

VOLUMEN 2 / NÚMERO 2
[2024]

*i*GAL

Ius Género
América Latina

| RED | ALAS |



VOLUMEN 2 / NÚMERO 2
[2024]

*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 homoerótico, 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

Universidade Federal de Pelotas, UFPEL.
Integrante de Red ALAS.

Celeste Elorriaga

Asistente editorial

Guillermo Holsman

LLM, Colaboración en la edición.

Artículos

- A competência híbrida nas varas de violência doméstica e familiar contra a mulher de Cuiabá: um estudo de caso
Gabriela Cortez Campos y Fabiana Cristina Severi 7-21
- La agonía del sexo como categoría jurídica
Laura Fiorita 22-41
- La perspectiva de género en la justicia penal colombiana: un análisis desde las personas de la comunidad LGBTQ+
Bernardo Arenas Blanco 42-61
- La información fiscal como insumo esencial para el diseño de políticas y acciones que eliminen las brechas de género
Agustina O'Donnell 62-73
- ¿Es útil la laicidad para la defensa de los derechos sexuales y reproductivos en América Latina en la era postsecular?
Pauline Capdevielle 74-87
- Políticas públicas y el trabajo de cuidados en Puerto Rico: impacto de la deuda pública, la bancarrota del gobierno y el neoliberalismo
Esther Vicente, Marilucy González Báez, Patricia Otón Olivieri, Yanira Reyes Gil 88-105

Reseñas

- Libertad religiosa, Libertad para discriminar: 303 Creative LLC, et al. v. Aubrey Elenis, et al.
Yanira Reyes Gil 107-112
- Enfoque de género, mitos de violación y procesos por delitos sexuales. Comentario a la Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, del 1 de noviembre de 2023. Rad. 64028
María Camila Correa Flórez y María José García Prada 113-117

ARTÍCULOS

A competência híbrida nas varas de violência doméstica e familiar contra a mulher de Cuiabá: um estudo de caso

Autoras

Gabriela Cortez Campos*

Fabiana Cristina Severi**

Cómo citar este artículo

Cortez Campos, G. y Severi, F. (2024). A competência híbrida nas varas de violência doméstica e familiar contra a mulher de Cuiabá: um estudo de caso, REV. IGAL, II (2), p. 7-21.

* Universidade de São Paulo
<https://orcid.org/0000-0001-6410-2506>

** Universidade de São Paulo
<https://orcid.org/0000-0002-8399-7808>

RESUMO

O presente trabalho objetiva refletir acerca do funcionamento da competência híbrida nas Varas de Violência Doméstica e Familiar de Cuiabá e seu impacto no acesso à justiça das mulheres. A partir de uma revisão bibliográfica integrativa buscamos verificar quais são os efeitos da implementação da competência híbrida apontados pela literatura. Posteriormente, realizamos entrevistas semiestruturadas e pedido de informações ao Tribunal de Justiça do Mato Grosso para verificar se estes efeitos se verificavam na prática jurisdicional. A literatura apontou dez efeitos principais; dentre eles, menciona-se a ausência de peregrinação entre varas e a promoção da celeridade e efetividade processual. Os dados empíricos demonstraram que, enquanto alguns destes efeitos são observados, outros não aparecem e/ou aparecem de forma contraditória. Apesar das Varas de Violência Doméstica e Familiar de Cuiabá cumulem as competências cíveis e criminais, houveram poucas adaptações procedimentais, prejudicando a efetividade do instituto. Pudemos concluir que a implementação da competência híbrida é viável e traz mudanças significativas para as mulheres em situação de violência que buscam o sistema de justiça. Todavia, o modelo jurisdicional implementado nas varas de violência doméstica e familiar de Cuiabá ainda não corresponde àquele idealizado pela Lei Maria da Penha.

PALAVRAS-CHAVE:

COMPETÊNCIA HÍBRIDA; LEI MARIA DA PENHA; VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER; ACESSO À JUSTIÇA; PODER JUDICIÁRIO.

ABSTRACT

The present study aims to reflect on the functioning of hybrid jurisdiction in the Domestic and Family Violence Courts of Cuiabá and its impact on women's access to justice. Through an integrative literature review, we sought to examine the effects of implementing hybrid jurisdiction as indicated by existing literature. Subsequently, semi-structured interviews were conducted, and information was requested from the Mato Grosso Court of Justice to assess whether these effects were evident in judicial practice. The literature identified ten main effects, including the elimination of forum shopping and the promotion of procedural expediency and effectiveness. Empirical data demonstrated that while some of these effects are observed, others do not appear or appear in contradictory ways. Despite the Domestic and Family Violence Courts of Cuiabá having both civil and criminal jurisdiction, there have been few procedural adaptations, thus impeding the effectiveness of the institution. We concluded that the implementation of hybrid jurisdiction is feasible and brings significant changes for women experiencing violence seeking justice. However, the jurisdictional model implemented in the Domestic and Family Violence Courts of Cuiabá still does not correspond to that envisioned by the Maria da Penha Law.

