, según la autora, porque las instituciones legales asumen que los progenitores tomarán las decisiones

¹¹ Kessler menciona como ejemplo, la terminología que utiliza un profesional médico: para referirse a los genitales antes de la cirugía: deformes; para referirse a la intervención quirúrgica: crear y para referirse a la genitalia post-cirugía: corregidos y normales. A su vez contrasta esta terminología con la de una persona que no es médico, para referirse a los genitales antes de la cirugía: intactos; para referirse a la intervención quirúrgica: destruir y para referirse a la genitalia post-cirugía: dañada y poco natural. (1998, p. 40).

¹² Refiérase a la ley federal de Estados Unidos que tipifica como delito la mutilación genital femenina, 18 U.S.C. § 116, P.L. 104-208, Sept. 30, 1966, 110 STAT. 3009-708, según enmendada.

¹³ Estos países son: Mali, Liberia y Sierra Leone (FGM and the Law around the World, 2019, 19 de junio).

que son en el mejor interés de su prole (FGM and the Law around the World 2019 y Greenberg, 2006). Explica también que, en algunas circunstancias, los tribunales revisan cuidadosamente el consentimiento parental, cuando los progenitores no pueden tomar una decisión basada exclusivamente en el mejor interés de su prole y cuando es severa la potencial gravedad de las consecuencias del tratamiento médico (2016) ¹⁴. Esto, a mi entender justifica que los tribunales participen en los procesos en los que los progenitores van a autorizar cirugías en la genitalia de infantes y menores intersex.

Greenberg plantea que la cirugía de los genitales en infantes intersex tiene el potencial de resultar en una esterilización involuntaria; en una disminución de la capacidad de lograr satisfacción sexual y, a largo plazo, en complicaciones médicas serias. También, que de manera permanente y dramática infringen los derechos de la persona intersex a su integridad corporal y a su auto determinación. Por ello, considera que se dificulta una decisión por parte de los progenitores basada en el mejor interés de su prole a largo plazo. Concluye la autora que, si los tribunales tienen que resolver si los progenitores deben consentir a la alteración quirúrgica de sus hijos, les corresponderá resolver controversias éticas complejas (2006). A pesar de que coincido con estas expresiones de Greenberg, lo cierto es que los tribunales se enfrentan a menudo a controversias muy complejas en el contexto de decisiones de vida o muerte; de privación de la patria potestad o custodia de menores; de casos de impericia médica, entre otros. Visualizo el rol de los tribunales como uno proactivo en el que pueden hacer la diferencia en la protección de los derechos humanos de las personas intersex. Los investigadores Diamond y Garland, han expresado que las cirugías de asignación de sexo y otros tratamientos son cirugías e intervenciones médicas innecesarias que no están sostenidas por la literatura científica (2014). Como tal, en ausencia de una urgencia o emergencia para llevarlas a cabo, proponen una moratoria (2014). Estoy de acuerdo con el planteamiento de estos investigadores que consideran innecesarias estas cirugías.

La "corrección" quirúrgica de menores intersex constituye, según Butler, una desviación de la norma y perturba el proceso regulatorio mismo. En cambio, el argumento que se hace a favor de la cirugía temprana de las o los menores con características sexuales primarias irregulares es que deben ser "corregidos" para encajar en la norma, sentirse más cómodos y alcanzar la normalidad. La cirugía correctiva se lleva a cabo con apoyo parental y en el nombre de la normalización, pero los costos físicos y psíquicos de la cirugía han demostrado ser enormes para las personas que han sido sometidas al cuchillo impuesto por la obsesión con la normalización (2004, p. 53). Butler describe este proceso del cuerpo intersex como los cuerpos producidos al poner en vigor la regulación a través de la imposición de la concepción del género y que son cuerpos con dolor que cargan las marcas de la violencia y del sufrimiento. Según Judith Butler, el ideal de la morfología del género literalmente está inscrito en la piel de la persona intersex (2004). Esta explica, citando a Catherine MacKinnon, que la regulación implícita del género ocurre a través de la regulación explícita de la sexualidad (2004). Butler ve la cirugía "correctiva" de las personas intersex como el castigo social por la transgresión del género, como ocurre con la patologización médica y psiquiátrica y la criminalización en varios países, que incluye a Estados Unidos, de las personas que desafían las nociones de género y el hostigamiento y la violencia contra estas personas (2004, p. 55).

En cuanto a la intersexualidad, Judith Butler plantea que se requiere imaginar un mundo en el cual las personas con atributos genitales mixtos puedan ser aceptadas y queridas sin tratar de transformarlas en una versión de género más socialmente normativa (2004, pp.64-65). Además, que es importante no solo entender cómo los términos del género se instituyen, naturalizan y establecen como presupuestos, sino trazar los momentos en los que el sistema binario de género es debatido y retado; en los que se cuestiona la coherencia de sus categorías y en los que la propia vida social del género resulta ser una maleable y transformable (2004).

Laura Saldivia propone que se elabore "una teoría del derecho que tome como sus sujetos a las personas transgénero o intersexuales" porque hasta ahora considera que son completamente invisibles para el derecho (2012, p. 13). Esto, según Saldivia, implica considerar al ser humano más allá de su sexo/género binario. De hecho, plantea, como primera etapa, el uso de la categoría "otr/os/as", equivalente en el inglés a "other" para dar la visibilidad y, en una etapa posterior o de manera conjunta, el reconocimiento de la superfluidez de los requisitos de identificación como

¹⁴ La autora hace referencia al escrutinio utilizado por los tribunales en casos de la esterilización involuntaria de una persona menor de edad o de un adulto incompetente. Cita los siguientes casos: In the Matter of Romero, 790 P.2d 819 (Colo., 1990); Estate of C.W., 640 A.2d 427 (Pa. Super. 1994); Sentencia No. SU-337/99 y Sentencia No. T-551/99, Corte Constitucional de Colombia. (Greenberg, J., 2006).

hombre o mujer para gozar de los beneficios de instituciones como la adopción, el matrimonio, la seguridad social, entre otras (2012). Reconoce Saldivia, con lo cual coincido, que el único requisito que deben tener estas instituciones debe "ser el de ser seres humanos- sean dos, tres, cuatro". Esto último sería según la estudiosa, otra cuestión a dilucidar (2012).

Estoy de acuerdo con otras propuestas que se ofrecen en el libro *The Legal Status of Intersex Persons* en el que se identifican unas lecciones del desarrollo del estatus jurídico de las personas intersex (Scherpe, Jens M., Dutta, Anatol & Helms, Tobías (eds.), 2018, p. 213). Entre estas se mencionan las siguientes: primero, que sin el activismo persistente no puede lograrse progreso, es importante que se entienda que el concepto de diferencia no equivale a desorden; segundo, que el enfoque de derechos humanos es el que con mayor probabilidad permitirá el progreso en esta área ya que permite separar las controversias jurídicas de la medicalización y patologización; tercero, que debe posponerse el registro del género de las personas recién nacidas o menores hasta que tengan cierta edad en la que se han desarrollado y posean la suficiente madurez para decidir su género.

3. Guía para la atención de controversias sobre la intersexualidad

El modelo de atención médica, dominante, paternalista queda documentado por la revisión de la literatura como el que se continúa utilizando para atender, diagnosticar, clasificar e intervenir con las personas intersex, aún en países en los que se ha adoptado una moratoria a las cirugías en infantes y menores intersex. Ese modelo promueve y perpetúa el uso del binomio femenino/masculino que, a su vez es utilizado por el Estado para clasificar y conformar a las personas a uno de los dos elementos del binomio. Con esto se perpetúa la diferenciación por género, los roles esperados y su lugar en la sociedad. La visión dicotómica de los sexos permea todas las estructuras de la sociedad.

La investigación que sirvió de base para este artículo demuestra que el Derecho colabora o perpetúa un modelo de atención particular de la intersexualidad basado en la dicotomía femenina o masculina; se muestra renuente para reconocer los cambios sociales y tiende a buscar un acomodo que no atente contra lo establecido socialmente, a menos que el cambio se inicie en el propio modelo médico-social. Sin embargo, la jurisprudencia, como la de los casos de la Corte Constitucional de Colombia, puede tener un impacto positivo en la vida de las personas intersex.

Para generar cambios en esta área es importante entender los efectos que para las personas intersex tiene la clasificación binaria; las secuelas y consecuencias de las intervenciones quirúrgicas sobre el cuerpo intersex y la invisibilidad que promueve de la persona intersex cuya existencia solamente es reconocida y permitida con una de las etiquetas binarias. Estas ideas también han sido expuestas por otros autores y autoras citadas en el marco teórico de este trabajo.

Concluyo que el binomio femenino-masculino no es adecuado y no provee las herramientas para atender la intersexualidad ni la diversidad humana. Se hace necesario el reconocimiento de un espectro de posibilidades para todas las personas, sin la limitación que impone el binomio. Puede que se trate de varios géneros, de más de un sexo por persona, de cambios a través de las vidas de las personas o que simplemente se elimine toda clasificación por sexo o género. Una alternativa podría ser que se permita, no solo a las personas intersex, sino a todas las personas, ser parte de una sociedad que no necesite clasificar a sus seres humanos a base de su sexo o sexualidad y que les permita ejercer su derecho a existir sin que el poder del estado intervenga en sus cuerpos o en el imaginario de sus cuerpos sin su consentimiento.

Desde el Derecho se justifica legislar para imponer una moratoria a todas las cirugías reconstructivas o destructivas de sexo en infantes o menores, a menos que sus vidas estén en peligro de muerte o confronten gravedad de su estado de salud. En aquellos casos en que sea necesaria, los tribunales deben intervenir para corroborar que en efecto la cirugía o el tratamiento recomendado responde verdaderamente a una situación de emergencia, no admite posposición y resultará en el mejor bienestar e interés del o de la menor.

Por otra parte, el Estado puede mediante legislación eliminar la clasificación binaria de las personas o proveer alternativas sensibles que no tengan el efecto de crear a su vez otra categoría de clasificación que se utilice para excluir, discriminar y tratar de manera desigual o no equitativa a las personas intersex. La legislación proactiva en protección y reconocimiento de las personas intersex debe constituir un instrumento de cambio social que permita visibilizar a las personas intersex, sin necesidad de intervenir en sus cuerpos sin su consentimiento para clasificarles y reconocerles el derecho a vivir sus vidas de manera digna.

El problema no es la persona intersex sino la limitación del binomio femenino/masculino utilizado para reconocer su existencia, su derecho a una vida digna con todas las protecciones constitucionales y de derechos humanos que tiene. Resulta imperativo atender esta situación y visualizar una sociedad en la que las personas no estén sometidas, clasificadas y limitadas para su propia existencia por un binomio que excluye, discrimina, castiga e invisibiliza a quien se aparte de este. Por ello se requiere formular una perspectiva más amplia de justicia sexual y reproductiva para todas las personas incluyendo a las personas intersex.

Cabe señalar que en muchos países se requerirá no solo una ley especial para atender la situación de las personas intersex, sino que se hará necesario enmendar legislación, reglamentación y documentos en distintas áreas tales como: el registro demográfico de nacimientos y matrimonios; el Código Civil; el proceso para la expedición de pasaportes y de los documentos del estado acreditativos de las personas, como, por ejemplo, las licencias de conducir, las tarjetas de identificación electoral, las tarjetas de identificación del trabajo, entre otras.

Como parte de la investigación también se hizo un análisis de contenido de jurisprudencia seleccionada de los países de Australia, Alemania, Filipinas, Kenia, Colombia, Estados Unidos y Puerto Rico y las conclusiones fueron agrupadas en ocho categorías. De ese análisis surgieron los criterios que deben estar presentes en las decisiones judiciales o administrativas sobre controversias relacionadas a la intersexualidad de manera que se utilice un enfoque de derechos humanos. Estos criterios son parte de la Guía para la Atención de Controversias Relacionadas a la Intersexualidad.

Hay múltiples instancias de cambios en los ordenamientos jurídicos que se han generado a través de las decisiones judiciales. Por ello, considero imprescindible que los tribunales y las autoridades que tengan ante su consideración asuntos, casos o controversias de personas intersex, que al tomar sus decisiones y emitir las órdenes necesarias deben procurar que se adelanten los cambios que se requieren al modelo actual de atención de la intersexualidad. Solo de esta forma se podrían garantizar los derechos humanos de las personas intersex.

A partir de mi análisis de los documentos e informes, de los testimonios de personas intersex estudiados y de la legislación y de la jurisprudencia comparada, recomendamos la aplicación de la perspectiva de derechos humanos para la atención de la situación de las personas intersex. Las cirugías de asignación o resignación de sexo, en muchos de los informes examinados, tipificadas como mutilación (International Intersex Human Rights NGO, 2019), causan daños severos, de por vida, dolor y sufrimiento físico y psicológico. Además, han sido en repetidas instancias reconocidos como tortura, tratamientos innecesarios y prácticas dañinas y violentas. Hay varios tratados internacionales que sirven de marco de referencia para apoyar que los estados o países les pongan fin a las cirugías de asignación o reasignación de sexo en infantes y menores intersex. En el Anejo 1 de este artículo se incluye una tabla que resume tratados, convenciones y documentos de derechos humanos que asisten para la aplicación de la guía.

Los documentos, informes y declaraciones junto a la legislación y la jurisprudencia comparada analizados en mi investigación sirven de fundamento para apoyar los cambios necesarios de manera que se atienda la situación de las personas intersex con una perspectiva de derechos humanos. Independientemente de que en un país no se haya legislado para la protección, inclusión y el trato no discriminatorio y equitativo de las personas intersex, estos instrumentos pueden utilizarse para elaborar legislación y fundamentar la misma. De igual manera, las constituciones más modernas en los países incluyen entre los derechos protegidos y garantizados, la inviolabilidad de la dignidad del ser humano; el derecho a la intimidad; el derecho a la autonomía del cuerpo; el derecho a la protección contra ataques abusivos a la honra, entre otros, que sostienen la protección especial a las personas intersex. Casi todos los estados cuentan también con legislación protectora de las personas menores de edad, que limitan el poder de la patria potestad de los progenitores y permiten el ejercicio del poder de *parens patriae* de los tribunales o las cortes en beneficio de esta población vulnerable.

Para la aplicación de una perspectiva de derechos humanos y de los principios de bioética a las controversias sobre la intersexualidad, a partir de mi investigación preparé la siguiente guía que espero sirva de modelo para atender controversias relacionadas a la intersexualidad.

3.1 Debe ofrecer significado concreto a la intersexualidad

Para que cualquier determinación o decisión respecto a un asunto o controversia ofrezca significado concreto a la intersexualidad debe utilizarse la nomenclatura apropiada. Es decir, deben utilizarse los conceptos de intersexualidad, intersex o persona intersex y no utilizar el concepto de 'hermafroditismo' o 'hermafrodita'. Si se utiliza el concepto de diagnóstico médico de 'desorden o trastorno de desarrollo sexual' o DSD (por sus siglas en inglés), es importante que las decisiones consideren y mencionen la documentación existente sobre el rechazo de las personas intersex y de las organizaciones de activismo intersex de esta clasificación como enfermedad.

Una alternativa que se presenta es el uso del concepto de 'diferencias o variaciones en el desarrollo sexual', que es una forma más compatible con la visión que tienen las personas intersex sobre sus cuerpos. Debe evitarse utilizar solamente el diagnóstico específico de la persona sin hacer referencia a la intersexualidad o que se trata de una persona intersex.

Es recomendable también que se consideren las divergencias de criterio existentes en la práctica de la medicina si el asunto o caso tiene que ver con un tratamiento recomendado a infantes o menores intersex. Además, se deben evitar imponer moldes estrictos para resolver controversias y como parte de los derechos humanos y constitucionales de las personas intersex, reconocer que las personas intersex tienen derecho a la búsqueda de la felicidad y el derecho a la protección de su salud.

Otra forma de ofrecer significados concretos a la intersexualidad en las decisiones judiciales o administrativas es considerar desde una perspectiva amplia la definición de sexo o género, pero sobretudo buscar soluciones que incluyan y no excluyan a las personas intersex. Para ello es conveniente hacer referencia a cómo se ha tratado la situación en otros países y considerar los distintos tratados y convenciones internacionales e informes de violación de derechos humanos.

Es sumamente importante que las y los operadores del sistema de justicia en el contexto de asuntos o casos de demandas por daños y perjuicios presentados por personas intersex, consideren los daños referentes a la falta de congruencia entre el sexo asignado y su posterior identidad de género. Este criterio es uno que no debe faltar junto a los efectos de esterilización que ocasionan las cirugías de reasignación de sexo con remoción de gónadas en infantes y menores intersex.

3.2 No debe reforzar la visión del binomio femenino/masculino

Las y los operadores del sistema de justicia en casos de personas intersex en los que se plantea el problema de la visión binaria del sexo-género que se utiliza de base para las intervenciones en infantes y menores intersex o para excluir a las personas intersex del registro de nacimientos, deben asegurarse de que no refuercen esa visión. Resulta importante utilizar la mirada al derecho comparado sobre las distintas alternativas de inclusión de las personas intersex existentes en otros países.

No debe perpetuarse el fundamentalismo identitario de género. Es importante que en toda determinación sobre las personas intersex se lleve a cabo un análisis crítico del uso del sistema de clasificación binaria y de la injusticia que promueve su imposición sobre los cuerpos de las personas intersex. Tampoco es suficiente con remitir el asunto a la legislatura, porque se trata precisamente del derecho a la personalidad, del derecho a la dignidad, del derecho a la igual protección de las leyes, asuntos que los operadores del sistema de justicia tienen que dilucidar y siempre podrían acudir al derecho internacional, a los principios de bioética y a los principios generales del derecho para ofrecer una mirada no-binaria a la situación. Resulta importante explorar siempre las alternativas de la indefinición o de las opciones no binarias. A pesar de que existen en otros países opciones como dejar en blanco el sexo, utilizar una 'X' o una categoría de 'diverso', 'indeterminado' o 'indefinido', nos parece que la alternativa más compatible con los testimonios de las personas intersex, es el uso de la categoría 'no-binaria' e 'intersex', para ampliar las categorías de género.

Debe fomentarse desde todos los espacios de acción, una sociedad más justa, más democrática, más inclusiva; una democracia más amplia con una profundización de los derechos humanos para evitar la discriminación por razón de la intersexualidad, la discriminación por identidad de género; y para evitar la falta de reconocimiento del derecho a la salud, de la autonomía y la integridad de los cuerpos de las personas menores y mayores de edad intersex.

3.3 Reforzar la práctica no paternalista de la medicina

En las determinaciones o decisiones sobre las personas intersex, particularmente si se refieren a cirugías u operaciones en infantes y menores intersex, es importante que no se refuerce la práctica paternalista de la medicina que ante situaciones de alegada ambigüedad genital recomiendan estas opciones. Si bien es cierto que se debe legislar en los países para prohibir las cirugías en la genitalia de infantes y menores intersex, a menos que sus vidas o su salud estén en peligro, lo cierto es que aún en países con legislación se continúan haciendo estas cirugías. Al tomar en cuenta el efecto devastador de estas cirugías y los tratamientos posteriores que requieren, es importante que se refuerce el acercamiento o la práctica no paternalista de la medicina.

Para atender esto, se debe exigir la aprobación previa por los tribunales de aquellas cirugías u operaciones de la genitalia infantil o de menores para asignar un sexo o género, a pesar de que cuenten con el consentimiento parental. Los tribunales deben considerar la falta de evidencia científica acerca de la efectividad de las operaciones de asignación de sexo y aquella que demuestra que se causa un mal mayor a las personas intersex. El tribunal tiene la alternativa de nombrar un defensor o una defensora judicial para los infantes o menores de manera que pueda protegerse efectivamente los derechos de las personas intersex. Resulta necesario en aras de la protección de infantes y menores intersex, que a menos que se trate de alguna situación en que la vida o la salud de una persona menor de edad intersex esté en peligro, se valide judicialmente la posposición de estas intervenciones hasta que la persona alcance una edad en la que por su capacidad o madurez evolutiva se demuestre que puede participar en la decisión. Otra forma de no reforzar la práctica paternalista de la medicina es que, en la legislación, la reglamentación y en los tribunales se exija a los profesionales de la salud que recomiendan los tratamientos o las cirugías que haya una completa divulgación de los riesgos a corto y largo plazo y las secuelas de sus recomendaciones.

La apertura hacia las clasificaciones no-binarias del sexo o género puedan influenciar para que se elimine la práctica de la asignación de sexo a temprana edad y se concentre más la práctica de la medicina en la provisión de los servicios de salud y atención de las necesidades de infantes y menores intersex. Por ejemplo, en los tribunales se puede utilizar el derecho comparado, particularmente las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, que consideran los cinco (5) años como la edad de umbral para la participación de menores intersex en las decisiones sobre sus cuerpos (Sentencia No. SU-337/99). Esto significa que se debe adoptar la regla de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación de la persona menor de edad intersex y la legitimidad de la intervención parental sobre el consentimiento, o sea que, a mayor edad del hijo o hija, menor debe ser la aceptación del consentimiento parental para tomar decisiones como la de la cirugía de reasignación de sexo y remoción de gónadas de su prole.

Para reforzar una práctica de la medicina no paternalista, toda determinación sobre el manejo de la intersexualidad debe exigir siempre que se presente prueba acerca de la necesidad de cualquier intervención quirúrgica de reasignación de sexo y aquellas que provocarían la esterilización del menor intersex, al igual que las consecuencias, si alguna de posponer estas decisiones médicas. Además, siempre se debe cuestionar si una cirugía o intervención con la genitalia de infantes o menores intersex requerirá de futuras intervenciones, como se ha documentado en la literatura médica y como surge de los testimonios en foros públicos de personas intersex, al igual que en el análisis de los documentos y declaraciones de organismos internacionales, informes de organismos regionales e informes de organizaciones de defensa de los derechos de personas intersex, analizados como parte de la investigación sobre la que se basa este artículo. Siempre puede ser un instrumento que asista en las decisiones que se toman el examen de testimonios de personas intersex que han participado, por ejemplo, en las audiencias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los informes que esta comisión ha publicado que tratan este asunto.

Otra forma para reforzar una práctica no paternalista de la medicina es que los tribunales emitan órdenes protectoras de infantes y menores intersex y órdenes a las agencias gubernamentales para incluirlos en las situaciones en que quedan excluidos. Los tribunales también pueden ordenar que se elaboren protocolos de atención médica, que incluya los exámenes y las pruebas, los tratamientos y las cirugías, entre otras, que cumplan con los estándares o guías internacionalmente aceptadas, como se hizo en Kenia (High Court of Kenya, Petition No. 266 of 2013).

3.4 Visibilizar el cuerpo intersex

En los casos de infantes y menores intersex, los operadores del sistema de justicia deben omitir datos específicos en sus decisiones que puedan identificarlos, más allá de utilizar iniciales para sus nombres y los de sus progenitores. Pueden utilizarse pseudónimos para los hospitales y los nombres de las y los médicos también, de manera que se garantice el anonimato. Sin embargo, esto no significa que los tribunales invisibilicen a las personas intersex. Una forma de visibilizar a las personas intersex es que se resuelvan sus reclamos ante los tribunales y no se desestimen porque no exista una ley o porque no haya un proceso gubernamental que les incluya, como por ejemplo una categoría no-binaria en el Registro Demográfico.

Nunca debe considerarse la falta de expedición de un certificado de nacimiento a una persona intersex como razón válida para negarle sus derechos humanos y sus derechos constitucionales como lo son la dignidad, la personalidad jurídica, la salud y el acceso a los servicios de salud, la autodeterminación de su cuerpo, la igual protección de las leyes, entre otros. Además, si no existen alternativas de clasificación para registrar el sexo de una persona intersex, las agencias administrativas y las y los operadores del sistema de justicia en conjunto deben proveer un remedio. Esta es otra forma de visibilizar el cuerpo intersex.

Otras formas de visibilizar el cuerpo intersex es que en todas las intervenciones con las personas intersex se utilice la nomenclatura correcta y se refieran a la intersexualidad y a la persona como intersex. Como se indicó antes, debe evitarse hacer continuas referencias a la persona en virtud de su diagnóstico particular sin ubicar el mismo dentro del contexto de las variaciones de la intersexualidad.

Quienes intervienen en procesos y determinaciones relacionadas con la intersexualidad pueden contribuir a visibilizar a las personas intersex si en sus decisiones dejan de considerarlas como personas 'enfermas' que necesitan ser 'curadas' y adoptan una visión amplia de la intersexualidad como variaciones de las características sexuales que no en todas las situaciones requieren intervenciones quirúrgicas y tratamientos hormonales en la infancia o niñez. Esto también requiere que se tomen en cuenta la perspectiva de la persona intersex y las decisiones que tienen derecho a tomar sobre sus cuerpos.

Además, las personas intersex se deben reconocer como personas con derecho a ser protegidas dentro de la categoría de prohibición de discriminación por razón de sexo o género, con apoyo de los derechos reconocidos en las constituciones, la legislación especial e instrumentos internacionales. Además, el reconocimiento por los tribunales de las causas de acción por daños a infantes o menores intersex y por las secuelas a largo plazo de las intervenciones innecesarias en sus cuerpos es otra forma de visibilizar el cuerpo intersex. La atención de casos y controversias de las personas intersex ante los tribunales requerirá para visibilizarlas, que las y los operadores del sistema judicial muestren una empatía hacia las personas intersex.

3.5 Respetar la dignidad de la persona intersex

Todas las determinaciones sobre asuntos relacionados con las personas tienen que respetar la dignidad de estas y mostrar ese respeto. Por ejemplo, el reconocimiento del derecho de menores intersex a participar de las decisiones sobre su cuerpo y la forma de facilitar ese derecho es una forma en que los tribunales y otros sectores y personas involucradas pueden mostrar el respeto a su dignidad. La evaluación de las condiciones bajo las cuales y de las justificaciones médicas para la intervención con infantes o menores intersex es otra forma de proteger la dignidad de las personas intersex en las decisiones judiciales. Los tribunales también pueden, en situaciones en el que una persona menor de edad no haya llegado al umbral para participar de las decisiones

sobre su cuerpo, requerir que se demuestre que se está ante situaciones que implican verdaderas emergencias, antes de utilizar el denominado consentimiento sustituto parental. Esto evidenciaría el respeto y la protección de la dignidad de las personas intersex a la que son acreedoras por parte de los tribunales y de los equipos médicos que le brindan servicios de salud.

Todas las entidades del Estado tienen el deber de proteger los derechos humanos, los derechos constitucionales y garantizar la aplicación de los principios de beneficencia y autonomía en los casos de personas intersex, especialmente de infantes y menores. Es importante que se reconozcan y viabilice el ejercicio de los derechos a la dignidad, a la identidad y a la igualdad de las personas intersex. Los tribunales pueden ordenar las pruebas y exámenes que consideren necesarios, así como nombrar los peritos que les asistan en sus decisiones sobre intervenciones en los cuerpos de infantes y menores intersex. Como se indicó en una de las sentencias estudiadas de la Corte Constitucional de Colombia

[e]l sexo de un individuo no determina su condición de ciudadano ni su calidad de ser humano, y no puede de ninguna manera convertirse en criterio excluyente o negatorio de derechos de toda persona y de todo ciudadano, como lo es el derecho a la personalidad jurídica. En otras palabras, desconocer a un intersexual sus derechos por esta razón significaría degradarlo y negar su calidad de ser humano. (Sección 4.5.3 de la Sentencia T-450, 16 de julio de 2013).

Todas las entidades del Estado deben reconocer el derecho de las personas intersex, incluso los menores de edad, a su identidad de género y a que sus documentos acreditativos sean conformes a esa identidad. Esto requiere que los operadores del sistema de justicia entiendan que el derecho a la identidad de género es parte de la dignidad de las personas y que no puede estar sujeta a pruebas externas médicas, psicológicas ni a restricciones legales innecesarias.

El respeto a la dignidad de las personas intersex también requiere de los operadores del sistema de justicia que, cuando se trata de menores de edad intersex, tomen en consideración su capacidad intelectual y se analice su entendimiento de los procesos a los que sería sometido y las consecuencias no intencionales pero resultantes de las cirugías, como podría ser la esterilización y el efecto sobre su sexualidad, además de aplicar el criterio del mejor interés o bienestar del menor. En las decisiones judiciales y administrativas el norte debe ser el respeto a la diversidad y a la forma en que las personas intersex asumen su identidad, por lo que su rol al atender los casos o controversias debe ser uno cuyas decisiones les asistan y faciliten la vida.

El deber de respeto hacia la dignidad de las personas intersex se extiende también a aquellos casos de menores de edad intersex que están bajo la custodia del Estado. En esas situaciones las y los operadores del sistema de justicia deben exigir lo mismo que se exigiría si se tratara del consentimiento parental cuando la persona intersex por ser un infante o una persona menor de edad que no ha llegado al umbral para participar de las decisiones sobre los tratamientos e intervenciones quirúrgicas sobre su cuerpo. La protección de la dignidad de la persona intersex debería incluso ser mayor cuando se trata de una persona menor que está bajo la custodia del Estado y el tribunal debe considerar siempre el nombramiento de una persona independiente como defensora judicial que no trabaje para el gobierno y pueda representar el interés del o de la menor.

3.6 Asegurar que se obtenga el consentimiento de la persona intersex o el consentimiento parental o de quien ostente su custodia

En todos los casos en los que se trate de intervenciones quirúrgicas y tratamientos hormonales de una persona intersex, todas las instancias e instituciones involucradas deben asegurar que en efecto la persona brindó su consentimiento. En los casos de menores de edad, es importante que los tribunales establezcan la edad de umbral que considerarán para que se requiera su consentimiento, además del de sus progenitores. Se ha mencionado antes que los tribunales, en situaciones en que se solicite autorización para intervenciones con infantes o menores de edad intersex, deben evaluar en primer lugar la urgencia de las intervenciones o tratamientos; la disponibilidad de la alternativa de posposición, especialmente en casos de infantes o menores que no han llegado a la edad de umbral para consentir y por todos los efectos inmediatos y futuros, además de otros tratamientos o cirugías que se requerirán en el futuro. Por supuesto que hay situaciones de emergencia o peligro inminente a la vida o a la salud de infantes o menores que no admiten posposición. Sin embargo, los tribunales deben asegurar, en lo posible, que las

personas menores de edad intersex consientan y participen de las decisiones que luego incidirán sobre su identidad de género y su sexualidad.

Entre los casos estudiados, como por ejemplo en Colombia, se ha requerido la intervención del tribunal incluso para la decisión del sexo que se vaya a asignar a un menor para el registro de su nacimiento y las pautas de crianza. En ese caso, por ejemplo, se consideró que la asignación de sexo debía hacerla el equipo médico y que tanto los progenitores, como la persona menor de edad intersex tenían que estar informados sobre el diagnóstico y las mejores opciones de asignación de sexo y que el tribunal siempre estaba disponible en casos de desacuerdos respecto a esto (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-450 A, 2013).

Si se trata de cirugías, aunque se le reconozca la capacidad a la persona menor de edad para consentir o a sus progenitores, los tribunales deben evaluar la decisión para asegurar que sea una decisión en el mejor interés de la persona menor de edad. Cobra particular importancia esta evaluación, en aquellos casos en que los tratamientos o intervenciones quirúrgicas afectarán la capacidad reproductiva futura y la sexualidad, aunque el objetivo no sea la esterilización y este sea un efecto secundario o un resultado inevitable.

Los tribunales deben exigir que la decisión o el consentimiento de los progenitores sea acorde a los intereses superiores del menor para tomar una decisión autónoma sobre la asignación de sexo, aunque no se requiera cirugía. De haber desacuerdo entre los progenitores y el equipo médico, el tribunal siempre puede ordenar una inscripción en el registro sin que se especifique el sexo si con ello puede posponerse cualquier cirugía que no sea urgente, ni se trata de una emergencia. Esto, en lo que se logran cambios en el registro que incluyan el uso de las categorías no binaria e intersex.

3.7 Promover cambios que empoderen a las personas intersex

Toda determinación en la atención de casos o controversias de personas intersex debe procurar que promuevan cambios que las empoderen. Por ejemplo, deben establecerse límites claros y diferentes sobre el consentimiento de las personas menores de edad y sobre el consentimiento de progenitores cuando se trata de la intersexualidad ya que algunos tratamientos e intervenciones quirúrgicas resultan en la pérdida de su capacidad reproductiva y afectan su sexualidad. Por eso, no puede tratarse como otras decisiones que los progenitores toman respecto a tratamientos médicos rutinarios de su prole no intersex menor de edad.

En ausencia de legislación que prohíba las cirugías en infantes o menores intersex y aún en aquellos países que tengan legislación pero que permiten como excepción que se lleven a cabo en situaciones de emergencia, los tribunales deben participar para autorizarlas. Se deben establecer normas claras por los tribunales, en ausencia de legislación, para requerir la participación de menores de edad que han llegado al umbral de edad suficiente para participar de estas decisiones. Un cambio importante que puede empoderar a las personas intersex desde su nacimiento es si se establece una prohibición de las cirugías de asignación o reasignación de sexo con remoción o sin remoción de gónadas en infantes y menores, a menos que se trate de situaciones en que la vida o la salud del menor estén en peligro. En esas situaciones debe exigirse a los tribunales que determinen la urgencia o emergencia que justificaría que se autorice este tipo de intervención o tratamiento. No debe bastar para los tribunales el que los progenitores estén de acuerdo con las intervenciones en el cuerpo intersex de su prole, sino que deben ejercer su función de *parens patriae* y proteger la dignidad, el derecho a la autodeterminación, el derecho a la salud y considerar el mejor interés de la persona menor de edad con toda la información y asistencia de peritos que necesiten.

Es imprescindible que en toda determinación sobre personas intersex menores de edad se tome en consideración que cualquier solicitud, sea una para inscribir a un menor en el registro o para que se cambie el sexo en el registro, hasta una para que se autorice la asignación quirúrgica de sexo a un menor, se le va la vida a la persona intersex que debe ser reconocida conforme a su identidad, aunque esa identidad sea no-binaria. Para empoderar a las personas intersex, todas las y los operadores del sistema de justicia deben reconocer los derechos humanos, los derechos constitucionales y los derechos sexuales y reproductivos de las personas intersex. Otra forma de empoderar a las personas intersex es mediante la emisión de órdenes protectoras por los tribunales, según indicado antes.

3.8 Adelantar cambios al modelo actual

En todas las determinaciones médicas, administrativas y judiciales sobre personas intersex es importante que se procure adelantar cambios al modelo actual de atención a la intersexualidad. El derecho puede cumplir un rol muy importante para lograr los cambios necesarios de manera que las personas intersex puedan gozar de todos los derechos que se reconocen a todas las personas en nuestra sociedad.

Una forma en que los tribunales pueden adelantar cambios al modelo actual es reconocer los problemas constitucionales que están involucrados en las situaciones en las que la 'ambigüedad genital' no provoca ni se relaciona a ninguna dolencia física grave, ni representa un riesgo a la vida o a la salud del infante intersex y que lo que ocurre es que la práctica de la medicina se encamina hacia la remodelación o la reasignación de sexo mediante intervenciones quirúrgicas y hormonales para ajustar esa genitalia al sexo asignado al infante. Esto requiere que el tribunal considere que esos tratamientos son invasivos y extraordinarios y que afectan la identidad sexual y son irreversibles. Además, los tribunales deben tener claro que son distintos a otros tipos de cirugías estéticas, porque esas cirugías de remodelación o asignación de sexo tienen que requerir el consentimiento de la persona intersex y si se trata de un infante o de un menor que no ha alcanzado la edad de umbral para participar de la decisión, deben ser postergadas.

En el análisis de las controversias sobre la intersexualidad, se debe tener claro el choque de los dos principios de bioética que son el de beneficencia y el de autonomía. Esto requiere proteger de manera muy particular a los infantes y menores intersex, incluso de las decisiones de sus progenitores para evitar los daños y efectos a largo plazo de esas intervenciones. Los tres factores que a mi juicio que tienen que ser ponderados son: la edad de la persona menor intersex; la urgencia o emergencia documentada de la necesidad de la intervención y la posibilidad de la posposición de la intervención hasta que la persona pueda consentir. Siempre se debe proveer asistencia de profesionales de la salud a los progenitores para asistirles en la aceptación de la delicada decisión de posponer la asignación quirúrgica de un sexo a su prole.

Estos son algunos ejemplos de acciones que pueden tomar los tribunales en los casos o controversias de infantes o menores intersex en protección de sus derechos y para ayudar a adelantar cambios al modelo actual de atención médica de la intersexualidad.

4. Reflexión final

La investigación que me llevó a preparar la guía que presento en este artículo me ha permitido corroborar que las controversias y el tratamiento de la intersexualidad son compartidas entre las personas intersex de distintos países del mundo, aún aquellos que cuentan con legislación protectora. Sin embargo, por las características propias del tipo de investigación que llevé a cabo, la misma ha generado nuevas interrogantes acerca del reconocimiento de las personas intersex como sujetos de derecho y si las medidas que adoptan los países son realmente suficientes y si están avaladas por las personas a quienes busca proteger (Otón Olivieri, 2022).

Resulta imprescindible que se visibilice la situación de las personas intersex y que se garantice su derecho a la participación en todas las decisiones que se tomen en todos los asuntos que les competen. Considero que toda la sociedad en su conjunto puede aportar a que se reconozcan y hagan realidad los derechos humanos de todas las personas, muy en especial los de las personas intersex.

Las personas intersex son tan sujetos de derecho como lo son todas las personas en su diversidad que caracteriza nuestra sociedad. Confío en que la guía compartida en este artículo y las recomendaciones sustentadas en mi investigación pueda contribuir a los cambios necesarios en la atención de las controversias sobre la intersexualidad para adelantar la agenda de garantía y protección de los derechos humanos para todas las personas.

Anexo 1:

Marco teórico o perspectiva de derechos humanos: Tratados, convenciones y declaraciones para la aplicación de los derechos humanos en el uso de la Guía para atender controversias relacionadas a la intersexualidad

Tratado, convención, declaraciones y otros documentos internacionales	Artículos o secciones relevantes
1. La Declaración Universal de Derechos Humanos: https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights. Esta declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III) como un ideal común para todos los pueblos y naciones. La Declaración establece, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero.	Los Artículos 2 y 7 garantizan el derecho a la no discriminación y a la equidad.
2. La Convención sobre los Derechos del Niño: https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx Fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49 y contiene varios artículos relevantes a menores intersex. Esta Convención impone obligaciones a los países.	El Artículo 2 (1) contiene el respeto hacia los derechos de niños y niñas y la protección contra la discriminación. El Artículo 3 (1) dispone que debe asegurarse que las personas menores de edad sean la consideración primordial en todas las acciones que se tomen. El Artículo 6 (2) procura que los países aseguren el desarrollo de los y las menores y el Artículo 8 (1) impone el respeto al derecho de menores a preservar su identidad. Además, el Artículo 12 (1) exige que se asegure el derecho de la persona menor de edad, que posea la capacidad de formar su propio juicio, que pueda expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que le competen y darles peso a estas de acuerdo a la edad y la madurez. El Artículo 19 requiere que se tomen todas las medidas apropiadas de índole legislativa, administrativa, social y educativas para proteger a las personas menores de todas las formas de violencia física o mental, lesiones o abuso, negligencia o tratamiento negligente, maltrato o explotación. Además, el Artículo 24 (3) requiere que se tomen todas las medidas efectivas y apropiadas para abolir prácticas perjudiciales a la salud de las personas menores y el Artículo 24 (1) reconoce el derecho de las personas menores de disfrutar del nivel más alto alcanzable del estándar de salud.

Tratado, convención, declaraciones y otros documentos internacionales	Artículos o secciones relevantes
3. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf. Este tratado fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.	En el Artículo 2 (2) se garantiza el derecho a no ser objeto de discriminación y el derecho a la equidad.
4. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés): https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx. La CEDAW fue adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).	Garantiza el derecho a no ser objeto de discriminación y el derecho a la equidad.
5. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: https://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf. Este es el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, fue adoptado el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008.	El Artículo 5 (2) incluye la prohibición contra la discriminación y el derecho a la equidad.
6. Observaciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU, por sus siglas en español) sobre la cirugía genital de personas intersex: La ONU ha emitido cuarenta (40) observaciones en torno a la cirugía genital de personas intersex, denominadas como mutilación genital intersex (IGM, por sus siglas en inglés).	En las observaciones de la ONU se exhorta a los países a: i) ponerle fin a la práctica; ii) asegurar que haya reparación e indemnización para las personas afectadas y iii) acceso gratuito a consejería.
7. Los Relatores Especiales de las Naciones Unidas sobre la Tortura (SRT, por sus siglas en inglés): https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf?utm_source=AIC+mailing+list&utm_campaign=0940e5a7fc-0&utm_medium=email.	Párrafos 38, 76, 77 y 88 del Informe del 1 de febrero de 2013: Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Mendez
8. Los Relatores Especiales de las Naciones Unidas sobre la Salud (SRH, por sus siglas en inglés): https://undocs.org/A/70/213.	Párrafos 84 y 112 (m) del Informe A/70/213 del 30 de junio de 2015: Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health

Tratado, convención, declaraciones y otros documentos internacionales	Artículos o secciones relevantes
9. Declaraciones de expertos de las Naciones Unidas y expertos regionales de derechos humanos: https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20739&LangID=E. Refiérase a: Declaración de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas del 24 de octubre de 2016, End violence and harmful medical practices on intersex children and adults, UN and regional experts urge, suscrita por UN Committee against Torture (CAT), UN Committee on the Rights of the Child (CRC), UN Committee on the Rights of People with Disabilities (CRPD); UN Subcommittee on Prevention of Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (SPT) y los Expertos Independientes: Sr. Juan Méndez, Relator Especial sobre la Tortura, Sr. Dainius Pūras, Relator Especial sobre la Salud, Sa. Dubravka Šimonovic, Relatora especial sobre la Violencia contra las Mujeres, Sa. Marta Santos Pais, Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Niñez, African Commission on Human and Peoples' Rights: Commissioner Lawrence Murugu Mute, Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Sr. Nils Muižnieks y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.	En estas declaraciones además de reconocer las intervenciones en menores intersex como violación de derechos humanos, urgen a los estados y países a prohibir las cirugías y procedimientos médicos innecesarios en menores intersex; que se reconozca la autonomía de menores y adultos intersex y sus derechos a la salud, a la integridad física y mental y a vivir una vida libre de violencia, libre de prácticas dañinas y a estar libre de torturas y maltrato, entre otras acciones. El Relator Especial de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes también ha llamado a los Estados a derogar toda legislación que permita tratamientos intrusivos e irreversibles, incluyendo las cirugías de "normalización de genitales", cuando son impuestas o administradas sin el consentimiento libre e informado de la persona involucrada.
10. La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA, por sus siglas en español):	Desde el 2013 ha urgido a los estados miembros a ofrecer una protección adecuada a las personas intersex, así como a implementar políticas y procedimientos, según sea necesario, para garantizar que las prácticas médicas sean consistentes con los estándares aplicables de derechos humanos.