KEYWORDS:

HYBRID COMPETENCE; MARIA DA PENHA'S LAW; VIOLENCE AGAINST WOMEN; ACCESS TO JUSTICE; JUDICIARY.

1. Introdução

A Lei Maria da Penha (LMP - Lei n. 11.340/06) é fruto de um processo de advocacy feminista (Barsted, 2011; Calazans & Cortes, 2011; Severi, 2018), que exigia a criação e a positivação de uma lei específica voltada a proteção das mulheres nos casos de violência doméstica. A lei, promulgada em 2006, inaugurou um novo marco interpretativo no ordenamento jurídico brasileiro para os casos de violência contra as mulheres, eis que incorporou a perspectiva de gênero e raça na análise desses casos.

A Lei Maria da Penha busca conferir uma proteção integral à mulher, prevendo mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar, bem como conferir medidas de assistência e proteção a essas mulheres. Um dos institutos idealizados pela lei a fim de garantir uma proteção integral e efetiva foi a competência cumulativa dos juizados especializados, prevista no artigo 14 da Lei Maria da Penha.

Conforme o texto legal, as instâncias judiciárias¹ especializadas de violência doméstica tratariam de todas as questões, criminais e cíveis, que tivessem, como causa do pedido, eventos relacionados à violência doméstica contra a mulher. O conhecimento amplo de toda a situação fática por um mesmo magistrado também possibilitaria a tomada de decisão de maneira mais coerente acerca das diversas questões que circunscrevem a violência doméstica de gênero (Parizotto, 2018, p. 289), evitando a ocorrência de decisões conflitantes (Ferreira, 2018). A cumulação de competências também evitaria que as mulheres tivessem de peregrinar entre serviços judiciários (Campos, 2015b) e enfrentar a violência institucional (Fachin & Barwinski, 2021).

Sabe-se, no entanto, que muitos institutos jurídicos são implementados de forma diversa daquela originalmente idealizada (Campos, 2017 & Pasinato, 2017). Tendo em vista a experiência positiva na construção de uma vara híbrida no Tribunal de Justiça do Mato Grosso - TJMT (Pasinato, 2009), em um cenário em que esse tipo de organização é uma verdadeira exceção no ordenamento brasileiro (Campos, 2015a), mostra-se essencial estudar seu funcionamento. Tal fator aliado à existência de poucas pesquisas que se dedicam a estudar a questão da competência híbrida justifica o presente trabalho.

Este artigo faz parte da pesquisa de mestrado em desenvolvimento pela pesquisadora principal, que objetiva compreender o funcionamento da competência híbrida nas Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher na comarca de Cuiabá e seu impacto no acesso à justiça das mulheres. Buscamos apresentar os resultados parciais obtidos até o momento. Através da revisão bibliográfica, da realização de entrevistas semiestruturadas e de pedidos de informação ao Tribunal, buscamos verificar quais são os efeitos da implementação da competência híbrida apontados pela literatura e se eles se verificam na prática jurisdicional.

2. Metodologia

Para responder nosso objetivo, estruturamos um estudo de caso com a utilização da análise por triangulação de métodos (Marcondes & Brisola, 2014, p. 204). Em um primeiro momento, fizemos uma revisão bibliográfica integrativa (Whittemore & Knafl, 2005) a fim de identificar quais são os efeitos da implementação da competência híbrida apontados pela literatura. A escolha pela revisão integrativa se justifica na medida em que o método permite a incorporação de trabalhos com abordagens metodológicas distintas, possibilitando uma visão mais abrangente do fenômeno estudado (Souza et al., 2010). Como ainda são poucos os estudos que se voltam a compreender e investigar a competência híbrida da Lei Maria da Penha este método de revisão pareceu mais adequado.

Utilizamos como base os autores Whittemore e Knafl (2005) e Souza et al. (2010) para estabelecer nosso protocolo de revisão. Consideramos as seguintes etapas: (i) definição de pergunta norteadora; (ii) definição de descritores, base de dados, critérios de inclusão e exclusão; (iii) coleta de estudos; (iv) inclusão de outros estudos a partir da técnica de bola de neve; (v) codificação e análise crítica dos estudos incluídos; e (vi) discussão dos resultados.

Utilizamos como pergunta norteadora o seguinte questionamento: "quais os efeitos da (não) implementação da competência híbrida?". Selecionamos os estudos que respondessem, ainda que parcialmente, a pergunta colocada. Foram consultadas as bases de dados: Scielo, HeinOnline, Periódicos CAPES, Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD).

¹Embora a lei fale em Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, adotamos a expressão instâncias judiciárias a fim de contemplar os estados que implementaram varas judiciais ao invés de juizados. As diferenças entre uma vara e um juizado residem na forma como são estruturadas e no recurso disponibilizado para tais locais, interferindo no número de servidores alocados e até na estrutura física.