Tratado, convención, declaraciones y otros documentos internacionales	Artículos o secciones relevantes
11. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000142825_spa.page=85 Para octubre de 2005, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, por sus siglas en inglés), adoptó esta declaración. A pesar de que esta declaración no es vinculante, la base universal de derechos humanos que presenta puede ser adoptada por los países. Su texto fue formulado de manera compatible con el derecho internacional y con las legislaciones nacionales que protegen los derechos humanos. En el preámbulo de la declaración se hace referencia a los documentos e instrumentos internacionales que sirvieron de base para su preparación, entre las que se encuentran, la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial (WMA) y las Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Relacionada con la Salud con Seres Humanos del Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas (CIOMS, por sus siglas en inglés). Estos instrumentos han tenido una influencia trascendental en el desarrollo de políticas y protocolos de intervenciones e investigaciones con seres humanos.	En el preámbulo de la declaración se explica que su propósito es presentar los principios universales que proveen una base para la respuesta de la humanidad a los interminables dilemas y controversias que la ciencia y la tecnología presentan. Entre sus objetivos en el Artículo 2, incluyen unos pertinentes a la situación de las personas intersex, estos son: a) proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados en la formulación de legislaciones, políticas u otros instrumentos en el ámbito de la bioética; b) orientar la acción de individuos, grupos, comunidades, instituciones y empresas, públicas y privadas; c) promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos. [...]. En la Resolución de aprobación de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, la UNESCO insta a los Estados Miembros, entre otras a "hacer todo lo posible para adoptar medidas, ya sean de carácter legislativo, administrativo o de otra índole, para poner en práctica los principios enunciados en la Declaración, conforme al derecho internacional relativo a los derechos humanos" y que "esas medidas deberían ser secundadas por otras en los terrenos de la educación, la formación y la información pública". La declaración incluye una serie de principios que se traducen en derechos a ser respetados o en protecciones específicas de los seres humanos en los Artículos 3 al 17. De estos, los más relevantes a la situación de las personas intersex son las protecciones de la dignidad humana y derechos humanos (Art. 3); beneficios y protección contra efectos nocivos (Art. 4); autonomía y responsabilidad individual (Art. 5); consentimiento (Art. 6); personas carentes de capacidad de dar su consentimiento (Art. 7); respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal (Art. 8); privacidad y confidencialidad (Art. 9); igualdad, justicia y equidad (Art. 10); no discriminación y no estigmatización (Art. 11); respeto de la diversidad cultural y del pluralismo (Art. 12); solidaridad y cooperación (Art. 13); responsabilidad social y salud (Art. 14); aprovechamiento compartido de los beneficios (Art. 15) y la protección de las generaciones futuras (Art. 16). En los Artículos 18 al 21 la declaración incluye las pautas para la aplicación de los principios antes mencionados.

Tratado, convención, declaraciones y otros documentos internacionales	Artículos o secciones relevantes
Continuación 11. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos:	Otras secciones de la declaración se refieren a la promoción de esta y en sus disposiciones finales incluye la interrelación y complementariedad de los principios (Art. 26); las limitaciones a la aplicación de los principios (Art. 27) y la salvedad en cuanto a la interpretación: actos que vayan en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana (Art. 28). El consentimiento de la persona a cualquier tratamiento e intervención en su cuerpo está garantizado en el Artículo 6, Inciso 1 de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos que dispone que "[t]oda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno". En el Artículo 7, Inciso (a) se requiere que, de conformidad con la legislación nacional, se conceda "protección especial a las personas que carecen de la capacidad de dar su consentimiento" y que la autorización tanto para las investigaciones como para las prácticas médicas se obtenga "conforme a los intereses de la persona" y de acuerdo con la legislación nacional. Se aclara que, sin embargo, "la persona interesada debería estar asociada en la mayor medida posible al proceso de adopción de la decisión de consentimiento, así como al de su revocación".
12. Los Principios de Yogyakarta más 10: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2022/02/021522-Principios-de-Yogyakarta-mas-10.pdf. Estos principios que complementan los Principios de Yogyakarta del 2006 fueron adoptados el 20 de septiembre de 2017. Los principios del 2006 fueron adoptados por un grupo diverso de expertos y expertas en derechos humanos, incluyendo jueces, académicos, un ex Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, expertos y expertas en derechos humanos independientes, miembros de los órganos de los tratados, organizaciones no gubernamentales, entre otras. Posteriormente, en el 2017 se añadieron diez (10) principios a los originales.	Estos principios guían la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales. Estos principios sirven de guía para atender las situaciones y controversias relacionadas a la intersexualidad y para asegurar el reconocimiento como sujetos de derecho a las personas intersex.

Referencias Bibliográficas

- Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas (2011, 17 de noviembre). Informe A/HRC/19/41, Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/19/41.
- Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas (2015). Informe sobre Orientación Sexual e Identidad de Género.
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (2017, 19 de abril). Resolución A/HRC/35/36. Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/35/36>.
- Baby A (*suing through Mother EA*) & another v. Attorney General & others, High Court of Kenya, Petition No. 266 of 2013, <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/104234/>.
- Berg, B. L., LUNE, H. (2012), Chapter 10 Case Studies in Qualitative Research Methods for the Social Sciences, Pearson.
- Brown, Karen J. (2016). *Intersex, Discrimination and the Healthcare Environment: A critical investigation of current English Law*, London: Thesis submitted in partial fulfillment of the requirements of London Metropolitan University for the award of PhD.
- Butler, Judith (2004), *Undoing Gender*, Routledge: New York.
- Butler, Judith (2006). *Deshacer el Género*, Ediciones Paidós.
- Clune-Taylor, Catherine (2016). *From Intersex Disorders of Sex Development: A Foucauldian Analysis of the Science, Ethics and Politics of the Medical Production of Cisgendered Lives*, Canada: Department of Philosophy, University of Alberta.
- Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (2014). 27/32.
- Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (2016, 30 de junio). Resolución A/HRC/RES/32/2, sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/32/2.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). Informe sobre violencia contra las personas LGBTI en las Américas.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-551/99.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. SU-337/99.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-450 A, del 16 de julio de 2013.
- Davis, Georgiann (2015). *Contesting Intersex: The Dobious Diagnosis*, New York University Press.
- Diamond, Milton & Garland, Jameson (2014). Evidence Regarding Cosmetic and Medically Unnecessary Surgery on Infants, 10 J. of Pediatric Urology , 2-7.
- Diez, Manuelita & Coullery, Yesica María José (2011). *Cuerpos falaces: La intersexualidad entre la psicología, la medicina y el derecho*, III Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología, XVIII Jornadas de Investigación, Séptimo Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, p. 105. Recuperado a través de <http://www.aacademica.com/000-052/23>.
- Eisner, Shiri (2013). *Bi Notes for a Bisexual Revolution*, Seal Press.

- Elders, M. J., Satcher, D. & Carmona, R. (2017, junio). *Re-Thinking Genital Surgeries on Intersex Infants*, Palm Center, <https://www.palmcenter.org/wp-content/uploads/2017/06/Re-Thinking-Genital-Surgeries-1.pdf>.
- Estate of C.W., 640 A.2d 427 (Pa. Super. 1994).
- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) (2015, abril), The fundamental rights situation of intersex people, <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people>.
- Fausto-Sterling, Anne (1993, marzo-abril). The five sexes: Why male and female are not enough, *Science*.
- Fausto-Sterling, Anne (2000). *Sexing The Body*, Basic Books, New York.
- Fausto-Sterling, Anne (2006). *Cuerpos sexuados* (Trad. de Ambrosio García Leal), Melusina, Madrid.
- Fausto-Sterling, Anne (2012). *Sex/Gender Biology in a Social World*, Routledge, Nueva York.
- Feder, Ellen (2009). Imperatives of Normality: From "Intersex" to "Disorders of Sex Development", *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 15 (2), 134.
- FGM and the Law around the World (2019, 19 de junio). *Equality Now*, a través de <https://www.equalitynow.org/the-law-and-fgm>.
- Foucault, Michel (1980). *Herculine Barbin: Being the Recently Discovered Memoirs of a Nineteenth-Century French Hermaphrodite*, Trad. de Richard McDougall, Pantheon Books.
- Foucault, Michel (1990) (Obra original publicada en 1984). *The history of sexuality, volume 2: The use of pleasure*, (Trad. de R. Hurley), New York: Vintage.
- García León J.E. & García León, D.L. (2017). Sujetos intersexuales y matriz heterosexual: Los cuerpos que le importan a la jurisprudencia colombiana: Una lectura queer, 52 *LARR* 124-37.
- González Vázquez, Araceli (2009). *Michel Foucault, Judith Butler y los cuerpos e identidades críticas, subversivas y deconstructivas de la Intersexualidad*, ISEGORIA, Revista de Filosofía Moral y Política 40, 235-244.
- Greenberg, Julie A. (1999). Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision between Law and Biology, 41 *Arizona Law Review* 265.
- Greenberg, Julie A. (2006) *International Legal Developments Protecting the Autonomy Rights of Sexual Minorities: Who Should Decide the Appropriate Treatment for an Intersex Child?*, en S. S. (Ed), *Ethics and Intersex*, Springer, The Netherlands, pp. 87-101.
- Greenberg, Julie A. (2012). *Intersexuality and the Law: Why Sex Matters*, NYU Press.
- Guarache Hernández, Violeta (2009). Intersexualidad y Prácticas Científicas: ¿Ciencia o Ficción?, *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 8 (1), 89-102.
- Hernández Sampieri, R., Collado, C. F. & Baptista Lucio, M.D. (2014), *Metodología de la Investigación*, McGraw-Hill Education, 6ta. ed.; Creswell, J. W. (2014), *Research Design*, Sage.
- Hughes, Ieuan (2018). *Biology of Fetal Sex Development* en Jens M. Sharpe, Anatol Duffa y Tobias Helms (eds.) *The Legal Status of Intersex Persons*. Interseptia, Cambridge, United Kingdom.
- Illich, Iván (2006). *Némesis Médica*, en *Obras Reunidas*, Vol. I, Fondo de Cultura Económica, México.
- In the Matter of Romero, 790 P.2d 819 (Colo., 1990).

- International Intersex Human Rights NGO (2019), *Intersex Genital Mutilations Human Rights Violations of Children with Variations of Reproductive Anatomy: NGO Report to the 3rd to 6th Report of Malta on the Convention on the Rights of the Child (CRC)* 2, a través de: <https://intersex.shadowreport.org/public/2019-CRC-Malta-NGO-Zwischengeschlecht-Intersex-IGM.pdf>.
- Jackson, S. (2000). *Gendering the genitals*. <http://www.troubleandstrife.org/articles/issu-41/gendering-the-genitals/>.
- Jens M. Sharpe, Anatol Duffa y Tobias Helms (eds.) (2018). *The Legal Status of Intersex Persons*. Interseptia, Cambridge, United Kingdom
- Jorge, Juan Carlos (2008). Male Gender Identity in an XX Individual with Congenital Adrenal Hyperplasia, 5 J. Sex Med 12.
- Kessler, Suzanne J. & McKenna, Wendy (1978). *Gender: An Ethnomethodological Approach*.
- Kessler, Suzanne J. (1998), *Lessons From The Intersexed*, Rutgers University Press.
- Lee, P. A., Houk, C. P., Ahmed, F. S. & Hughes, I. A. (2006, Agosto), *Consensus statement on management of intersex disorders*, Pediatrics, 118 (2).
- Lee, P. A., Houk, C. P. et al. (2006, agosto). *Consensus Statement on Management of Intersex*, Pediatrics, Volume 118, Number 2, a través de http://www.medecine.ups-tlse.fr/desc/fichiers/Ambiguite_sexuelle.pdf.
- Ley federal de Estados Unidos, Strengthening the Opposition to Female Genital Mutilation Act of 2020, (Stop FGM Act, HR 6100), January 5, 2021, 18 U.S.C. § 116, P.L. 116-309.
- NYE, Jennifer L. (1998). The gender box, 13 Berkeley Women's L.J. 226, 229.
- Organization Intersex, International Australia Limited (OII) (2017, 10 de marzo), *Darlington Statement*. Recuperado a través de <https://oii.org.au/darlington-statement>.
- Otón Olivieri, Patricia (2022, mayo 17). *Intersexualidad: hacia una perspectiva de derechos humanos* [Tesis de Doctorado en Ciencias Jurídicas (J.S.D.)], Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, San Juan.
- Otón Olivieri, Patricia, (2022). Intersexualidad: limitaciones del binomio femenino-masculino desde el análisis comparado de legislación, 56 REV. JUR. UIPR.
- Pineda, Ulises (2015, 21 de enero), *Repensando la construcción binaria de la sexualidad humana*, Sociedad Unidiversidad, a través de <http://www.unidiversidad.com.ar/repensando-la-construccion-binaria-de-la-sexualidad-humana>.
- Saldivia, Laura (2007, septiembre). *Sin Etiquetas*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, a través de https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica10.pdf.
- Saldivia, Laura (2012). *Reexaminando la construcción binaria de la sexualidad*, a través de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina34131.pdf>.
- Salter, M., y Mason, J., (2007), *Writing Law Dissertations: An Introduction and Guide To the Conduct of Legal Research*, Pearson Education Limited.
- Sánchez, P. (2015). *Herculine Barbin, un hermafrodita descrito por Michel Foucault*, 6 RIDE.
- Scherpe, Jens M. (2018). *Lessons from the legal development of the legal status of transsexual and transgender persons*, en *The Legal Status Of Intersex Persons*, Scherpe, Jens M., Dutta, Anatol & Helms, Tobías (eds.), Intersentia.
- Vicente, Esther (2017). *Más allá de la ley: Sexo, género y violencia en las relaciones de pareja*, Editorial Interjuris, San Juan.

Las secuelas perniciosas del embarazo forzado en las niñas menores de 14 años ante la inobservancia del principio de interés superior de las niñas en Guatemala

Autoras

Mayra Yojana Véliz López^{**}

María del Rosario Velásquez Juárez^{***}

RESUMEN

Desde la observancia del principio rector del Interés Superior de la Niñez, que señala que todas las decisiones que social, jurídica y familiarmente se tomen deben estar orientadas a garantizar el pleno bienestar y ejercicio de los derechos de la niña, niño y adolescencia, el Estado está obligado a velar porque las niñas no sean forzadas a un embarazo con secuelas perniciosas.

En Guatemala, las niñas menores de 14 años viven violencia sexual, lo que les obliga a enfrentar un embarazo forzado que afecta su vida, su salud y su proyecto de vida, acciones que suceden cotidianamente ante la inacción del Estado de atender a este grupo en situación de vulnerabilidad.

Para el desarrollo de este artículo se estimó el contexto en que se desenvuelven los derechos de las niñas y el impacto legal para reconocer y respetar sus derechos; las dimensiones estructurales y legales que no están respondiendo a la realidad social y legal que asumen las niñas forzadas a ser madres. Se resalta la cultura enraizada en nuestra sociedad patriarcal en donde se considera y se refuerza que las mujeres deben asumir la maternidad como un rol propio de ser mujer y que se impone con rigidez.

PALABRAS CLAVE:

DERECHOS HUMANOS, INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, MATERNIDAD FORZADA, OBLIGACIONES DEL ESTADO, INTERSECCIONALIDAD.

Cómo citar este artículo

Véliz López, Mayra Yojana y Velásquez Juárez, María del Rosario (2022). Las secuelas perniciosas del embarazo forzado en las niñas menores de 14 años ante la inobservancia del principio de interés superior de las niñas en Guatemala. *REV. IGAL*, I (1), 105-120.

^{**} Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, con los títulos profesionales de Abogada y Notaria por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Maestra en Derecho Notarial y con estudios completos en la Maestría en Derechos de las mujeres, género y acceso a la Justicia. Aspirante a doctoranda en Ciencias Penales, elaborando la tesis titulada: Análisis comparado de la legislación a la protección de la mujer en Guatemala, España, México, Bolivia, Argentina, Perú, Colombia y Brasil. Ha sido docente desde 2005 en área de posgrado en las Universidad Mariano Gálvez de Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, Universidad Regional y Universidad Nacional Autónoma de Honduras.

^{***} Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria, Maestra en derechos humanos y doctora en Derecho, por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Docente en la Escuela de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, en la Maestría en derechos humanos y Maestría en Derechos de las mujeres, género y Acceso a la Justicia.

ABSTRACT

The observance of the guiding principle of the Best Interests of the Child establishes that all social-ly, legally and family related decisions must be oriented to secure the full well-being and exercise of the rights of the girl, boy and adolescent, requires the State to guarantee that young girls are not forced to unwanted pregnancies, an experience that will cause dangerous aftereffects.

In Guatemala, girls under 14 experience sexual violence, this obligates them to deal with a forced pregnancy, which affects their life, health and life project. These actions happen daily with an absence of action of the State to attend this group living in a situation of vulnerability.

For the development of this article, consideration was given to the context in which the rights of girls are developed and the structural and legal dimensions that are not responding to the social and legal reality that girls forced to become mothers have to assume. It showcases the culture rooted in our patriarchal society which considers and reinforces the belief that women must assume motherhood and is rigidly imposed.

KEYWORDS:

HUMAN RIGHTS, BEST INTEREST OF THE CHILD, FORCED PREGNANCY, STATE OBLIGATIONS, INTER-SECTIONALITY.

1. Justificación

Se ha dicho que el siglo XX es el siglo del reconocimiento de los derechos humanos, muestra de ello es que a mediados de dicho siglo, finalizada la segunda guerra mundial (1948), los Estados miembros de las Naciones Unidas, proclaman la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con ello inician cambios sustanciales en favor de los derechos humanos, que van desde "positivizar los derechos en los textos constitucionales, a la internacionalización de estos derechos y a la especificación de los mismos..." (Martínez, 1995). Entre estos se considera los derechos de la niñez y adolescencia. Bajo este proceso de los derechos humanos, también se crean órganos de control en el ámbito regional y universal de protecciones especiales, uno de ellos es la Convención de los Derechos de niños, niñas y adolescentes, aprobada el 20 de noviembre de 1989.

Guatemala suscribió la Convención el 26 de enero de 1990 y la aprobó por medio del Congreso de la República, el 10 de mayo del mismo año (Organismo Legislativo, 2015). Esta aprobación se realiza mediante el Decreto de ratificación número 27-90 en la fecha señalada y es sancionada por el Presidente de la República el 15 de mayo del mismo año, es decir que a menos de 6 meses que la Asamblea General de las Naciones Unidas la adoptara, el Estado ya la había aprobado, "convirtiéndose en el sexto país en el mundo en ratificarla" (Coordinadora Institucional de Promoción por los Derechos de la Niñez [CIPRODENI], 2019, p. 14).

Es importante resaltar que el contexto político del país propició este avance y celeridad, pues era el primer gobierno de corte democrático, electo en un proceso electoral a cargo de magistrados idóneos e incuestionables éticamente, en la que no existió la sombra del fraude y en abierto respeto a los Derechos Humanos, ello luego de dos décadas de gobiernos militares en un clima de irrespeto a los fundamentales derechos de la ciudadanía. Sin embargo, no es hasta 13 años después que se toman acciones legislativas para la efectiva protección de las niñas, niños y adolescentes.

Son varios los instrumentos de protección internacional en el sistema universal que reconocen la necesidad de que a la niña y al niño se le debe de proporcionar una protección especial¹. También a nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 19 garantiza que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1969) reflejando una obligación tripartita, que requiere que el Estado ante la dificultad de protección familiar, asuma una serie de deberes frente a la problemática de derechos de la niñez para garantizar el libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna por

¹Entre ellas se cuenta con la Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño de 1924, la Declaración de los derechos del Niño (1959), Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos (en particular los artículos 23 y 24), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos de los órganos especializados y de las organizaciones internacionales que atienden el bienestar de las niñas y niños.

cualquier condición social. Sin embargo, la violencia sexual es una situación que está latente cuando se es mujer, y que marca el desarrollo de la vida desde niña hasta la adultez.

Los datos estadísticos reflejan una realidad de desprotección, en particular la situación sobre la violencia, violencia sexual y marginación que padecen las niñas, teniendo consecuencias irreparables de forma directa que se agrava con un embarazo forzado, particularmente en las niñas entre 10 y 14 años. Ello revela el incumplimiento de las obligaciones del Estado, siendo estas, las líneas de interés del presente trabajo.

Por otra parte, la Organización Mundial de la Salud –OMS– define la violencia sexual como:

todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y lugar de trabajo. (OMS, 2011).

La violencia sexual, implica el uso de la fuerza física, la coerción o la intimidación psicológica para hacer que una persona lleve a cabo un acto u otros comportamientos sexuales indeseados.

En el año 2009, Guatemala reformó el Código Penal, atendiendo lo relativo a la violencia sexual y tipificando desde una visión de derechos humanos que violación se le atribuye a:

Quien con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal, vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirse a sí misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años. Siempre que se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aún cuando no medie violencia física o psicológica (Organismo Legislativo, 2009).

Aunado a lo que se comprende y regula como violencia sexual, vemos que la comprensión del término embarazo forzado, como lo entiende el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF– y describe la Fundación Marie Stopes de México, es un evento que le:

ocurre a niñas y adolescentes (especialmente menores de 15 años de edad) sin haberlo buscado o deseado pues en la mayoría de los casos son ultrajadas sexualmente, engañadas, amenazadas y amagadas para tener relaciones sexuales e incluso, muchas de ellas son prostituidas. Un embarazo forzado ocurre y se mantiene contra la voluntad de las niñas y, en consecuencia, presenta mayores riesgos de salud, desarrollo, puesto que se suman los riesgos derivados del impacto emocional de la violencia, la culpabilidad, el silencio, la falta de contención y de apoyo por parte de sus padres y familiares (Camacho, G. 2021).

Ante estos fenómenos sociales, se cuenta con una normativa que regula el delito de violación, en el que se introduce, al sistema de la pena señalada en dicha norma, el aumento en dos terceras partes cuando acontecen circunstancias tales como "cuando se cometa en contra de una mujer en estado de embarazo o cuando se produzca dicho estado como consecuencia del delito" y "cuando el autor fuere pariente de la víctima, o responsable de su educación, guarda, custodia, cuidado, tutela, o sea el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente de la víctima o de uno de sus parientes dentro de los grados de Ley" (Organismo Legislativo, 2009) y otras circunstancias específicas que pueden ocurrir cuando se agrede sexualmente a una niña y las penaliza con una tercera parte adicional.

En conclusión, si en la violación suceden las circunstancias de las dos normas citadas, la pena para el agresor se aumentará en tres terceras partes.

Estas normas responden a una política criminal en el eje de sanción, sin embargo, en estos casos es prioritario el eje de prevención de los actos de violencia sexual que afectan a las niñas menores de catorce años, lo que a la luz de los datos estadísticos que se presentan no está ocurriendo.

Es así que a partir de estos marcos normativos y de salud, Guatemala presenta una situación alarmante dentro de los países de la región, con una cultura normalizadora de niñas madres, que refuerza la violencia sexual y la imposición de un embarazo forzado, que limita el desarrollo integral de las niñas y su proyecto de vida, sin contar con una protección reforzada por parte del Estado pues no existen acciones directas de prevención y de políticas públicas integrales que garanticen el principio del interés superior de la niña reconocido en la normativa

nacional e internacional. Fernández Revoredo (2013) lo enmarca "como un criterio de ponderación de derechos, que debe de realizarse cuando nos encontramos en un conflicto", además de no tener presente acciones no solo normativas, sino sociales y estructurales que atiendan este problema y a las niñas como sujetas de protección. La inactividad por parte del Estado en poner en marcha políticas de prevención de la violencia en contra de las niñas menores de 14 años solo refleja la indolencia ante dichos actos.

En la legislación penal guatemalteca históricamente patriarcal, androcéntrica y misógina, se las criminaliza y castiga con pena de prisión, si interrumpen el embarazo producto de la violación sexual sometiéndolas a un proceso penal por el delito de aborto². Con ello se evidencia que lejos de que el Derecho promueva una protección a las niñas menores de 14 años, ante las múltiples situaciones de violencia a las que se enfrentan cotidianamente, vuelca todo el aparato estatal en su contra, sin tener en cuenta el hecho del que ha sido víctima.

2. Contexto histórico de Guatemala frente a los derechos humanos de las niñas

El respeto por los derechos humanos en Guatemala ha sido una preocupación histórica dada la incipiente democracia³ que en los últimos diez años ha ido en acelerante retroceso, más aún cuando se trata de los grupos en condiciones de vulnerabilidad entre los que se encuentran las niñas, las mujeres, las personas adultas mayores, entre otros.

El contexto de la niñez guatemalteca siempre ha sido alarmante por la inacción del Estado en la atención de derechos fundamentales tales como: la salud, la educación, la recreación, la seguridad. Es por lo que varios estudios han calificado que ser niña o niño en Guatemala es una condición de alto riesgo (Alfaro, A., 2022).

También un estudio de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales -FLACSO- Guatemala (2019) señala que en las cifras de suicidios se puede identificar como causas indirectas de mortalidad materna, la salud mental ocasionada por abuso o violencia por razón de género.

Asimismo el Observatorio de los Derechos de la Niñez, citado por el programa BBC News Mundo en octubre del 2020, en su estudio denominado "Guatemala, el país centroamericano donde 14 niñas quedan embarazadas todos los días" (Wallace, A.), señala que al menos 5.133 niñas de entre 10 y 14 años resultaron embarazadas en el 2019, lo que refleja un promedio de 14 al día, embarazos que indudablemente están relacionados con la violencia sexual, explotación y trata de personas, conducta que a pesar de estar tipificada como violación. Datos similares reportan tanto el Observatorio en Salud Sexual y Reproductiva -OSAR- como la Coordinadora Institucional de Promoción por los Derechos de la Niñez -CIPRODENI-, instituciones que mantienen una atención específica en esta área.

La violencia sexual, la maternidad forzada, la poca o nula cobertura de atención integral por parte del Estado y las entidades responsables de esta protección conllevan al crecimiento de problemas sociales, estructurales y legales, ya que de cada tres niñas o adolescentes que son abusadas o violadas, una niña resulta embarazada.

En los últimos años, esta situación ha empeorado a raíz de la pandemia, elevando el subregistro dado el temor de las víctimas:

El registro estadístico de delitos sexuales reportados permite obtener un panorama de la magnitud de la violencia sexual en el país y deseo de los agraviados de que los agresores sexuales sean sancionados, tomando en cuenta que en estos casos ha existido un proceso de denuncia; sin embargo, se debe tener claro que, ante esta estadística, aún persiste un subregistro de casos no reportados (Secretaría Contra La Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas [SVET], 2020).

² El código Penal vigente desde 1973, sanciona el aborto de la siguiente manera: "Aborto procurado ARTÍCULO 134.- La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será sancionada con prisión de uno a tres años. Si lo hiciere impulsada por motivos que, ligados íntimamente a su estado, le produzcan indudable alteración síquica, la sanción será de seis meses a dos años de prisión." Y también el Aborto con o sin consentimiento. ARTÍCULO 135.- Quien, de propósito causare un aborto, será sancionado: 1º. Con prisión de uno a tres años, si la mujer lo consintiere. 2º. Con prisión de tres a seis años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Si se hubiere empleado violencia, amenaza o engaño, la pena será de cuatro a ocho años de prisión.

³ Iniciada en 1985 con las primeras elecciones libres, transparentes y democráticas, luego de décadas de gobiernos militares y de facto.

Recientemente, la Procuraduría de los Derechos Humanos emitió un Manual de formación en derechos sexuales y reproductivos y el mismo, a pedido de organizaciones auto denominadas "PRO-VIDA", fue declarado inconstitucional, lo que no permitió a nivel nacional la educación en derechos sexuales y reproductivos de manera integral.

Finalmente, podemos considerar que la legislación guatemalteca no contempla aún la interrupción del embarazo en estos casos, en virtud que el sistema y la cultura patriarcal no han permitido cambios legislativos, sino al contrario han intentado iniciativas en contra del aborto, resultando inciertas las modificaciones legislativas, educativas y de cualquier otro orden. Todo lo anterior contextualiza la situación de los Derechos Humanos de las niñas y que este sistema se ha mostrado conservador y excluyente, manteniendo el control para no promover los cambios tanto en el orden legislativo como en políticas públicas, para cumplir finalmente con el principio del interés superior de la niña.

3. El embarazo en las niñas entre 10 y 14 años

El Organismo Legislativo, en el año 2003, aprobó el Decreto número 27-2003, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que tiene como objetivos principales la integración familiar, promoción social para lograr el desarrollo integral de la niñez y adolescencia en el marco del respeto de los derechos humanos.

A pesar de que esta normativa fue producto de la Convención sobre los derechos de la niñez, que regula que siendo sujetos de derechos se les permita ser actores de su desarrollo y demanda educar a la niñez y adolescencia bajo los principios de dignidad, libertad, igualdad, tolerancia y paz, el Estado de Guatemala no ha logrado cumplir con acciones concretas que permitan que niñas y niños vivan una vida plena para su desarrollo integral.

Esta situación pone en condición de vulnerabilidad a las niñas, reflejándose en varios indicadores. En el presente artículo, nos enfocaremos en el de la pobreza por considerar que dicha situación es la que genera múltiples factores sociales que afectan la situación de violencia sexual que enfrentan las niñas.

Respecto a este indicador de pobreza se observa, en primer término, el informe "Guatemala en cifras" del Banco de Guatemala de 2017, el que señala que "según el Instituto Nacional de Estadística para el año 2018 se proyecta[ba] que se contar[ía] con 995,991 niñas entre 10 a 14 años." En tanto el informe de 2021 de la misma entidad señala que conforme el censo de población realizado en el año 2018 por el Instituto Nacional de Estadística -INE-, se proyectaba que la población de "niñas entre 10 y 14 años para el 2020 sería de 875,615 niñas." Cuantitativa y proporcionalmente es evidente la diferencia, sin embargo, es de hacer notar que es una población significativamente numerosa y que el Estado está obligado a atender conforme a criterios de interseccionalidad.

En cambio, el censo de población realizado en 2018 únicamente se refiere de forma general a la población de 0 a 14 años señalando que era de 4,972,725, sin desagregar por rango quinquenal de edad y sexo.

Por el contrario, el censo de población realizado en el año 2002 por el INE sí realiza este desagregado. En el indicador de grupo de población por edad se indica que "la población del país está constituida significativamente por niños (as) y jóvenes. En el censo de 2002, 4 de cada 10 personas son menores de 15 años de edad" (INE, 2003).

En el resultado numérico del total de 11,237,196 censadas, 4,750,021 son personas menores de 14 años, lo que equivale al 42.3% y las niñas de 10 a 14 años, representan la mitad del 42.3% de la población.

Ahora bien, el informe del Banco de Guatemala de 2017 clasifica entre los indicadores sociales, los relativos a la pobreza y pobreza extrema, e indica que de un total de 16,548,168 millones de habitantes, el 23.36% se encuentra en pobreza extrema y el 35.93% en pobreza, lo que hace un total de 59.29% de personas pobres, deduciendo que la situación de pobreza en que se vive, se convierte en un factor determinante para la reproducción de todo tipo de violencia.

Por otro lado, en el mes de febrero de 2019, el Observatorio de la Violencia de la Asociación Civil Diálogos, publicó un informe sobre la violencia homicida. Allí destaca al Departamento de Guatemala como el departamento más violento, seguido del departamento de Zacapa e Izabal resaltando que:

En el departamento de Guatemala, respecto a los últimos doce meses, la tasa interanual ha tenido un cambio de -19.3% (-21.9% en hombres y -5.7% en mujeres). A la fecha de cierre de este informe, la tasa interanual departamental para ambos sexos fue de 41.6 homicidios por cada cien mil habitantes, para hombres fue de 68.8 homicidios por cada cien mil hombres y para mujeres de 15.6 homicidios por cada cien mil mujeres (2019, p. 4)

Por otra parte, en el departamento de Alta Verapaz, el informe señala:

respecto a los últimos 12 meses, la tasa interanual ha tenido un cambio de +26.9% (+31.8% en hombres y -3.1% en mujeres). A la fecha de cierre de este informe, la tasa interanual departamental para ambos sexos fue de 6.8 homicidios por cada cien mil habitantes, para hombres fue de 12.3 homicidios por cada cien mil hombres y para mujeres de 1.4 homicidios por cada cien mil mujeres (2019, p. 11)

En el departamento de Izabal, respecto a los últimos 12 meses:

la tasa interanual ha tenido un cambio de -0.9% (-4.4% en hombres y +25.7% en mujeres). A la fecha de cierre de este informe, la tasa interanual departamental para ambos sexos fue de 42.8 homicidios por cada cien mil habitantes, para hombres fue de 73.8 homicidios por cada cien mil hombres y para mujeres de 12.5 homicidios por cada cien mil mujeres... Estimando que para los últimos 12 meses, se refleja un 127.8% la tasa interanual de muertes violentas de mujeres" (2019, p. 12)

Conforme a esta información, la violencia en general y particularmente en contra de las mujeres, es un fenómeno que va en aumento, haciéndose más compleja en las áreas marginales y rurales donde regularmente los hogares están conformados por más de tres hijos/as y con hacinamiento dentro de las viviendas dado el nivel de pobreza. Esta situación conlleva a que la violencia sexual en contra de las niñas se convierta en un problema multifactorial tales como: familias numerosas, hacinamiento, machismo, falta de oportunidades para las niñas, con el agravante que no se les reconoce como sujetas de derechos sino como objetos sexuales. Estos factores han provocado que cada año se vayan incrementando los embarazos en niñas de 10 a 14 años.

Si bien es cierto que el Estado de Guatemala fue el sexto país en el mundo en aprobar la Convención sobre los derechos del niño, niña y adolescente, también es cierto que postergó por 13 años hacer las reformas legislativas y más de 30 años han pasado sin que exista voluntad para adoptar políticas públicas generales o específicas que hagan realidad uno de los cuatro principios rectores de la Convención a la cual se obligó cumplir, es decir, el interés superior de la niña. Esto es palpable en los reportes técnicos del Observatorio de Salud Sexual y reproductiva -OSAR-, entre 2018 y 2019, en los que se presenta un aumento de 1,765 embarazos. Sin embargo, en 2020 y 2021 registra un descenso. En este resultado se debe tomar en cuenta los efectos provocados por la pandemia del SARS-CoV-2 que confinó totalmente a la población guatemalteca por siete meses, de marzo a agosto, y los siguientes incluyendo el año 2021 fueron de actividades parciales, lo que impidió el desplazamiento entre poblados para obtener información y para presentar denuncias. Las instituciones de Justicia denotan una atención bastante baja lo que agravó esta problemática provocando dos factores: primero de emergencia propios del virus, el sector de salud pública estuvo enfocado en atender a las personas infectadas y segundo las niñas confinadas en sus hogares con el agresor evitaba que su situación estuviera visible ante la comunidad. Esto ha tenido un gran impacto en la falta de datos reales que redundan en el aparente descenso de la violencia sexual en contra de las niñas.

Lo contrario sucedió en 2022, año que señala un alarmante número de casos de embarazos en los primeros cinco meses, tal como se presentan a continuación:

AÑO	Cantidad de embarazos de niñas entre 10 y 14 años
2018	4,624
2019	5,133
2020	4,814
2021	2,124
Enero a Mayo de 2022	899

Fuente: Elaboración propia con datos del OSAR

Es importante acotar que en el año 2020 y 2021 se reportan embarazos de adolescentes, entre las edades de 15 a 19 años, que ascienden a 100,023 y 97,478, respectivamente, lo cual representa una alarmante situación para las niñas y adolescentes y aunque ese grupo etario no está siendo analizado al momento, es necesario visibilizar que, aún en esas edades se está construyendo el proyecto de vida y estos eventos de violencia lo truncan y las induce a afrontar contextos de incertidumbre, desamor, angustia, frustración, entre otros.

Al contrastar la información relacionada con el registro de nacimientos, en el monitoreo que OSAR realiza en el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, este reporta los siguientes datos:

Años	Registro de nacimientos de madres entre 10 y 14 años
2018	2,256
2019	2,344
2020	1626
2021	2,041
2022 (enero de junio)	1,106

Fuente: elaboración propia con datos del OSAR

Es necesario resaltar que existen diferencias marcadas de la cantidad de niñas entre 10 y 14 años embarazadas en cada año a partir de 2018 y la cantidad de nacimientos reportados con excepción de 2021 cuyos datos son similares.

Como arriba se apuntó, entre los registros publicados por OSAR Guatemala, durante el período de enero a junio de 2022 se reflejan datos de nacimiento de hijos/as de madres adolescentes entre 10 y 19 años, de los cuales 1,106 corresponden a niñas de 10 a 14 años.

El Estado no cuenta con ninguna plataforma pública que registre estos daños, lo cual confirma que lo regulado en la Ley de Protección Integral de la Niñez y adolescencia⁴ se constituye en una norma vigente, pero que no es positiva y que su inobservancia trastoca la vida de las niñas al tolerar la violencia sexual en su contra y forzarlas a un embarazo.

Además, a la fecha se desconoce si reciben atención psicológica, si continúan en la escuela, si cuentan con una asignación económica por parte del Estado para la subsistencia de ella y su hijo/a, cómo fue la experiencia del embarazo y parto, y cuántas de estas niñas viven unidas con el violador como una imposición tanto cultural, social y hasta por disposición judicial, que refuerza la cultura patriarcal y androcéntrica. Estas situaciones deben ser atendidas por parte del Estado para dar una respuesta integral a la situación de pobreza y vulnerabilidad tanto de las niñas como de sus hijos e hijas por medio del programa VIDA del Ministerio de Desarrollo Social de Guatemala -MIDESGT-⁵ con la finalidad de reconstruir sus vidas. Sin embargo, se limitan a otorgar un beneficio económico y de enero a agosto de 2022 han beneficiado a 164 niñas (Larios, B., 2021)

La Secretaría contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas ha estado abordando la problemática en coordinación interinstitucional con la finalidad de unificar registros, crear rutas de atención, diseñar campañas de sensibilización para la prevención. Sin embargo, estas siguen siendo acciones aisladas que no han tenido impacto positivo en la vida de las niñas y de sus hijos e hijas, ya que no existe una política pública que esté encaminada a la atención directa e integral de las situaciones por las que atraviesan las niñas.

⁴ El tercer considerando señala: "CONSIDERANDO: Que es necesario promover el desarrollo integral de la niñez y adolescencia guatemalteca, especialmente de aquellos con sus necesidades parciales o totalmente insatisfechas, así como adecuar nuestra realidad jurídica al desarrollo de la doctrina y normativa internacional sobre la materia." Además el artículo 5 establece el "Interés de la niñez y la familia. El interés superior del niño es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de la edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta Ley..."

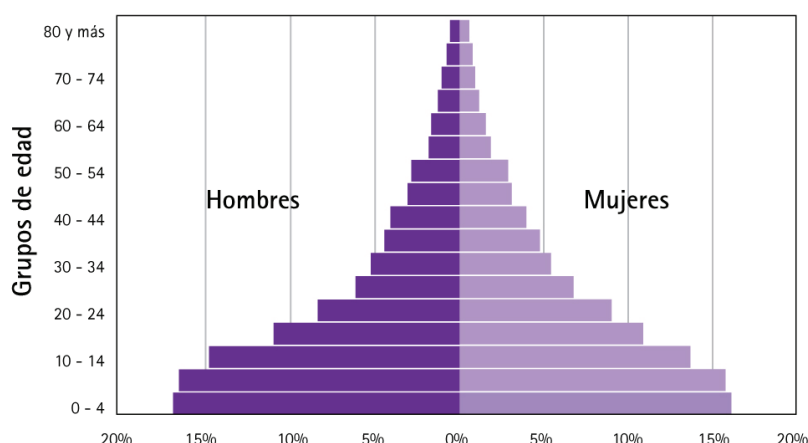
⁵ Breve descripción del Programa VIDA: "El programa Vida fue creado el 21 de agosto de 2017, bajo acuerdo ministerial DS-68-2017, con el nombre Niñas y Adolescentes Embarazadas o Madres Víctimas de Violencia Sexual Menores de 14 años cuyos casos han sido judicializados. El objetivo es mejorar la condición de vida de las beneficiarias del programa, mediante una acción coordinada con los ministerios de Salud y de Educación, la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio Público y la Secretaría contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas."

4. Desafíos ante la interseccionalidad

La interseccionalidad comprendida como la acumulación de múltiples discriminaciones en algunas personas por su edad, sexo, origen étnico, discapacidad, entre otros, que las coloca en una condición de vulnerabilidad y de desigualdad, razón por la cual merece un enfoque holístico en beneficio de las niñas.

También el origen étnico se refleja en los resultados del censo de población y vivienda realizado en 2002 y se revela que la población de 0 a 14 años en el área rural es el 46.8% y en el área urbana es del 38.0%, las niñas en el área rural representan un poco más del 15% como se aprecia en la siguiente gráfica:

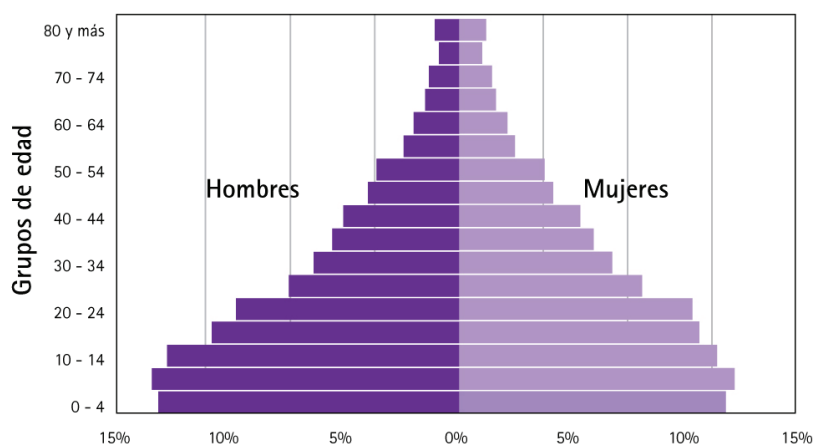
Gráfico 11. Distribución porcentual de la población rural por sexo, según grupos quinquenales de edad. Censo 2002.



Fuente: gráfica tomada del informe del censo de 2002 del Instituto Nacional de Estadística

Y en el área urbana las niñas entre 10 y 14 años representan un poco más del 10% de la población, conforme la siguiente gráfica:

Gráfico 10. Distribución porcentual de la población urbana por sexo, según grupos quinquenales de edad. Censo 2002.



Fuente: gráfica tomada del informe del censo de 2002 del Instituto Nacional de Estadística

La condición etaria, en sí misma las coloca en una situación de máxima vulnerabilidad, el ser mujeres las sitúa en el lado de la discriminación histórica por el hecho de serlo y en el orden patriarcal y machista, las continúa ubicando socialmente como objetos sexuales.

Conforme los datos reflejados por el censo de población y vivienda de 2002, en Guatemala el 41% de la población es indígena y de ese total el 68.3% vive en área rural y el 31.7% en área urbana. Sin embargo, el censo no desagrega por sexo y edad la cantidad de niñas, niños y adolescentes que conforman ese 41% de la población indígena.

El informe de UNICEF "¡Mírame! Soy indígena y también soy Guatemala" señala que en 2016 en Guatemala había alrededor de 16 millones de habitantes, de los cuales 7 millones son menores de 18 años es decir el 43.3% (2017). Evidencia los departamentos y el porcentaje en donde hay niñez indígena y, aunque el informe no lo refleja, entre ellos están las niñas que igualmente padecen violencia sexual y viven un embarazo forzado. En cuanto a la asistencia escolar, el censo refleja que de la población de 7 años y más, uno de cada 3 niños/as asisten a la escuela y es mayor la asistencia de hombres que de mujeres.

Estos datos nos confirman que las niñas entre 10 y 14 años viven diversas condiciones que las colocan en una desventajosa situación de vulnerabilidad ante la violencia sexual, tales como: ser mujer, su corta edad que no les permite tener el pleno desarrollo cognitivo y volitivo, la pertenencia a un grupo étnico discriminado, la falta de escolaridad y condición de pobreza.

Para resumir, podemos decir que el Estado debe alejarse de las políticas públicas lineales y plantearse la política con enfoque interseccional para poder cumplir su función constitucional y atender integralmente a las niñas ante los abusos de violencia sexual y la maternidad forzada de que son víctimas. Cada caso es distinto de acuerdo a esas múltiples discriminaciones a las que se mantienen sometidas las niñas que por ser pobres, indígenas, sin instrucción, vivir en hacinamiento, van engrosando la compleja atención necesaria para tratar de reestablecer el proyecto de vida. A esta protección también debe sumarse el sistema de justicia en su función de investigar y sancionar adecuadamente los hechos de violencia sexual en niñas y adolescentes, pues ello promoverá la prevención general positiva.

5. El impacto legal para reconocer, garantizar y respetar derechos

Desde el componente legal, vemos que Guatemala ha asumido una serie de acciones de orden legislativo que se valoran en respuesta al marco convencional ratificado y la normativa nacional. La Constitución Política de la República, en los artículos 4º y 47 reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación así como la protección a la familia, éste último expresando que "el Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos" (1985).

Si bien no regula expresamente los derechos sexuales y reproductivos como derechos fundamentales, sí establece la ley Constitucional que, aunque no figuren expresamente en ella, los derechos y garantías no enumerados, son inherentes a la persona humana⁶. Esto ha llevado a que en las últimas décadas se hayan producido logros importantes en la normativa sobre la salud de las mujeres que pasamos a comentar:

5.1. Código de Salud (Decreto número 90-97)

Este Código desarrolla lo referente a la salud de la Familia de la siguiente manera:

El Estado, en cumplimiento de su obligación de velar por la salud de los habitantes y manteniendo los principios de equidad, solidaridad y subsidiaridad, desarrollará por medio del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y en coordinación con las instituciones estatales centralizadas, descentralizadas y autónomas, comunidades organizadas y privadas, acciones de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, así como las complementarias pertinentes, a fin de procurar a los guatemaltecos el más completo bienestar físico, mental y social. Asimismo, el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social garantizará la prestación de servicios gratuitos a aquellas personas y sus familias, cuyo ingreso personal no les permita costear parte o la totalidad de los servicios de salud prestados."(Organismo Legislativo, 2001)

⁶ Constitución Política de la República de Guatemala, que establece como principio general que en materia de Derechos Humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

5.2. Código Civil (Decreto Ley 106, data de 1964)

Esta normativa ordinaria ha sido objeto de reformas recientes en lo relativo al matrimonio por razón de la edad, estableció como aptitud para contraer matrimonio la edad de 18 años, anteriormente las niñas podían contraer matrimonio a partir de los 14 años de edad.

5.3. Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer (Decreto número 7-99)

El objetivo de esta ley es la participación y divulgación de los derechos humanos de las mujeres en las esferas social, económica, política y en la defensa de la dignidad de las personas, por lo que el Estado debe desarrollar acciones y mecanismos para lograr la participación y representación política de las mujeres y eliminar la discriminación.

5.4. Ley de Desarrollo Social (Decreto número 42-2001)

Por medio de esta ley se crea un marco jurídico que permite implementar procedimientos para la promoción, planificación, coordinación, ejecución y seguimiento, entre otros, de las acciones que el Estado realiza para el desarrollo de la persona, de manera integral y familiar, haciendo énfasis en las personas en condiciones de vulnerabilidad y se desarrolla lo concerniente al Programa de Salud Reproductiva, educación, entre otros. (Organismo Legislativo, 1997)

5.5 Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (Decreto número 27-2003)

Esta ley es el precepto especializado en materia de niñez y adolescencia como ya se mencionó anteriormente. Pretende la integración familiar y la promoción social con la finalidad de lograr el desarrollo integral de la niñez y juventud. Se fundamenta en el principio del interés superior del niño y la niña el cual debe de ser aplicado en todas las decisiones que se adopten cuando de una niña o niño se trate, por lo que en ningún caso podrán disminuirse, tergiversarse o restringirse los derechos y garantías establecidos en el ordenamiento jurídico a favor de la niñez.

5.6. Ley de Acceso Universal y Servicios Equitativos de Planificación Familiar y su Reglamento (Decreto número 87-2005)

Esta disposición legal es de las más avanzadas respecto a los derechos sexuales y reproductivos, ya que garantiza y mantiene los métodos modernos de planificación familiar, define estrategias operativas para garantizar la oferta de servicios principalmente en las áreas de difícil acceso y donde no existen establecimientos tradicionales de salud.

5.7. Ley Contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la Mujer (Decreto número 22-2008)

Esta es una normativa especializada, con enfoque de derechos y de género, por primera vez tipifica la muerte de las mujeres basada en odio, desprecio, subestimación por el hecho de serlo y misoginia como Femicidio y la cataloga como expresión máxima de la violencia en contra de las mujeres.

Además regula las diferentes formas de violencia, teniendo como una de sus finalidades reducir la impunidad en los hechos de violencia contra la mujer. Esta normativa estableció que los delitos tipificados en la misma son de acción pública, por lo que el Estado debe perseguirlos de oficio lo que implica que debe proceder aun cuando no medie denuncia.

5.8. Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas (Decreto número 9-2009)

Esta normativa es la última en su género y establece que la explotación sexual contra niños, niñas y adolescentes es uno de los actos criminales más difíciles e invisibilizados, por lo que se legisló lo referente a la violencia sexual reformando el Código Penal, expresando que se comete el delito de violación siempre que la víctima sea una persona menor de 14 años de edad o cuando tenga incapacidad volitiva o cognitiva, aun no mediando violencia física o psicológica.

En suma, ante este componente normativo podríamos plantearnos que la legislación guatemalteca específica considera niña o niño a toda persona desde su nacimiento hasta que cumple 13 años, y al adolescente desde los 13 años hasta que cumple los 18 años. Alrededor de esta consideración legal existe una normativa de protección diferenciada que repercute en las proyecciones de vida, y pretende atender los fenómenos sociales más difíciles y complejos que amerita respeto por parte del Estado guatemalteco.

Finalmente, ser niña o niño en Guatemala genera varias deficiencias tales como el no tener garantizado y respetado el acceso a la educación, a una vivienda digna, a vivir libre de violencia, a garantizar su interés superior, a la vida, a su integridad, a la alimentación, pero las niñas tienen mayores obstáculos por el hecho de ser mujer, uno de ellos que es el que puntualmente tratamos en este trabajo, los embarazos.

Las cifras antes registradas nos señalan que en Guatemala, para la mayoría de las niñas menores de 14 años, a pesar de existir una normativa que en apariencia les da protección, enfrentan una realidad diferente. Las niñas experimentan la primera relación sexual entre los 12 y 14 años equivalente a un 13% (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014), mientras que en términos generales la edad promedio para iniciar una vida sexual es a los 17 años. Ello implica que cuando una niña menor de 14 años está embarazada, cabe concluir que se trata de una maternidad forzada⁷.

6. Daños Colaterales

Lo anterior nos lleva a plantear que el sistema patriarcal está presente con mayor incidencia en la vida sexual de las niñas y las mujeres. La mayoría de estas niñas viven en hogares familiares (74%) (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014) y solo un 25.7% en hogares monoparentales, es decir, únicamente con la madre.

Podemos concluir que uno de los mayores problemas que registran los derechos humanos de la niñez, son los embarazos y partos de niñas menores de 14 años, que van en aumento. Ello no obstante que en el año 2009 la nueva normativa penal estableció que siempre se considera cometido el delito de violación cuando la víctima sea una persona menor de 14 años de edad, o cuando tenga incapacidad volitiva o cognitiva aunque no medie violencia física o psicológica (Organismo Legislativo, 2009) y también reguló agravantes específicos con aumento de la pena de 12 a 20 años cuando concurren circunstancias como el embarazo⁸, entre otros factores, la dureza de las penas no ha sido un disuasivo y se observa en los registros estadísticos que los embarazos y partos de niñas menores de 14 años, van en aumento.

6.1. Derecho a una identidad

Conforme a los embarazos reportados de 2018 a 2021 y que se mencionan con anterioridad, únicamente se inscribieron 2,256; 2,344; 1,626; 2,041 respectivamente. Esto conlleva que al no registrar los nacimientos de sus hijas/os, los derechos de los niños/as tales como el derecho a un nombre y a la identidad se vulneran con graves consecuencias para los nacidos, extremo que también libera de responsabilidades legales al victimario.

Esta vulneración de derechos finalmente repercute en las niñas madres y sus hijas e hijos afectando su desarrollo y otros derechos tales como: la libertad, dignidad, interés superior del niño al ser víctimas de agresiones sexuales, embarazos no deseados, que el Estado sistemáticamente violenta al reforzar la naturalización de la maternidad con la tolerancia de la sociedad y la familia.

En este aspecto, conforme entrevista realizada al Observatorio de Salud Sexual y Reproductiva -OSAR-, a través de un medio periodístico, se informó que: los embarazos en niñas de entre 10 y 19 años pasaron de 92,266 en el 2017 a 116,773 en el 2018, una diferencia de 24,507; sin embargo, las cifras reportadas no coinciden con el registro de nacimiento de niños de madres en esas edades (...) (Ola, A.L., 2019).

⁷ Osar plantea que cuando una niña menor de 14 años está embarazada, se agravan y perpetúan los ciclos de violencia y exclusión por género, edad, etnia, condición socioeconómica, adicional a los que las niñas se enfrentan. Datos de esta organización registró que en el año 2012 reportan 3100 embarazos en niñas de 10 a 14 años, 2013:4,220 partos, 2014: 5,100; 2015 en los primeros 8 meses 2,953.

⁸ En el año 2017 reportaron 1,488 casos de niñas embarazadas menores de 14 años y en el 2018 2,153, teniendo un incremento de 665 casos. Este incremento se registro en Guatemala, Totonicapán y Escuintla.

Las razones de por qué no están registrados pueden ser varias, entre ellas que las niñas madres esperan tener más de 14 años para que los registren o bien los inscriben a nombre de la mamá de la niña embarazada o de otro familiar (Lemus Toledo, E., en Ola, A.L. 2019).

6.2. Deserción Escolar

Las niñas menores de 14 años embarazadas se retiran o las retiran sus familiares del proceso de formación básica, a pesar de que la Ley de Desarrollo Social, Decreto número 42-2001 establece que no debe de expulsarse ni limitarse el acceso a los programas de educación formal a las adolescentes embarazadas. Sin embargo, los prejuicios sociales que conlleva una maternidad cuando se es niña, predominan vulnerando un derecho fundamental y con ello reduciendo sus posibilidades de un proyecto de vida fructífero e independiente.

6.3. Trabajo forzado.

Las niñas embarazadas enfrentan una serie de dificultades dramáticas como es el rechazo no solo de la comunidad donde viven, sino el rechazo de la familia, lo que las lleva a trasladarse a vivir en otros espacios donde deben de ganarse la vida, trabajando para sobrevivir ella y su hijo o hija en condiciones de explotación y marginación.

6.4. Infecciones de transmisión sexual –ITS–

Si bien todas las violaciones que se den contra la niñez afectan su desarrollo, la salud de las niñas embarazadas es aún más crítica, ya que trascienden la dimensión de la salud de ellas, planteándose los embarazos no deseados, aborto en condiciones de riesgo y las infecciones de transmisión sexual⁹.

En nuestro país existen varios casos, en los que las niñas como consecuencia de relaciones violentas, ya sea por contacto vaginal, oral o anal han sido infectadas por no tener protección. De igual manera lo adquieren por medio de personas infectadas al compartir agujas contaminadas o bien de una niña embarazada al feto durante el embarazo. También por medio de la lactancia o durante el parto, reportándose con frecuencia casos de niñas con gonorrea, tricomoniasis, herpes genital, sífilis, virus del papiloma humano y el VIH entre otras (Anziolotti, 2022).

Aunado a esta problemática, la maternidad en niñas menores de 14 años conlleva una serie de problemas en su salud integral, como por ejemplo infecciones urinarias, partos prematuros, preeclampsia, hemorragias, complicaciones en el parto, anemia, depresión, alcoholismo hasta llegar al suicidio (Quiñonez, 2021).

7. Las dimensiones estructurales y culturales respecto al embarazo en niñas menores de 14 años

La maternidad temprana provoca varios componentes que atender, como el legal, estructural y cultural. El OSAR expresa, respecto al embarazo, que conlleva a que la familia, la comunidad y las autoridades legitiman las uniones tempranas, la mayoría de estas niñas viven en la casa del perpetrador del abuso, enfrentándose a un nuevo entorno de abuso y violencia, pasando así las niñas del control de su familia al control del conviviente y su familia (OSAR, 2019), estos contextos de embarazos no deseados pueden llevarlas a la muerte.

Estructuralmente la respuesta a este fenómeno por parte de las entidades responsables ha sido "escasa", ya que si bien la normativa penal ha tipificado esta conducta como violación sexual (Art. 173) y como agravante el embarazo como resultado de la violación (Art. 174), la respuesta a la denuncia de casos por violación sexual ha sido limitada y en todo caso se reduce a la persecución penal, carente de atención integral, es decir atención en salud, educación, otros aspectos legales y familiares, que les permita crear un proyecto de vida que reduzca el impacto que conlleva una vida transformada negativamente. Para atender este problema integralmente deben incorporarse instituciones de los sectores de justicia, salud, educación, la Secretaría contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, organizaciones de derechos humanos, académicas, Proyecto VIDA del Ministerio de Desarrollo Social, entre otras, Debe reconocerse

⁹ En la Plataforma para la Acción Beijing 1995, se plantea el concepto de salud reproductiva, abordando el tema de los embarazos no deseados, donde se plantea que en estos casos se debería de tener un acceso a una información veraz, asesoramiento comprensivo y donde se permite conforme a la ley estos deben ser en condiciones de seguridad.

que los índices de embarazos en niñas van en aumento y con ello las formas más deleznable de opresión, y que ante una actitud de omisión y de neutralidad se genera la violencia estructural frente a derechos fundamentales que se deben respetar y garantizar.

Los embarazos de niñas menores de 14 años, son un fenómeno con un fuerte componente cultural, con patrones patriarcales, cultura conservadora y permisiva, escasa educación sobre qué son los derechos sexuales y reproductivos y poco acceso a la justicia.

El sistema patriarcal está presente en este fenómeno de los embarazos en niñas menores de 14 años, toda vez que la mayoría de sus agresores son hombres adultos, que el sistema de justicia no les presenta una reparación digna y transformadora, sino que más bien las culpabiliza y por ello deben asumir responsabilidades de adultas.

En materia educativa sobre sus derechos sexuales y reproductivos el Estado ha sido firme en negarles dicha educación, lo cual se evidenció en el caso de inconstitucionalidad planteado contra el Procurador de Derechos Humanos por la emisión del Manual sobre Derechos Sexuales y Reproductivos y Atención de Embarazos en Niñas y Adolescentes publicado en el año 2015. En ese caso se adujo que el mismo Manual promovía el aborto, por lo que la Corte Suprema de Justicia lo declaró inconstitucional y con ello le negó a las niñas, niños y adolescentes el derecho a la educación sexual como una herramienta de prevención. Un Estado que constitucionalmente es laico debió haber asumido el Manual como propio ya que la educación es un derecho humano que debe impartirse de manera laica, científica y sin discriminación.

Culturalmente, el Estado, la sociedad, las comunidades y las familias, al conocer que una niña está embarazada la estigmatizan, a pesar de que las propias víctimas expresan la forma violenta en que resultaron embarazadas y en su mayoría sin tener conocimiento de lo que les está sucediendo, pero lo que sí conocen es que no se sienten capaces de criar un niño o niña, así como el impacto emocional que causa en su salud mental, física y social, sin posibilidad de interrumpir ese embarazo.

El machismo se manifiesta en los embarazos de niñas al inculcar la idea de que son ellas las que estimulan a que los hombres principalmente mayores (padre, hermano, vecino, amigo, novio, tío, entre otros) tengan relaciones sexuales con ellas y que como consecuencia, son embarazadas. Ello ha sido admitido socialmente y el sistema patriarcal plantea que este fenómeno se ha dado por generaciones, convirtiéndose en un fenómeno cíclico, donde abuelas, madres, hermanas y tías han vivido esta experiencia que presumen la han superado, ya que el embarazo es natural y forma parte del ciclo de vida de una mujer, no importando la edad.

Asimismo, los entes responsables le dan un tratamiento que refuerza la naturalización de embarazo de las niñas, brindándoles un tratamiento como adultas, pero tratándolas sin capacidad de autonomía y decisión. Organizaciones de derechos humanos han documentado casos sobre el trato brindado a las niñas embarazadas, los cuales reflejan violaciones a la vida, tratos crueles e inhumanos, prohibición a la interrupción del embarazo, violencia obstétrica¹⁰, y un inexistente servicio de salud que garantice que no habrá consecuencias físicas, mentales, emocionales y sociales en sus vidas.

En este sentido es importante reafirmar que el comportamiento violento hacia las mujeres, las niñas y adolescentes no debe asociarse a una situación natural, hereditaria y menos a una necesidad biológica o fisiológica de los hombres. Esta violencia tiene varios orígenes, pero principalmente la actitud sociocultural que ha logrado durante muchos siglos que a las mujeres y a las niñas se les considere como elementos de posesión y no como personas sujetas de derechos. El Estado y la sociedad no deben seguir reforzando el sistema patriarcal que utiliza diversas formas de opresión para mantener en condición de vulnerabilidad a mujeres y niñas, limitándoles derechos y reforzando roles de cuidado doméstico y familiar, que no les permiten lograr sus anhelos de desarrollo.

Este aspecto reafirma lo expresado en el estudio "Niñas madre, Embarazo y maternidad infantil forzada en América Latina y el Caribe", del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres -CLADEM- que en la conclusión 14 señaló:

Obligar a una niña que no ha terminado de crecer a llevar a término un embarazo, ser madre y criar a un bebé debe ser considerado tortura o trato cruel, inhumano y degradante, según los casos, en los términos de la Convención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (2016, p. 9).

¹⁰ Son actitudes que las culpan de la situación en que se encuentran y frecuentes chequeos médicos sin visión étnica y Derechos Humanos, entre otros.

8. Reflexión final

A manera de reflexión, podemos decir que los embarazos en niñas menores de 14 años son embarazos no deseados, alejados de una decisión libre, consentida e informada por lo que este fenómeno debe verse y atenderse en sus causas principalmente estructurales y culturales, para lo cual podemos mencionar algunas como: el estatismo y neutralidad del Estado para asumir estrategias de información y formación sobre la problemática, principalmente en la niñez y adolescencia sobre el conocimiento de los derechos sexuales y reproductivos; la pobreza imperante en el país donde las mujeres y las niñas son las más vulnerables; el limitado acceso a los servicios de salud; la carencia de información sobre los métodos anticonceptivos, la falta de acciones y políticas públicas concretas que conlleven a socializar que el cuerpo y los derechos a la dignidad, la libertad y la intimidad de las mujeres y de las niñas debe de respetarse.

Referencias Bibliográficas

- Alfaro, A. (2022, 11 de abril). *RUDA mujeres-terrotorio*. Recuperado de: <https://rudagt.org/ninas-y-ninos-estan-en-riesgo-en-guatemala/>.
- Anzilotti, A. W. (2022). *Infecciones de transmision sexual, embarazo y lactancia materna*. Recuperado de: <https://kidshealth.org/es/teens/std.html>.
- Camacho, G., a través de Fundación Marie Stopes México (2021, 21 de enero). *Qué es un embarazo forzado*. Recuperado de: <https://mariestopes.org.mx/que-es-un-embarazo-forzado/>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2014). *Informe anual de la situacion de Derechos Humanos*. Guatemala: Produraduría de los Derechos Humanos.
- Comité de Latinoamérica y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer [CLADEM] (2016). *Niñas Madres. Embarazo y maternidad infantil forzada en America Latina y el Caribe*. Guatemala: CLADEM. Recuperado de: <https://cladem.org/wp-content/uploads/2018/11/nin%CC%83as-madres-balance-regional.pdf>.
- Constitucion Política de la República de Guatemala (1985, 30 de mayo).
- Coordinadora Institucional de Promoción por los Derechos de la Niñez [CIPRODENI] (2019). *30 años de la Convencion de los Derechos del niño*. Guatemala: Save the Children. Recuperado en: <https://www.ciprodeni.org/wp-content/uploads/2019/11/Bolet%C3%ADnEspecialODNCDN30.pdf>.
- Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Guatemala [FLACSO] (2019), *Vidas robadas, una tragedia de la que no se habla*. Guatemala: Flacso Guatemala. Recuperado de: <https://www.ninasnomadres.org/alza-la-voz/wp-content/uploads/2020/07/FLACSO-Vidas-silenciadas.pdf>.
- Fernández Revoredo, M. (2013). *Manual de Derecho de Familia, Constitucionalización y diversidad familiar*. Lima: Pontifica Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [UNICEF] (2017, 07 de octubre). *Mirame Soy indigena y tambien soy Guatemala*. Recuperado de: <https://www.unicef.org/guatemala/historias/>.
- Larios, B. (2021, 23 de agosto). *Mides apoya a 164 niñas víctimas de violencia sexual*. Recuperado de: <https://agn.gt/mides-apoya-a-164-ninas-y-adolescentes-victimas-de-violencia-sexual/>.
- Martínez, G. P.B. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU] (1989, 20 de noviembre). *Convención de los Derechos del Niño*.
- Organización de los Estados Americanos [OEA] (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.
- Organización Mundial de la Salud [OMS] (2011). *Violencia contra la mujer: violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer*. Nota descriptiva N°. 239. Actualización de septiembre de 2011. Ginebra.
- Organismo Legislativo (1997, 02 de octubre). *Código de Salud*.
- Organismo Legislativo (2001, 26 de septiembre). *Ley de Desarrollo Social*.

- Organismo Legislativo (2009, 18 de febrero). Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas.
- Organismo Legislativo (2015, 01 de septiembre). Ley de Protección integral de la Niñez y Adolescencia. *Instrumentos internacionales y nacional en material de Justicia penal juvenil*.
- Banco de Guatemala (2017). *Guatemala en cifras*. Recuperado en: https://www.banguat.gob.gt/sites/default/files/banguat/Publica/guatemala_en_cifras_2017.pdf.
- Banco de Guatemala (2021). *Guatemala en cifras*. Recuperado en: https://www.banguat.gob.gt/sites/default/files/banguat/Publica/guatemala_en_cifras_2021.pdf.
- Instituto Nacional de Estadística [INE] (2003). Informe de la población y de los locales de habitación. Recuperado en: <https://www.ine.gob.gt/sistema/uploads/2014/02/20/jZqe-Ge1H9WdUDngYXkWt3GIhUUQCukcg.pdf>.
- Observatorio de la Violencia de la Asociación Civil Diálogos (2019, agosto), *Informe sobre la Violencia Homicida en Guatemala*. Recuperado de: <https://dialogos.org.gt/sites/default/files/2020-03/Informe-homicidios-feb-2019.pdf>.
- Observatorio en Salud Sexual y Reproductiva [OSAR] (2019, 20 de enero). *Vidas Robadas, Niñas teniendo niños*. Recuperado de: <https://osarguatemala.org/vidas-robadas-resumen-ejecutivo/>.
- Ola, A.L. (2019, 20 de febrero), a través de Prensa Libre, *Embarazos en menores se incrementan, pero los datos oficiales no coinciden con esa realidad*. Recuperado de: <https://www.prensalibre.com/guatemala/comunitario/embarazos-en-menores-se-incrementan-pero-los-datos-oficiales-no-coinciden-con-esa-realidad/>.
- Quiñonez, E. (2021, 08 de marzo). *República*. Recuperado de: <https://republica.gt/guatemala/2021-3-8-15-59-1--que-dano-emocional-cause-el-abuso-sexual-en-menores-de-edad>.
- Secretaría Contra La Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas [SVET] (2020, 14 de enero). *Política Pública contra la violencia sexual en Guatemala*. Recuperado de: https://issuu.com/svetcomunicacionsocial/docs/politica_publica_con_acuerdo.
- Wallace, A. (2020, 14 de octubre), a través de *BBC News Mundo*, *Guatemala, el país centroamericano donde 14 niñas quedan embarazadas todos los días*. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-54484133>.

Representatividade de gênero e raça no sistema de justiça brasileiro

Autoras

Ela Wiecko Volkmer de Castilho*

Carmen Hein de Campos**

RESUMO

O atual marco jurídico no Brasil permite a incorporação da perspectiva de gênero no sistema de justiça. A Constituição Federal proíbe a discriminação e o país é signatário de importantes instrumentos internacionais de direitos humanos das mulheres. No entanto, ao que tudo indica, esse marco legal não tem sido suficiente para garantir uma perspectiva de gênero no sistema de justiça. A partir do levantamento de dados atualizados do perfil das diversas carreiras jurídicas (Magistratura, Ministério Público e da Advocacia brasileira), com recorte de gênero, cor/raça/etnia argumentamos que há um déficit de representatividade feminina nessas carreiras e, ainda que em alguns lugares o número de mulheres e homens seja paritário, as funções de maior prestígio e poder são exercidas por homens. Nas cortes superiores, o sistema de indicação política privilegia a masculinidade branca. O gap de gênero é ainda maior quando examinado à luz do cruzamento de raça, demonstrando que a organização do sistema de justiça é racista e sexista, mantendo o privilégio masculino branco que controla a ascensão das mulheres, especialmente negras.

PALAVRAS-CHAVE:

SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO, GÊNERO, RAÇA

Como citar este artigo

Wiecko Volkmer de Castilho, Ela y Hein de Campos, Carmen (2022). Representatividade de gênero e raça no sistema de justiça brasileiro. *REV. IGAL*, I (1), 121-136.

* Universidade de Brasília, UNB

** Centro Universitário Ritter dos Reis, UniRitter, integrante de Red Alas. E-mail: charmcampos@gmail.com.

ABSTRACT

The current legal framework in Brazil allows for the incorporation of a gender perspective in the justice system. The Federal Constitution prohibits discrimination and the country is a signatory to international instruments on women's human rights. However, it seems that this legal framework has not been sufficient to guarantee a gender perspective in the justice system. From the survey of updated female data on the profile of the various legal careers (judicial, state attorney and lawyers), with registration of gender, color/race/ethnicity, we argue that there is a deficit of representation in these careers and, although in some Few careers places the number of women and men on par, as the most prestigious and powerful roles are done by men. In the upper courts, the political appointment system favors white masculinity. The gender gap is an even larger mass mining that controls the rise of women, especially black women.

KEYWORDS:

BRAZILIAN LEGAL FRAMEWORK, GENDER, RACE.

1. Introdução

Este artigo discute a organização do sistema de justiça brasileiro desde uma perspectiva de gênero e raça e as iniciativas que vêm sendo tomadas pelos órgãos do sistema de justiça para aumentar a representação de mulheres e pessoas negras.

Por meio de pesquisa documental investiga-se o perfil das carreiras jurídicas (Magistratura, Ministério Público e Defensorias Públicas) de modo a responder à indagação sobre a sub-representação feminina nessas carreiras, especialmente em órgãos de poder.

O artigo está estruturado em quatro seções. No primeiro, de forma breve, é explicitado o marco normativo brasileiro (nacional e internacional), a organização do sistema de justiça brasileiro e a representação das mulheres em alguns dos seus órgãos: Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública. Nas seções dois, três e quatro, discute-se especificamente a representatividade feminina em cada uma das instâncias do sistema de justiça (Judiciário, Ministério Público e Defensorias) demonstrando-se a sub-representação das mulheres nessas corporações à vista de que mais da metade da população brasileira é de mulheres. Argumenta-se que a baixa representação feminina está relacionada a uma organização de gênero/raça que mantém as mulheres, especialmente negras, distante dos órgãos de poder do sistema de justiça.

2. Marco normativo

A Constituição Brasileira (1988) possui diversos comandos destinados a promover a igualdade e a justiça social, dentre eles os objetivos da República construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade, dentre outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Além disso, o Brasil reconhece os tratados e convenções de direitos humanos como norma constitucional (art. 5º, § 3º). Dentre os vários tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, interessam a esse artigo os que referem expressamente os deveres dos Estados de eliminar discriminações no âmbito do sistema de justiça, especialmente a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979) e suas Recomendações Gerais (33 e 35), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994) e a Convenção nº 111 sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (OIT, 1958). A primeira estabelece a obrigação dos Estados Partes de eliminarem todas as formas de discriminação contra mulheres tanto na esfera pública quanto na esfera privada. A segunda, a de eliminar a violência contra mulheres em todas as esferas da vida e a terceira estabelece a obrigação de não-discriminação em matéria de emprego e ocupação. A redução e eliminação das desigualdades entre mulheres e homens e a necessária inclusão da perspectiva de gênero também foi uma pauta presente na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (Viena, 1993) e na Conferência Mundial sobre a Mulher e sua Plataforma de Ação (Pequim, 1995) que estabeleceram compromissos e ações por parte dos Estados Membros.

No que se refere às mulheres no poder e na tomada de decisões, a Plataforma de Pequim afirma que a sub-representação das mulheres em cargos de direção no âmbito jurídico, por exemplo, tem impedido que elas exerçam impacto significativo em muitas instituições-chave (par. 184) e recomenda assegurar o mesmo direito que os homens de serem juizes e juízas, advogados e advogadas ou oficiais de justiça, bem como policiais e funcionários de estabelecimentos de detenção e penitenciários, entre outras ocupações (par. 232, m).

Na aplicação desse marco normativo relativo à participação das mulheres no sistema de justiça, a Recomendação Geral nº 33 da CEDAW preocupa-se com os procedimentos e a qualidade da justiça para as mulheres em todos os níveis dos sistemas de justiça, incluindo mecanismos especializados e quase judiciais¹. Aponta seis componentes interrelacionados e essenciais – justiciabilidade, disponibilidade, acessibilidade, boa qualidade, provisão de remédios para as vítimas e prestação de contas dos sistemas de justiça – como necessários para garantir o acesso à justiça.

Interessa-nos as recomendações específicas sobre o componente da justiciabilidade entendido como "o acesso irrestrito das mulheres à justiça, bem como a capacidade e o empoderamento para reivindicar seus direitos estabelecidos na Convenção enquanto titulares desses direitos".

¹ Mecanismos quase judiciais compreendem todas as ações de órgãos ou agências administrativas públicas, similares àquelas realizadas pelo judiciário, que têm efeitos jurídicos e podem afetar direitos, deveres e prerrogativas.

A respeito da justiciabilidade, o Comitê faz nove recomendações aos Estados partes, dentre as quais analisaremos a indicada no item 15, alínea f, de seguinte teor:

Enfrentem e removam as barreiras à participação das mulheres como profissionais dentro de todos os órgãos e em todos os níveis dos sistemas judiciais e quase judiciais, e de serviços relacionados com a justiça. Adotem medidas, incluindo medidas especiais temporárias, para garantir que as mulheres estejam igualmente representadas no judiciário e em outros mecanismos de aplicação da lei, como magistradas, juízas, promotoras, defensoras públicas, advogadas, administradoras, mediadoras, agentes policiais, funcionárias judiciais e da justiça penal e peritas, bem como em outras capacidades profissionais.

Para enfrentar e remover as barreiras à participação das mulheres e diminuir o gap de gênero/raça, iniciativas têm sido tomadas pelas instituições, como por exemplo, a garantia legal para reserva às pessoas negras de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Ainda a reserva de 30% das vagas de estágio para pessoas autodeclaradas negras no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional.

No âmbito do sistema de justiça, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e o Conselho Nacional de Defensoras e Defensores Públicos Gerais (CONDEGE) são responsáveis pela edição e implementação de normas internas destinadas a promover a igualdade de gênero, raça, orientação sexual e deficiência. O Condege, diferentemente do CNJ e do CNMP, que são órgãos públicos, inclusive com status constitucional, é uma associação civil.

O CNJ assegurou a reserva de 20% de vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na Magistratura nos editais de concursos públicos (Resolução n. 203/2015) e a reserva de 30% para pessoas autodeclaradas negras nos processos seletivos para estágio nos órgãos do Poder Judiciário (Resolução n. 336/2020).

O Ato Conjunto n. 24/2014 entre o Tribunal Superior do Trabalho e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho instituiu a "Política Nacional de Responsabilidade Socioambiental da Justiça do Trabalho - PNRST" que estabelece um ambiente socioambientalmente responsável e objetiva eliminar todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação. Em 2017, foi elaborada a Política de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Res. Adm. n. 3/2017).

O CNJ também instituiu a "Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário" (Resolução n. 255/2018) que, em seu art. 2º, convoca "os ramos e unidades do poder Judiciário" a participarem desse processo de transposição da igualdade formal em igualdade material, e adotarem "medidas tendentes a assegurar a igualdade de gênero no ambiente institucional". Entre elas, propostas de "diretrizes e mecanismos que orientem os órgãos judiciais a atuar para incentivar a participação de mulheres": (i) nos cargos de chefia e assessoramento; (ii) em bancas de concurso; e (iii) como expositoras em eventos institucionais.

O CNMP recomendou a instituição de programas e ações sobre equidade de gênero e raça no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados (Recomendação n. 79/2020), arrolando 11 diretrizes e 5 tipos de medidas: I – ações afirmativas (conjunto de medidas e de ações de caráter temporário que visam a acelerar a igualdade de fato entre mulheres e homens); II – medidas de participação equilibrada (presença de mulheres e de homens em todos os âmbitos de tomada de decisão); III – medidas de igualdade de oportunidades para eliminar as disparidades nas relações de poder entre mulheres e homens; IV – estruturar as Ouvidorias com mecanismos ou canais adequados nos quais as mulheres possam representar sobre práticas discriminatórias, constrangedoras ou excludentes, reveladoras de discriminação direta ou indireta em razão de gênero, raça, orientação sexual e dentre outros, garantindo-se o sigilo da fonte como forma de proteção ao denunciante; V – medidas para valorizar o trabalho doméstico e de cuidado pelos homens, para que o exercício da maternidade não seja um obstáculo para a carreira profissional das mulheres.

Na advocacia privada, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), aprovou a equidade de gênero (50%) e de 30% de negros e negras para registro de chapas (entre titulares e suplentes) pelo Provimento n. 202/2020.

3. O Judiciário e o perfil da Magistratura brasileira

O Poder Judiciário brasileiro é composto pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior Eleitoral, pela Justiça Federal de primeiro e segundo grau (juízes federais e Tribunais Regionais Federais), pela Justiça do Trabalho de primeiro e segundo grau (juízes do trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho), pela Justiça Militar da União (auditorias), pela Justiça estadual de primeiro e segundo grau (juízes de direito e Tribunais de Justiça), pela Justiça estadual militar (auditorias e Tribunais de Justiça especializados ou não) (art. 92 e incisos, Brasil, 1988).

No que concerne ao perfil da Magistratura brasileira, o órgão máximo – o Supremo Tribunal Federal (STF) – é composto por onze ministros que possui nove homens e apenas duas são mulheres, todos são brancos (homens e mulheres) e com idade média em torno de 60 anos. Há dois ministros que podem ser considerados pardos, mas que não se autodeclaram como tal. As duas mulheres no STF representam 18,18% da composição do tribunal. Desde 1988, o STF contou apenas com três mulheres e apenas um homem que se autodeclara negro. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) é composto por 33 ministros, apenas um negro. Atualmente, 27 são homens (81,81%) e 6 mulheres (18,18%). O Tribunal Superior do Trabalho (TST) é composto por 26 ministros, todos brancos, sendo 5 mulheres (19,23%) da sua composição. O Superior Tribunal Militar (STM) é composto por 13 ministros de cor branca, sendo 12 homens e apenas uma mulher. É o tribunal superior com menor participação feminina (7,69%).

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) é composto de, no mínimo, 7 ministros titulares. Desse total, três provêm do STF, dois do STJ e dois da Advocacia. O STF e o STJ fazem a escolha entre seus membros mediante eleição por voto secreto, enquanto os juízes oriundos da classe dos juristas são nomeados pelo Presidente da República a partir de duas listas elaboradas pelo STF. Atualmente nenhuma mulher compõe o TSE. Em 89 anos de existência apenas 8 mulheres integram o Plenário do TSE, como ministras efetivas ou substitutas.

Os ministros/as do STF, do STJ e do TST são escolhidos/as dentre cidadãos e cidadãs com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação por maioria absoluta do Senado Federal. No STM, a escolha deve recair entre oficiais-generais da Marinha, Exército e Aeronáutica. Assim, a escolha para os mais altos tribunais do país é política.

Santiago Basebe-Serrano (2020) sugere que na América Latina, a independência judicial é o critério que determina a maior ou menor participação das mulheres nas mais altas cortes de justiça dos diversos países da região. Quanto maior a independência judicial, maior a participação de mulheres. Quando os níveis de autonomia de juízes/as decaem significativamente, a deslegitimação do Poder Judiciário atinge também o poder político. Ou seja, o nível de desconfiança com o Poder Judiciário também é percebido como desconfiança aos atores políticos que são os responsáveis pela indicação dos juízes e juízas. O descrédito na autonomia de magistrados faz com que mulheres sejam indicadas para os Tribunais Superiores, o que constitui uma estratégia para diminuir a desconfiança da população na interferência dos políticos na independência judicial.

Essa é uma análise central para entender a sub-representação de mulheres nesses órgãos, pois a baixa representação feminina no Congresso Nacional repercute na pouca indicação de mulheres para as cortes superiores. Além disso, pode-se argumentar que face à organização generificada dos tribunais, as magistradas não estão à frente das organizações de classe das instituições do sistema, e por isso, fazem menos política institucional, diminuindo consideravelmente a possibilidade de indicação para os Tribunais Superiores. Assim, a indicação é uma relação de poder que envolve interesses de quem indica (Presidência da República) e de quem aprova a escolha (parlamentares).

Salienta-se também que a sub-representação de gênero é agravada pelo racismo, conforme se infere da Pesquisa sobre negros e negras no Poder Judiciário (CNJ, 2021). A Justiça do Trabalho é o ramo do Poder Judiciário com o maior percentual de magistrados negros (15,9%), seguido da Justiça Militar (14,8%), da Estadual (12,1%) e da Federal (2,6%).

O ingresso na Magistratura, Ministério Público ou Defensoria Pública depende da obtenção de um título de graduação em Direito em uma Faculdade de Direito e de aprovação em concurso público específico. Só no final do século XIX as mulheres passaram a bacharelar-se em Direito

no Brasil, não diferindo de outros países. A partir do século XX, nos anos 1970 elas passam a disputar concursos públicos enfrentando muito preconceito e discriminação e vão ocupando espaços gradativamente em todas as profissões jurídicas. Nesse sentido, vale referir que a primeira juíza de direito no Brasil ingressou na Magistratura em 1954² (TRE, 2022) e, apenas em 2000 foi nomeada a primeira mulher como ministra do STF³ (STF, 2022).

É interessante observar que, em 1888, três mulheres se formaram pela primeira vez em uma Faculdade de Direito – a Faculdade de Direito do Recife – no estado de Pernambuco. Passados 133 anos, em 2021, o número de mulheres cadastradas na Ordem dos Advogados do Brasil superou o de homens e assim se mantém⁴.

Mas o maior número de mulheres advogadas ou de mulheres aptas a exercer a advocacia, não se manifesta na Magistratura brasileira, pois o ingresso de mulheres no Judiciário vem caindo. De 1991 a 2000, a proporção foi de 40%, percentual semelhante ao do período 2001-2010 (41%). A partir de 2011, a proporção baixou e, atualmente, as mulheres representam 38% do total da Magistratura. Na Justiça do Trabalho, o percentual sobe para 47%, na Justiça Estadual é de 36%, e na Justiça Federal vai a 32%. As mulheres representam 44% dos juízes substitutos; 39% dos juízes titulares e 23% dos desembargadores (CNJ, 2018, p. 8).

Quando se observa que as mulheres representam apenas 23% do número de desembargadores, percebe-se que há um filtro de gênero que as impede de ascender na carreira, mesmo que tenham ingressado no mesmo período que um juiz.

A média de idade é de 47 anos. A maior parte (80%) é casada ou possui união estável. Entre os homens, o percentual de casados é de 86% e entre as mulheres, 72% (CNJ, 2018, p. 15). Os solteiros/as representam 10%; os/as divorciados/as, 9%; e os/as viúvos/as 1%. A maioria tem filhos/as (78%), sendo 74% das mulheres e 81% dos homens (CNJ, 2018, p. 8). Maria da Glória Bonelli (2020, p.158) sugere que o casamento é um fator que impulsiona a carreira dos homens atuando como um privilégio de gênero. A paternidade não impede a ascensão, a maternidade, ao contrário, dificulta as oportunidades de remoção ou promoção. Assim, 84% das desembargadoras têm filhos, em contraste com os 96% dos desembargadores (Bonelli, 2020, p.157).

Um quinto de magistrados/as possui familiares na carreira, porém a Magistratura vem se tornando menos endógena com o passar do tempo: 30% de ingressantes até 1990 tinham familiares na magistratura, comparado a 18% dos que ingressaram entre 2001 e 2010, e 13% dos que entraram a partir de 2011. Isso explica por que, quanto maior a posição na hierarquia da carreira, maior a proporção dos que têm familiares na Magistratura (CNJ, 2018, p. 15).

No que se refere ao perfil étnico-racial, a maioria se declara branca (80,3%), 18,1% negros (16,5% pardos e 1,6% pretos), e 1,6% de origem asiática (amarelo) (CNJ, 2018, p.8). No entanto, em alguns estados do Sul do país, a branquitude chega a mais de 90%. Menos de 1% de magistrados/as (54) em atividade declararam ter ingressado na Magistratura por meio de reserva de vagas. São 30 em vagas destinadas às pessoas com deficiência e 24 às pessoas negras (CNJ, 2018, p.26). A política de cotas raciais e sociais para os cursos superiores no Brasil vigora desde 2002 e na Magistratura, desde 2014, mas o ingresso de negras e negros na Magistratura ainda é tímido.

O perfil privilegiado da branquitude masculina pode ser explicado pela origem social. A maioria tem origem nos estratos sociais mais altos, sendo que 51% deles têm o pai com ensino superior completo ou mais, e 42% com a mãe na mesma faixa de escolaridade. Quanto mais recente o ingresso na carreira, maior é a proporção de magistrados/as com pais com ensino superior completo ou mais (CNJ, 2018, p.15).

Tal fato pode ser confirmado pelo Censo da Educação Superior no Brasil, segundo o qual apenas 21,4% da população entre 18 e 24 anos frequenta o ensino superior (INEP, 2020, p. 3). Além disso, a educação privada responde por 75,5% das matrículas nos cursos de graduação, o que corresponde a três em cada quatro alunos/as matriculados/as (INEP, 2020, p.19). O Direito é o curso com maior número de matrículas na rede privada, atingindo 17% de todas as matrículas e o terceiro na rede pública nos cursos presenciais (INEP, 2020, p.34).

² Entretanto, Auri Moura Costa foi nomeada em 1939 para o cargo de juíza municipal no Estado do Ceará. Disponível em <https://www.tre-ce.jus.br/o-tre/memoria-eleitoral/desembargadora-auri-moura-costa>. Thereza Grisólia Tang é a primeira juíza de direito, com ingresso por concurso público, em 1954, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em https://www.wikiwand.com/pt/Thereza_Gris%C3%B3lia_Tang. Acesso em 27 de jul. de 2022.

³ Por decreto de 23 de novembro de 2000, Ellen Gracie Northfleet foi nomeada para exercer o cargo de ministra do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/ostf/ministros/verMinistro.asp?periodo=STF&tid=35>. Acesso em 27 de jul. de 2022.

⁴ O site da OAB Nacional, atualizado diariamente, aponta 656.342 advogadas e 635.781 advogados. Disponível em www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados. Acesso em 27 de julho de 2022.

A dinâmica social para o ingresso na Magistratura opera desde cedo nas interseccionalidades de gênero, raça e classe impedindo as mulheres negras de ingressarem nas faculdades de Direito e, por consequência, na Magistratura. Assim, o gap de gênero/raça dificilmente será superado sem políticas inclusivas de longo prazo.

Bonelli (2020, p. 161) observa que o ingresso maior das mulheres no Poder Judiciário no período 2000–2010 não afetou a percentagem de juizes brancos. Assim, independentemente de concurso público para seleção, "o modelo brasileiro de ingresso no Judiciário consegu[e] manter a reprodução dos homens brancos na Magistratura, contendo a participação das 'minorias' na faixa de 35% a 40%".

A maior parte dos/as magistrados/as (67%) declarou ter ocupado algum cargo público antes do ingresso na Magistratura, sendo 70% para homens e 62% para mulheres. Quanto mais recente o ingresso na carreira, maior a proporção dos que foram servidores públicos (CNJ, 2018, p. 26), especialmente no próprio Poder Judiciário (CNJ, 2018, p. 28). Tal quadro sugere que as mulheres tendem a permanecer no primeiro emprego (Bonelli, 2020) e este emprego pode ser no Poder Judiciário, pois 56,6% dos servidores do judiciário nos últimos dez anos são mulheres (CNJ, 2019), enquanto os homens podem sentir-se estimulados a buscarem melhores oportunidades (Bonelli, 2020, p. 154).

Quase 70% dos magistrados realizaram algum curso de pós-graduação. A proporção de homens com pós-graduação é um pouco maior do que a de mulheres; e é maior, também, entre aqueles que ingressaram na carreira a partir de 2001 (CNJ, 2018, p. 21). Os dados parecem confirmar a hipótese de Basebe-Serrano (2020) de que a formação acadêmica pouco influencia na maior presença de mulheres no sistema de justiça.

Na média, 12,4% são docentes, sendo 16% homens e 6% mulheres. Lecionam em instituições privadas (41%); 34% em escolas da Magistratura; 14% em faculdades de Direito públicas e 11% em outras instituições (CNJ, 2018, p. 26). Nas escolas da Magistratura, as mulheres são 50% das docentes (CNJ, 2018, p. 29). Esse dado é relevante para se pensar a atuação da Red Alas nas escolas de formação jurídica, especialmente na magistratura brasileira.

4. Ministério Público e o perfil de seus membros no Brasil

A história da instituição no Brasil pode ser dividida em dois períodos: antes e depois da Constituição de 1988. De uma instituição vinculada ao Poder Executivo e que, inclusive exercia a defesa deste em juízo, passou a ter status constitucional, com autonomia funcional e administrativa em relação aos demais poderes. Foi inserida no capítulo "Das funções essenciais à justiça", junto com a Advocacia Pública, a Advocacia e a Defensoria Pública. Para Castilho e Sadek (1998, p. 7) "a análise das mudanças e prerrogativas introduzidas pelo Constituinte de 88 em relação ao Ministério Público permite sustentar que configuram a maior novidade consagrada pela nova Constituição do ponto de vista institucional, pois nenhuma outra instituição sofreu tão profunda modificação e teve igualmente alargada a sua possibilidade de atuação".

O Ministério Público foi declarado uma "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado", tendo como missão "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (CF, art. 127). Tem o poder-dever de atuar em matéria penal e não-penal e exerce o esse poder-dever no Judiciário e na Administração (CF, art. 129 e incisos), tendo como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a interdependência funcional⁵.

De acordo com o art. 128 da Constituição de 1988, a instituição do Ministério Público no Brasil abrange o Ministério Público da União que compreende: a) o Ministério Público Federal, b) o Ministério Público do Trabalho, c) o Ministério Público Militar, d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e os Ministérios Públicos dos Estados.

Os membros do Ministério Público da União atuam na Justiça Federal, na Justiça do Trabalho, na Justiça Militar da União e na Justiça do Distrito Federal e, também, nos Tribunais Superiores. O Ministério Público dos Estados atua na Justiça Estadual civil e militar.

⁵ Unidade é a capacidade de seus membros constituírem um só corpo, de forma que a manifestação de qualquer deles valerá sempre, na oportunidade, como manifestação de todo o órgão. Indivisibilidade é a característica de os membros poderem substituir-se reciprocamente, sem que haja prejuízo para o exercício da função institucional. Independência funcional significa que não devem subordinação intelectual ou ideológica a quem quer que seja, nem mesmo ao superior hierárquico. Atuam segundo os ditames da lei, do seu entendimento pessoal e da sua consciência.

O Procurador-Geral da República é o chefe do Ministério Público da União, do Ministério Público Federal e também, é o Procurador-Geral Eleitoral. Nomeado pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, tem, entre outras atribuições, nomear o Procurador-Geral do Trabalho, o Procurador-Geral da Justiça Militar, dar-lhes posse, e dar posse ao Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal. Os 26 Ministérios Públicos correspondentes aos estados federados têm seus procuradores-gerais nomeados pelos chefes do Poder Executivo local. A escolha em todos os ramos, exceto do Ministério Público Federal, é feita a partir de uma lista tríplice votada por integrantes das respectivas carreiras, para um mandato de dois anos, permitida uma recondução. No entanto, a Presidência da República pode escolher um nome fora da lista tríplice⁶.

O ingresso na carreira de membro e dos serviços auxiliares é feito por concurso público de provas ou de provas e títulos. Membros dos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal têm dois níveis de carreira: promotor de justiça e procurador de justiça. Membros do Ministério Público da União têm três níveis de carreira: são procuradores, procuradores regionais ou sub-procuradores-gerais da República, do Trabalho ou Militar.

O CNMP é presidido pelo Procurador-Geral da República e conta com 14 membros, todos homens de cor branca. Compete ao CNMP o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

Não há um censo nacional sobre o perfil dos integrantes das diversas carreiras que compõem o Ministério Público brasileiro, mas cabe mencionar o Projeto em trâmite sobre "Perfil étnico-racial do Ministério Público Brasileiro e Acompanhamento de Ações Afirmativas do CNMP".

A última publicação⁷ que divulga, de forma consolidada, as principais informações acerca da atuação finalística e administrativa de todos os ramos e todas as unidades do Ministério Público, indica o quantitativo total de 13.044 membros, 37.331 servidores, 18.930 estagiários de Direito e 8.141 estagiários de outras áreas, sem informar a composição, por sexo, cor/raça, etnia, idade, escolaridade e outros marcadores sociais.

No entanto, o estudo denominado "Cenários de Gênero" (2020) publicado pela Comissão de Planejamento Estratégico do CNMP levantou dados nos ramos e unidades do Ministério Público brasileiro relativos à participação das mulheres nos diversos níveis da carreira em cargos e funções de assessoramento, decisão e chefia, mas sem referência à cor/raça e etnia, o que é desejável considerando que o Brasil foi o último país da América a abolir formalmente a escravidão e ainda conta com uma população de 305 povos originários. O estudo revela que dentre 26 estados brasileiros mais o Distrito Federal, 11 deles têm de 50 a 59% de integrantes homens, 13 na faixa de 60 a 69% e três de 70 a 79%. Na média geral são 6.493 homens (59%) e 4.539 mulheres (41 %).

Revela também que desde a Constituição de 1988, houve 73 mandatos de mulheres como procuradoras-gerais (15%) e 413 mandatos de homens (85%), de lideranças femininas e masculinas, respectivamente. Neste mesmo marco temporal, na assunção ao cargo, 52 mulheres foram procuradoras-gerais versus 240 homens, representando um percentual de cerca de 18% e 82% respectivamente.

No que toca ao próprio CNMP, 11 mandatos foram femininos, frente a 87 mandatos masculinos, 11% e 89%, respectivamente, sendo 7 mulheres reconduzidas e 67 homens reconduzidos. Esta pequena amostra revela o paradoxo de uma instituição, cuja missão é a defesa da ordem jurídica, apresentar desigualdades de gênero na composição de seus quadros funcionais e sobretudo, baixa representatividade das mulheres nos cargos de direção e gestão.

Atualmente, são apenas seis procuradoras-gerais de justiça. Em todos os Ministérios Públicos a maioria desses cargos tem sido ocupada por homens, inclusive naqueles em que a maioria de seus integrantes é de mulheres.

Esse fenômeno segue padrões de generificação, chamados de estratificação, segmentação e sedimentação. Entende-se por estratificação o conjunto de obstáculos invisíveis que impedem as mulheres de ascender ao topo da carreira, daí a expressão "teto de vidro" (glass ceiling). Implica uma segregação vertical. Na segmentação, as mulheres se concentram em áreas das carreiras menos valorizadas pelos homens. Um exemplo parece ser o das Ouvidorias, em que o CNMP aponta existir uma proporção equilibrada entre homens e mulheres. Na sedimentação, as mulheres se organizam em enclaves como forma de estabelecer uma identidade. Por exemplo, em ofícios de criança e adolescente. Numa e noutra ocorre uma segregação horizontal. E por que ocorre a segregação vertical ou horizontal?

⁶ O atual presidente da República escolheu para Procurador-Geral da República um nome fora da lista tríplice e o reconduziu.

⁷ Publicação de 2018, com dados referentes a 2017, p. 31.

Atendo-se à segregação vertical, que impede a ascensão das mulheres nas profissões jurídicas, em especial no Ministério Público, algumas hipóteses podem ser elaboradas.

Numa primeira hipótese, se há um número baixo de mulheres na carreira, a sua presença nos cargos mais elevados e prestigiados será inevitavelmente baixa também. Ocorre que, mesmo nos Ministérios Públicos com número igual ou superior a 50% de mulheres, a participação nos espaços de poder continua minoritária. Decorre a segunda hipótese, uma resistência dos homens ao ingresso de mulheres. Como foram os primeiros a chegar na instituição e a moldá-la, estabeleceram mecanismos e práticas de reprodução do poder masculino.

Uma terceira hipótese refere-se à natureza das mulheres inapta ao exercício do poder, pois ausentes características e habilidades necessárias aos embates da esfera pública e por isso, não ingressam nas carreiras da Magistratura e do Ministério Público.

Por fim, a hipótese, segundo a qual, sendo difícil conciliar a vida profissional com a familiar, as mulheres não têm interesse nessas carreiras ou, quando têm e ingressam nelas, não disputam os espaços de maior visibilidade, prestígio e poder.

A segunda e a última hipótese, em conjunto, dão pistas para explicar os diagnósticos da desigualdade de gênero na Magistratura e no Ministério Público e do que pode ser feito para alcançar o objetivo da equidade.

Como fundamento dessa assertiva trazemos subsídios da I Conferência Nacional de Procuradoras da República ocorrida nos dias 15 e 16 de junho de 2018 e das cinco Conferências Regionais de Promotoras e Procuradoras dos Ministérios Públicos Estaduais, realizadas durante o ano de 2019.

A I Conferência Nacional teve como objetivo principal ouvir as mulheres do Ministério Público Federal sobre o que as atrai para esse serviço público, qual a visão que têm de seu próprio papel, quais os obstáculos e incentivos que encontram no exercício da profissão e como progredem na carreira, permitindo uma análise qualitativa e um diagnóstico subjetivo. Aos relatos somaram-se estatísticas construídas a partir de informações colhidas com a participação de todos, homens e mulheres, e muitos dados objetivos já coligidos (Percepção feminina, Memorial, 2018, p. 11.)

As cinco Conferências Regionais promovidas pelo CNMP e a Delegação da União Europeia no Brasil, por meio do projeto Diálogos Setoriais - "Perspectivas da Equidade de Gênero no Sistema de Justiça/Ministério Público" desenvolveram um diagnóstico, contemplando os 26 Ministérios Públicos Estaduais e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Tiveram como finalidade estimular novas práticas e novos olhares para fortalecer a presença de mulheres e de lideranças femininas, para implementar o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS)5, da Agenda 2030 da ONU, e assim buscar o cumprimento do compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro de alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas.

As conferências estruturaram-se em torno de seis eixos: Eixo I – Ingresso na carreira: recrutamento, seleção e capacitação; Eixo II – Condições de trabalho: saúde, segurança e bem-estar; Eixo III – Permanência na carreira: políticas institucionais, cursos, capacitações, treinamentos e boas práticas; Eixo IV – Movimentação na carreira: critérios, dificuldades e políticas de equidade; Eixo V – Carreira e outras jornadas: gênero e família; Eixo VI – Empoderamento, lideranças e participação político-institucional: igualdade de gênero e políticas de equidade.

Da 1ª Conferência Nacional de Procuradoras da República extraímos duas das propostas mais bem votadas: a) realizar diagnósticos e estudos para levantar dados e identificar as especificidades do concurso de ingresso no MPF que atuam como barreiras de gênero, étnicas e sociais, promovendo-se inclusive avaliações comparativas com outras carreiras nacionais e com outras carreiras do Ministério Público; b) organizar mais eventos sobre gênero para todos os membros e servidores.

Das propostas aprovadas na 1ª Conferência Regional de Promotoras e Procuradoras dos Ministérios Públicos Estaduais da Região Norte, em Manaus, em 22 e 23/2/2019, ressaltamos as duas de maior porcentagem de aprovação: a) não permitir que o gozo de licença-maternidade afete direitos funcionais, independentemente do estágio da carreira; b) Fomentar política institucional para que promotoras e procuradoras se sintam estimuladas a ocupar cargos de liderança.

Da 2ª Conferência Regional de Promotoras e Procuradoras dos Ministérios Públicos Estaduais da Região Nordeste, em Salvador, nos dias 29 e 30/3/2019, apontamos duas propostas mais votadas: a) Adotar a linguagem de gênero na legislação interna e em todos os expedientes da Administração Superior, inclusive na identidade funcional; b) Implementar cursos presenciais, à distância e itinerantes que possam ser ajustados à rotina diária das membras, servidoras, estagiárias e terceirizadas, e garantir a participação paritária e ativa das mulheres em mesas temáticas, painéis, congressos, seminários e cursos promovidos no âmbito da instituição.

Das propostas discutidas na 3ª Conferência Regional de Promotoras e Procuradoras dos Ministérios Públicos Estaduais da Região Centro-Oeste, em Goiânia, nos dias 26 e 27/4/2019, indicamos as duas que obtiveram maior aprovação: a) Propor aos Conselhos Superiores que os conteúdos programáticos dos editais de seleção nas carreiras do Ministério Público e dos cursos de ingresso e vitaliciamento contemplem temas de direitos humanos, especialmente relacionados às intersecções de gênero, raça e classe; b) Estimular a participação das mulheres que integram o Ministério Público em atividades institucionais e acadêmicas de formação continuada, propiciando logística e apoio necessários para minimizar as barreiras decorrentes do gênero.

Na 4ª Conferência Regional de Promotoras e Procuradoras dos Ministérios Públicos Estaduais da Região Sudeste, em São Paulo, nos dias 7 e 8/6/19, ressaltamos duas propostas dentre as que obtiveram maior aprovação: a) Instar as Corregedorias do CNMP e dos Ministérios Públicos a adotar ações de orientação aos membros da carreira no sentido de que condutas misóginas, difamações ou exposições públicas com viés de gênero, especialmente em pleitos eleitorais internos, constitui conduta incompatível com a função, passível de responsabilização; b) Eliminar a exigência da realização de exame de colpocitologia oncótica (papanicolau) e de mamografia e proibir quaisquer indagações de cunho invasivo à intimidade (frequência de atividade sexual, orientação sexual, número de parceiros/as, dentre outras) nos exames admissionais das mulheres na carreira do Ministério Público.

Por fim, das propostas aprovadas na 5ª Conferência Regional de Promotoras e Procuradoras dos Ministérios Públicos Estaduais da Região Sul, em Bento Gonçalves, nos dias 28 e 29/6/2019, apontamos duas dentre as mais votadas: a) Pugnar pela realização de debates, capacitações, palestras, com membras e membros, sobre o tema equidade de gênero, de forma permanente, com atenção especial para os cursos de ingresso, vitaliciamento e formação continuada; b) Buscar a implementação de fórum permanente de discussão acerca do papel da mulher no Ministério Público.

Antônia Barradas, perita especialista em gênero da União Europeia, que acompanhou todas as edições das conferências, compartilhou os resultados preliminares do levantamento que realizou durante os encontros sobre a percepção das mulheres do Ministério Público brasileiro a respeito do ingresso e permanência na carreira. Ao questionamento sobre o fato de que ser mulher implicava especificidades no desempenho da função de promotora ou procuradora de Justiça, a totalidade das mulheres inquiridas respondeu em sentido afirmativo. A perita explicou que as justificativas elaboradas centraram, por exemplo, em questões relacionadas à maternidade, tais como o direito a usufruir das licenças com o devido apoio institucional e sem discriminação.

As promotoras e procuradoras de Justiça também mencionaram a sobrecarga de trabalho devido à dupla jornada (profissional e doméstica) e questões de segurança nas comarcas. Entre as demandas elencadas para a melhoria da vida institucional, conforme Antônia Barradas, estão: mais incentivos ao aperfeiçoamento e à capacitação; mais segurança institucional e políticas específicas para evitar assédios moral e sexual; oferta de espaços, nas sedes, para apoio aos filhos e filhas crianças das profissionais.

Em relação aos incentivos à participação na política institucional, a grande maioria das promotoras e procuradoras de Justiça respondeu que a política atual desestimula as mulheres a concorrerem aos cargos de liderança. Surgem nomes masculinos para essas posições que repetem a ocupação dos cargos mais visíveis, com o apoio de outros colegas homens. Também mencionaram a falta de políticas de empoderamento, outras barreiras implícitas e padrões masculinos que necessitam mudar para que as mulheres possam ocupar posições de poder.

A fim de facilitar ou favorecer o exercício de posições de chefia e liderança, as entrevistadas propuseram "critérios de seleção mais objetivos e claros a nível de gênero, com base no mérito, a proporcionalidade nos cargos e cotas de gênero". Destacaram ainda, a importância de maior união entre mulheres, por meio da articulação de grupos de mulheres e capacitações "com o intuito de promover o empoderamento em processos eleitorais e posições de chefia".

Para Barradas, é essencial superar os desafios colocados, pois eles "não só representam um custo econômico e social, mas são também psicologicamente danosos para as mulheres, envolvendo a sua desvalorização, depreciação e — em muitos casos — silenciamento" (Diálogos, Memorial 5, p. 54).

5. A Defensoria Pública no Brasil e seu perfil

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado e tem por objetivo a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados (CF, art. 134). No entanto, dentre as instituições do sistema de justiça é a que necessita ser fortalecida (pessoal e financeiramente) para estar presente em todas as comarcas, com número de servidores condizentes à sua missão constitucional. A Defensoria Pública organiza-se em Defensorias Públicas estaduais e Defensoria Pública da União (federal).

O último censo demográfico das Defensorias Públicas foi realizado em 2015 e constatou 5.486 defensores públicos estaduais e 549 defensores públicos federais. As defensorias estaduais apresentaram um equilíbrio de gênero, pois 51% de integrantes eram do sexo masculino e 49% do sexo feminino (Gonçalves et al. 2015, p. 16). No que concerne à faixa etária, 51,2% deles possuíam entre 31 e 49 anos. Ou seja, um perfil mais jovem que o da Magistratura. A maioria dos defensores públicos e das defensoras públicas estaduais se declarou branca (75%). As denominações preta, amarela e indígena representaram juntas apenas 4,4% e a parda 19,2% (Gonçalves et al., 2015, p.20). Ou seja, a maioria é jovem, branca e equilibrada quanto ao sexo. O mesmo foi encontrado na Defensoria Pública da Bahia em que 67,2% de defensores/as são brancos/as (2021) e na do Rio de Janeiro, onde 80% das defensoras se declararam brancas (Silva & Flauzina, 2021).

A maioria ingressou na Defensoria Pública em 2005 (60%) e por concurso público (88%), sendo que apenas 2% trabalhavam na instituição há mais de 30 anos (Gonçalves et al., 2015, p. 21).

No que se refere à motivação para o ingresso na carreira, a maioria considerou o trabalho social (91%), a estabilidade na carreira (93,6%) e a remuneração (81,7%) como importante ou muito importante. No tocante à atuação profissional, as áreas a que os defensores/as estiveram ligados/as ao longo da carreira foram: liberdade (criminal) 69,8%, criança e adolescente (59,4%), saúde (55,3%) e violência contra mulher (50%). Destaca-se ainda a atuação em direitos humanos (38,7%) (Gonçalves et al., 2015 p.22). No que se refere à carga de trabalho, 83,3% consideraram excessiva para o bom desempenho (idem, p. 49).

A maioria das Defensorias Públicas estaduais possuem centro de estudo ou escola jurídica própria (70,4%) que organizam e custeiam os cursos de formação e ou capacitação, incluindo pós-graduação (75%). No entanto, apenas 42% participaram de alguma capacitação, curso de especialização, pós-graduação lato sensu, mestrado ou doutorado organizados ou custeados pela Defensoria Pública (Gonçalves et al., 2015, p.55).

Os 26 Conselhos Superiores das Defensorias Públicas Estaduais e do Distrito Federal são compostos majoritariamente por homens e em nenhum deles há maioria feminina (Silva & Flauzina, 2021). Entretanto, dentre as instituições do sistema de justiça, a Defensoria Pública Estadual é a que possui maior percentual de mulheres. Ou seja, é a mais "feminizada" das carreiras e, até pouco tempo, não possuía o mesmo prestígio institucional e orçamentário que o Ministério Público e a Magistratura, e recebiam salários mais baixos.

O 1o Diagnóstico de Gênero realizado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2018) constatou que 79,5% das defensoras consideram sua vida pessoal mais afetada que a dos colegas homens; ter mais responsabilidades nas tarefas domésticas (75%) e 9,86% afirmaram já terem sido preteridas para cargo de chefia por ser mulher.

Já a Defensoria Pública da União (DPU) é responsável pela prestação integral e gratuita de assistência jurídica, judicial e extrajudicial ao cidadão socialmente vulnerável perante os Juízos Federais, do Trabalho, Juntas e Juízos Eleitorais, Juízos Militares, as Auditorias Militares, Tribunal

Marítimo e perante as instâncias da Administração Pública Federal, Tribunais Superiores e Supremo Tribunal Federal, contemplando as mais diversas áreas de atuação, tais como os direitos humanos, previdenciário, criminal, entre outras (Gonçalves et al, 2015, p.83).

A DPU é composta por 549 integrantes, sendo 32% do sexo feminino e 68% do sexo masculino, na faixa etária entre 31 e 37 anos, (Gonçalves et al, 2015, p.84) majoritariamente branca (73,7%) e com apenas 2,5% autodeclarados negros. Ou seja, o perfil majoritário é composto por indivíduos jovens do sexo masculino, brancos, cuja idade média é de 37 anos de idade.

Parcela significativa ingressou na carreira após 2010 (45,1%), após concurso público exclusivo (99,7%). As motivações para o ingresso na carreira foram semelhantes às dos defensores públicos estaduais, sendo o interesse pelo trabalho social (92,9%), a estabilidade no cargo público (89,9%) e a remuneração (83,2%) as mais citadas (Gonçalves et al, 2015, p. 85).

O profissionalismo da carreira tem como referência o padrão masculino, branco e de camada média alta, o que dificulta o ingresso de mulheres, especialmente negras. No entanto, diante de interesses políticos de governantes e parlamentares nas indicações para os cargos de direção, a ideia de profissionalismo cede.

De acordo com a Pesquisa Nacional da Defensoria Pública (2021), 27,5% de Defensores/as Públicos/as provêm de famílias com renda de 10 a 20 salários-mínimos e 26,4% de famílias com renda acima de 20 salários mínimos. Esses resultados mostram que os relativamente mais privilegiados têm maior propensão para a carreira, mas existe alguma diversidade. O mesmo padrão foi encontrado ao analisar cor/raça/etnia. Impressiona o fato de que 74% de defensores/as públicos/as são brancos, enquanto a população brasileira é predominantemente composta por indivíduos pardos. Todavia, isso também se observa nas demais profissões do sistema de justiça.

6. Considerações finais

Verificamos que, em todas as carreiras examinadas (Magistratura, Ministério Público e Defensorias Públicas), a desigualdade de gênero é racializada e obedece a uma ordem de gênero que mantém a hegemonia masculina branca. No âmbito dos Tribunais Superiores e na Procuradoria-Geral da República é muito baixa a participação de mulheres. Isto se deve ao critério de nomeação política dos seus integrantes, que obedece a interesses do Executivo e do Congresso Nacional, em que as mulheres também estão sub-representadas. Ou seja, os critérios políticos de escolha tendem a excluir as mulheres. Nesse sentido, a discussão feminista, por um lado, deve se preocupar com a forma de indicação de magistrados para os Tribunais Superiores e de membros do Ministério Público para a PGR e, por outro, com o aumento da representação política das mulheres.

Por isso, as iniciativas institucionais de cotas ou de promoção da equidade de gênero, embora importantes, não têm sido suficientes para garantir a equidade de gênero e raça, pois, se a presença das mulheres é relevante, ela não é suficiente para que essas profissões rompam com a referência nos pares masculinos, brancos e de camada média alta que, por um lado, afirma o profissionalismo (masculino) das carreiras e por outro, leva à escolha de homens brancos para os altos cargos.

Além disso, ao se considerar o número de advogadas registradas na OAB e o número de mulheres nas profissões jurídicas, é de se supor que a grande maioria das mulheres continua a trabalhar em escritórios privados de advocacia ou em empresas, espaços em que estarão mais sujeitas à discriminação e competição (Bruschini & Lombardi, 1999), inclusive por clientes (Sciamarella, 2020). A estratificação da carreira (Bruschini & Lombardi, 1999; Bonelli, 2008), a divisão social e sexual do trabalho (Bonelli, 2008) e a internacionalização (Bertolin, 2017) contribuem para que as mulheres permaneçam como mão de obra mais barata e sujeita a piores condições de trabalho e com muita dificuldade de ascender a posições de comando. Além disso, a maternidade e o casamento reduzem as chances de sucesso ou ascensão na Advocacia, razão pela qual a Magistratura consiste em uma opção profissional para as mais jovens (Bruschini & Lombardi, 1999), mas a maternidade e as tarefas domésticas persistem como obstáculos ainda hoje para a ascensão na carreira (Bonelli, 2017; Sciamarella, 2020). Na Magistratura, a paternidade é maior que a maternidade e indica que o Judiciário não é um espaço mais "neutro" em termos de gênero (Sciamarella, 2020).

Ligia Afonso (2019, p. 317) observa que em Portugal, as mulheres são maioria na Advocacia e na Magistratura (que abrange magistrados judiciais e do Ministério Público). Contudo, "ocultas sob a superioridade numérica das mulheres, se destrinça situações de desigualdade real

reveladoras de dinâmicas de segmentação horizontal e vertical que arrastam as mulheres para as margens da profissão".

No contexto brasileiro, para Leda de Oliveira Pinho et al. (2019, p. 263) as "estruturas sociais conformadoras dos papéis masculino e feminino encontram na neutralidade discriminatória das normas que regem a carreira da Magistratura o espaço ideal para atravancar mudanças mais rápidas de cenário". A afirmação se aplica igualmente para as carreiras do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Quais as possibilidades, então, de atender a Recomendação n. 33 da CEDAW e remover as barreiras à participação das mulheres como profissionais dentro de todos os órgãos e em todos os níveis do sistema judicial brasileiro, e de serviços relacionados com a justiça?

Para responder a essa pergunta é preciso ter em conta que o sistema de justiça está inserido num macrossistema sociocultural do país, de modo que reproduz um padrão estrutural. Alterações estruturais não serão promovidas por ações internas do sistema de justiça, mas por ações e fatores externos, na dimensão das relações econômicas, sociais e culturais. Assim, por exemplo, uma equalização das responsabilidades do cuidado para homens e mulheres e a valorização econômica das tarefas domésticas.

Todavia, essa constatação não significa que nada pode ou deve ser feito no interior do sistema de justiça. Há uma agenda de pesquisas de enfoque institucionalista, segundo o qual existe "um processo pelo qual instituições transmitem aos indivíduos fluxos de informação capazes de afetar e modificar comportamentos" (como citado em Pinho et al., 2019, p. 270). A teoria institucionalista afirma ser possível a construção de normas que atenuem os fatores estruturais. Nesse sentido:

Há uma crescente literatura que passa a associar gênero e neo institucionalismo, em um processo que Mackay e Waylen (2014) denominam de generificação das instituições (gendering). As perguntas feitas nesse processo versam sobre se há mesmo a possibilidade de mudança de desenhos institucionais de modo a que passem a contornar a discriminação por gênero, e como essas mudanças se institucionalizam e vêm para ficar (Pinho et al., 2019, p.272).

As Resoluções do CNJ e do CNMP antes referidas operam com essa possibilidade. O CNJ tomou a dianteira criando, pela Portaria CNJ n. 133/2018, o Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (LIODS) para, entre outras ações, implementar a meta de empoderamento de meninas e mulheres e a sua participação em cargos públicos.

Iniciativas infralegais certamente possuem menor força para induzir mudanças, porque podem ser abandonadas quando mudam os dirigentes das instituições. Por isso, o debate em torno da maior representação de gênero e raça no sistema de justiça brasileiro deverá lidar com problemas estruturais, como o racismo e o sexismo e ainda, com a forma de escolha política para integrantes dos Tribunais Superiores, pois esses são obstáculos estruturais para a equidade do sistema de justiça brasileiro.

Referências

- Afonso, L. (2019). *Feminização das profissões jurídicas: algumas notas sobre Portugal*. In: Castilho, E. W. V. et al. (Orgs.) *Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro*. Brasília, 317-338.
- Basebe-Serrano, S. (2020) ¿En qué medida la independencia judicial incide sobre la presencia de mujeres en altas cortes de justicia? América Latina en perspectiva comparada. *Política y gobierno*. Vol, XXVII, N 1, semestre, 1-15.
- Bertolin, P. T. M. (2017). Feminização da advocacia e participação feminina nas sociedades de advogados. *Cadernos de Pesquisa*: Fundação Carlos Chagas, vol. 47, N.163, jan-mar, 16-42.
- Bonnelli, M. G. (2016). Carreiras jurídicas e vida privada: intersecções entre trabalho e família. *Cadernos Pagu* (46), janeiro-abril, 245-277.
- Bonelli, M.G., Oliveira, F. L. (2020) Mulheres magistradas e a construção de gênero na carreira judicial. São Paulo: *Novos Estudos CEBRAP*, Vol. 39, N. 1, jan-abril, 143-163.
- Bruschini, C., Lombardi, M.R. (1999) Médicas, arquitetas, advogadas e engenheiras: mulheres em carreiras de prestígio. Florianópolis: *Estudos Feministas, Separata*, vol. 7, n. 1 e 2, 9-24.
- Castilho, E.W.V. de, Sadek, M.T.(1998) *O Ministério Público Federal e a administração da justiça no Brasil*. São Paulo: IDESP: Sumaré.
- Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. *Provimento n. 202/2020*. Altera o art. 2º, o caput e o §1º do art. 3º, e o caput do art. 7º, e revoga os §§1º e 3º do art. 7º do Provimento n. 146/2011, que "Dispõe sobre os procedimentos, critérios, condições de elegibilidade, normas de campanha eleitoral e pressupostos de proclamação dos eleitos nas eleições dos Conselheiros e da Diretoria do Conselho Federal, dos Conselhos Seccionais e das Subseções da Ordem dos Advogados do Brasil e da Diretoria das Caixas de Assistência dos Advogados e dá outras providências". Disponível em <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/316456>.
- Conselho Nacional de Defensoras e Defensores Públicos [CONDEGE]. (2021). Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2021. Disponível em Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2021 (pesquisanacionaldefensoria.com.br) Acesso em 30 de setembro de 2021.
- Conselho Nacional de Justiça [CNJ] (2015). *Resolução n. 203 de 23 de junho de 2015*. Dispõe sobre a reserva aos negros, no âmbito do Poder Judiciário, de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2203>.
- Conselho Nacional de Justiça (2018). *Resolução n. 255, de 4 de setembro de 2018*. Institui a política nacional de incentivo à participação institucional feminina no Poder Judiciário. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2670>.
- Conselho Nacional de Justiça (2018). *Perfil Sociodemográfico dos magistrados brasileiros*. Brasília: CNJ.
- Conselho Nacional de Justiça (2018). *Portaria n. 133, de 28 de setembro de 2018*. Institui Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Agenda 2030. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/portaria/portaria_133-28092018_14102018134936.pdf.
- Conselho Nacional de Justiça (2019). *Diagnóstico da participação feminina no poder judiciário*. Brasília: CNJ.
- Conselho Nacional de Justiça (2020). *Resolução n. 336 de 29 de setembro de 2020*. Dispõe sobre a promoção de cotas raciais nos programas de estágio dos órgãos do Poder Judiciário nacional. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3497>.
- Conselho Nacional de Justiça (2021). *Pesquisa sobre negros e negras no poder judiciário*. Brasília: CNJ.
- Conselho Nacional do Ministério Público [CNMP] (2019). *Ministério Público: um retrato 2018*. Brasília: CNMP, Vol. VII.

- Conselho Nacional do Ministério Público** (2019). *Cenários de Gênero*. Comissão de Planejamento Estratégico. Brasília: CNMP.
- Conselho Nacional do Ministério Público** (2019). Diálogos Brasil-União Europeia Perspectivas de Equidade de Gênero no Sistema de Justiça – Ministério Público. *Memorial 1ª Conferência Regional de Promotoras e Procuradoras de Justiça*. Edição da Região Norte: Manaus-AM, 22 e 23 de fevereiro de 2019, Brasília: CNMP.
- Conselho Nacional do Ministério Público** (2019). Memorial 2ª Conferência Regional de Promotoras e Procuradoras de Justiça. Edição da Região Nordeste: Salvador-BA, 29 e 30 de março de 2019. Brasília: CNMP.
- Conselho Nacional do Ministério Público** (2019). Memorial 3ª Conferência Regional de Promotoras e Procuradoras de Justiça. Edição da Região Centro-Oeste: Goiânia-GO, 26 e 27 de abril de 2019. Brasília: CNMP.
- Conselho Nacional do Ministério Público** (2019). Memorial 4ª Conferência Regional de Promotoras e Procuradoras de Justiça. Edição da Região Sudeste: São Paulo-SP, 7 e 8 de junho de 2019. Brasília: CNMP.
- Conselho Nacional do Ministério Público** (2019). Memorial 5ª Conferência Regional de Promotoras e Procuradoras de Justiça. Edição da Região Sul: Bento Gonçalves-RS, 28 e 29 de junho de 2019. Brasília: CNMP.
- Conselho Nacional do Ministério Público** (2020). Recomendação n. 70, de 30 de novembro de 2020 (2020) Recomenda a instituição de programas e ações sobre equidade de gênero e raça no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados. Diário Eletrônico, Caderno Processual, edição de 02/12/2020.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (2022). Recuperado em 10 julho de 2021. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- Gonçalves, G. V., Brito, L. C. S. & Filgueira, Y. G. S. (Orgs.)** (2016). *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário.
- Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Anísio Teixeira [INEP]** (2020). *Censo da Educação Superior 2019*. Brasília: MEC.
- Ministério Público Federal [MPF]** (2018) Percepção Feminina. 1ª Conferência Nacional de Procuradoras da República. *Memorial*. Brasília: MPF.
- Pinho, L. O.; Alves, C. M. S. P., Gomes, M. T. U. & Sousa, P. F. C.** (2019). Perspectivas da participação feminina na Magistratura brasileira: dos obstáculos estruturais às possibilidades de inovação institucional. In: Castilho, E. W. V. et al. (Orgs.) *Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro*. Brasília-DF, 261-284.
- Sciamarella, A. P.** (2020). *Magistratura e gênero: uma análise da condição profissional feminina no judiciário fluminense*. Rio de Janeiro: Autografia.
- Silva, E. C. & Flauzina, A. L. P.** (2021). A Defensoria Pública no Brasil: gênero, raça e poder. *Direito Público*, [S.l.], v. 18, n. 98, julho, ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5309>>. Acesso em: 26 set. 2021.
- Supremo Tribunal Federal – STF**. Ministros. *Ellen Gracie Northfleet*. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/ostf/ministros/verMinistro.asp?periodo=STF&tid=35>. Acesso em 27 de jul. de 2022.
- Tribunal Regional Eleitoral – CE**. *Memória eleitoral – Desembargadora Auri Moura Costa*. Disponível em <https://www.tre-ce.jus.br/o-tre/memoria-eleitoral/desembargadora-auri-moura-costa>. Acesso em 27 de jul. de 2022.
- Tribunal Regional do Trabalho**. *Resolução Administrativa n. 3/2017*. Aprova a política de equidade de gênero, raça e diversidade do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/resolucoes-administrativas?1>.

Tribunal Superior do Trabalho. Ato Conjunto n. 24/CSJ.TST.GP, de 13 de novembro de 2014. Institui a política nacional de responsabilidade socioambiental da Justiça do Trabalho (PN-RSJT). Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/52380>. Acesso em 10 de jul. de 2021.

Wikiwand, enciclopédia livre. *Thereza Grisólia Tang*. Disponível em https://www.wikiwand.com/pt/Thereza_Gris%C3%B3lia_Tang. Acesso em 27 de jul. de 2022.

RESEÑA

Inimputabilidad y enfoque de género

Autora

María Camila Correa Flórez*

La sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (SP2649 – rad. 54044, 2022), del 27 de julio de 2022, declaró inimputable a una mujer que mató a sus tres hijos. En esta reseña haré un breve comentario a esta decisión, en la que la Corte utiliza y reivindica el enfoque de género como un criterio para aproximarse a casos de mujeres víctimas de violencia que cometen delitos.

Desde los nueve años, Johana del Carmen Montoya Rosario fue víctima de violencia sexual por parte de su padre. Su madre nunca le creyó y, por tanto, la agredió física y verbalmente de manera reiterada. Por estas razones, a muy temprana edad, Johana del Carmen se fue de su casa y vivió de manera precaria, sin acceso a recursos ni a educación. En 2005, con catorce años, tuvo a su primer hijo y desde entonces "empezó a escuchar recurrentemente voces que la compelian a quitarse la vida" (Corte Suprema de Justicia, SP2649 – rad. 54044, 2022, p. 2). En 2008 tuvo a su segunda hija y en 2010 a su tercer hijo. En 2014 regresó a casa de sus padres. Radicada allí descubrió que su padre agredía sexualmente a su hija. Impulsada por las autoridades administrativas en temas de Familia y por el miedo a perder la custodia de su hija, abandonó la casa de sus padres y se radicó en una pequeña habitación con su hija, sus dos hijos y su pareja sentimental. Según los hechos probados, por esos días, además de seguir oyendo las ya mencionadas voces que la instaban a suicidarse, Johana del Carmen sentía pasos en el techo del inmueble y evitaba mirarse al espejo porque no veía su reflejo sino el de otra mujer. No dormía, lloraba persistentemente y padecía incesantes dolores de cabeza. Tenía ansiedad y depresión" (Corte Suprema de Justicia, SP2649 – rad. 54044, 2022, p.2).

El 18 de febrero de 2015 Johana del Carmen degolló a sus tres hijos y luego se trató de suicidar. El 23 de noviembre de 2017 fue condenada a 720 meses de prisión por el delito de homicidio agravado. La defensa de Johana del Carmen apeló la decisión, pero fue confirmada en segunda instancia. En consecuencia, la defensa interpuso recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia. El fundamento del recurso se basó en que no se había tenido en cuenta —en ninguna de las instancias— que Johana del Carmen padecía un trastorno esquizoafectivo. A pesar de que la defensa, en su momento, presentó el informe de un psicólogo experto en donde se explicaba que Johana del Carmen sufría dicho trastorno —el cual le impidió comprender la realidad en el momento de los hechos—, en ambas instancias judiciales se dio más valor al informe rendido

*Profesora principal de Carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia. Coeditora de la Revista *IusGénero América Latina* – iGAL. Miembro adherente de la Red de Académicas/os Latinoamericanas/os del Derecho (Red ALAS).

VOLUMEN 1 / NÚMERO 1

[2022 | 2023]

por un médico psiquiatra, presentado por la Fiscalía, quien afirmó que la procesada no padecía ninguna enfermedad mental. Para los dos jueces tuvo más valor el testimonio del psiquiatra que del psicólogo, quien estaba igual de capacitado para rendir dicho concepto. Adicionalmente, argumentó la defensa, tampoco tuvieron en cuenta los testimonios que corroboraban que Johana del Carmen padecía el trastorno. Por estas razones, solicitó a la Corte que declarara inimputable a la acusada, teniendo en cuenta —además— que había sido víctima “de una cadena de miseria de orden familiar y social” (SP2649 – rad. 54044, 2022, p. 5).

La Corte resaltó, en sus consideraciones iniciales, que los jueces de instancia no tuvieron en cuenta las condiciones sociales y familiares en las que la acusada creció y se encontraba para el momento de los hechos, como lo afirmó la defensa. La Corte estableció que dichas condiciones son “la manifestación de una profunda violencia sexista que las instancias estaban obligadas a ponderar con enfoque de género” y a tener en cuenta a la hora de definir la situación legal de la acusada. (SP2649 – rad. 54044, 2022, p.11).

Ahora, si bien la Corte no mencionó de manera textual el problema jurídico al que se enfrentaba en este caso, de sus afirmaciones es posible extraerlo: establecer si Johana del Carmen estaba en capacidad o no de actuar acorde a la norma. En otras palabras, si en este caso su conducta es culpable, o no cumple con este requisito de imputación personal, toda vez que se encontraba inmersa en una causal de inimputabilidad.

Para dar respuesta al problema planteado, la Corte hizo un recorrido por la categoría dogmática de la culpabilidad recordando que se trata de “un reproche (...) contra quien, teniendo a mano la alternativa de lo jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es” (SP2649 – rad. 54044, 2022, pp. 11 y 40). Y concluye que Johana del Carmen debió haber sido declarada inimputable desde el principio del proceso, pues padecía un trastorno mental causado por la violencia de la que siempre fue víctima y las demás circunstancias de exclusión en las que creció y vivió hasta el día en que tuvieron lugar los hechos. Es decir, para la Corte Suprema de Justicia, el trastorno mental que le causó su contexto de violencia le impedía actuar motivada por la norma, porque no estaba en capacidad de comprender lo errado y delictivo de su actuación, y de determinarse de acuerdo con esa comprensión (SP2649 – rad. 54044, 2022). Decidió entonces declararla inimputable, imponiéndole la correspondiente medida de seguridad.

Para llegar a esta conclusión, la Corte realizó un acertado análisis desde la perspectiva de género. Afirmó que, en los casos en que se procesa judicialmente a una mujer víctima de violencia, los hechos también deben ser valorados bajo el lente de la perspectiva o enfoque de género. No solo debe usarse este lente en casos en los que las mujeres son víctimas en el marco del proceso penal.

Según la Corte, la perspectiva de género debe mediar los análisis judiciales “siempre que de los hechos conocidos pueda inferirse razonablemente que la comisión de la conducta punible tuvo relación con una victimización de género precedente o concomitante” (SP2649 – rad. 54044, 2022, p. 19). Lo que está diciendo la Corte no es nada diferente a afirmar que, en casos como el de Johana del Carmen, se debe tener en cuenta el contexto de violencia basada en género del que ha sido víctima la mujer agresora, para establecer la sanción —o la ausencia de esta—, porque se configura una causa de ausencia de responsabilidad penal:

VOLUMEN 1 / NÚMERO 1

[2022 | 2023]

Esa perspectiva también puede resultar útil para que los jueces efectúen interpretaciones más justas de categorías del delito distintas de la culpabilidad, verbigracia, para consolidar un entendimiento más flexible del requisito de proporcionalidad exigido para la configuración de la legítima defensa cuando una mujer que ha sido recurrente y sistemáticamente violentada por su pareja le causa a ésta la muerte en medio de un acto de defensa, para reconceptualizar la noción de "inminencia" de la agresión que justifica la defensa –de modo que «también el peligro continuado... puede ser considerado como un peligro actual, siempre que éste pueda traducirse, en cualquier momento, en una lesión»–, ora como un criterio reforzador de la presunción de inocencia" (Corte Suprema de Justicia, SP2649 – rad. 54044, 2022, p. 28).

Esto se traduce en aplicar uno de los métodos jurídicos feministas a los que, ya para 1990, hacía referencia Katharine Bartlett: el razonamiento práctico feminista. Este, según la autora, es "una combinación del modelo aristotélico clásico de deliberación práctica y una perspectiva feminista al identificar y tener en cuenta la perspectiva de los excluidos" (Bartlett, 1990, p. 850). Y eso es justamente lo que la Corte integra al deber judicial de hacer análisis del contexto del acusado o acusada. La perspectiva de género es entonces una "especificación especializada del deber judicial general" (Corte Suprema de Justicia, SP2649 – rad. 54044, 2022, p. 24). Deber de tener en cuenta las circunstancias del autor o autora de un delito que, en casos como el acá tratado, "implica un análisis cuidadoso del contexto personal de la mujer infractora entendiendo las estructuras de violencia y discriminación que suelen determinar las condiciones de vida de las mujeres" (Correa Flórez, 2022).

Desde este punto de vista, el fallo judicial de la Corte le hace un llamado de atención a la Fiscalía General de la Nación (ente acusador en Colombia), recordándole que sus actuaciones de indagación e investigación en casos de mujeres agresoras víctimas de violencia también deben ser realizadas bajo el lente de la perspectiva de género.

En conclusión, esta decisión judicial sienta jurisprudencia sobre la necesidad de hacer uso del enfoque de género en todas las etapas de los procesos en que las acusadas y procesadas son mujeres víctimas de violencia. Y, si bien esto resulta obvio para quienes nos dedicamos al estudio del derecho penal desde una perspectiva feminista, la decisión es muy importante porque es la primera vez que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia lo expresa abiertamente en una resolución judicial. Es, sin duda, un fallo judicial de interés para quienes nos dedicamos al análisis y a la crítica del derecho penal desde los estudios feministas y de género.

VOLUMEN 1 / NÚMERO 1
[2022 | 2023]

Referencias Bibliográficas

- Barlett, K.** (1990). "Feminist Legal Methods". Harvard Law Review, 103 (4).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia**, Sala de Casación Penal. (27 de julio de 2022). Sentencia SP2649 – radicado 54044 [MP José Francisco Acuña Vizcaya]. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/08/SP2649-2022.pdf>.
- Correa, M.** (2022). "La reivindicación del enfoque de género". Periódico Ámbito Jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/la-reivindicacion-del-enfoque-de-genero>.