Utilizamos os seguintes descritores para realizar a busca ("Lei Maria da Penha" OR "violência doméstica") AND ("competência híbrida" OR "dupla competência" OR "dupla jurisdição" OR "jurisdição integral" OR "jurisdição ampla" OR "competência" OR "artigo 14"). O levantamento na base de dados foi realizado no mês de abril de 2023.

Ao final desse processo, foram selecionados 20 estudos que dialogavam com a pergunta de pesquisa proposta. As referências destes textos também foram analisadas a fim de encontrar outros estudos relevantes para a pesquisa. A intenção era utilizar-se da técnica bola de neve a fim de atingirmos um ponto de saturação teórica (Glaser & Strauss, 2006). Esta etapa resultou na inclusão de 5 (cinco) novos estudos.

Os estudos selecionados foram, então, organizados em uma tabela de Excel contendo suas principais características. Esta pré-catologação nos permitiu analisar tematicamente o conteúdo a partir do método utilizado pela Bardin (2006). A análise de conteúdo, enquanto método científico, consiste no conjunto de técnicas que codifica a mensagem principal a partir de sua repetição e permite a produção de inferências de conhecimento (Bardin, 2006, p. 41). Elegemos dez efeitos principais ocasionados pela (não) implementação da competência cumulativa.

Estas categorias guiaram a coleta de dados empíricos. A fim de verificar se os efeitos apontados pela literatura correspondem à realidade judiciária, iniciamos a nossa coleta de dados empíricos através da realização de entrevistas semiestruturadas (Minayo & Costa, 2018). Este tipo de entrevista semiestruturada ocorre a partir de um roteiro pré-formulado com espaço para perguntas abertas. Esse modelo permite que o entrevistador tenha um controle sobre o que se pretende extrair do campo ao mesmo tempo em que confere espaço para as reflexões espontâneas do entrevistado (Minayo & Costa, 2018).

Escolhemos entrevistar os diversos profissionais que atuam nas varas especializadas da comarca de Cuiabá. Incluímos magistrados, promotores, defensores públicos, advogados e servidores. Buscamos obter perspectivas diversas a fim de conseguir compreender o fenômeno a partir das lentes de sujeitos que conhecem profundamente a rotina organizacional e seus bastidores e sujeitos familiarizados com o fenômeno a partir de sua utilização (Freitas & Jabbour, 2011).

O recrutamento dos participantes foi realizado considerando seu papel desempenhado dentro do sistema de justiça. O contato inicial foi realizado a partir de e-mails institucionais disponíveis na internet, com posterior técnica de bola de neve com a indicação de nomes para os que forem inicialmente entrevistados. Estabelecemos como critério de inclusão o conhecimento e a experiência pessoal junto às varas especializadas de violência doméstica da comarca de Cuiabá. Foram excluídos e dispensados aqueles que não concordaram com os termos da pesquisa e não possuíam experiência na área. Os participantes estavam cientes que poderiam desistir da entrevista a qualquer momento.

Entrevistamos nove profissionais, sendo: uma defensora pública; dois membros do Ministério Público; três juizes; dois assessores; uma advogada e uma psicóloga da equipe multidisciplinar. A exceção de uma entrevista, todas foram gravadas e posteriormente transcritas. Analisamos o conteúdo a partir dos códigos criados na etapa anterior de revisão bibliográfica. Buscamos identificar quais trechos das entrevistas correspondiam a quais efeitos da (não) implementação da competência já elencados pela literatura. Não foi preciso criar nenhum código novo, que eventualmente correspondesse a um efeito antes não observado.

Por fim, a última etapa da pesquisa correspondeu a solicitação de informações junto ao Tribunal de Justiça do Mato Grosso com base na Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011). Enviamos na data de 26/05/2023 ofício solicitando informações acerca da tramitação dos processos de violência doméstica, da organização da estrutura judiciária, do fornecimento de capacitações de gênero e do tempo médio de tramitação destes processos.

O conjunto dos dados coletados a partir das entrevistas semiestruturadas e dos dados fornecidos pelo TJMT foram confrontados com a literatura. Isso nos possibilitou verificar se as hipóteses levantadas pela literatura como efeitos da competência híbrida se verificavam na prática jurisdicional do TJMT.

3. Os efeitos da (não) implementação da competência híbrida

Conforme mencionamos, utilizamos da revisão bibliográfica integrativa para compreender quais são os efeitos, apontados pela literatura, da implementação da competência híbrida, ou de sua ausência, nas instâncias judiciárias de violência doméstica. A revisão foi realizada a partir

das etapas já elencadas no tópico anterior. Analisando o conteúdo dos estudos encontrados, percebemos dez efeitos principais ocasionados pela implementação da competência híbrida. Segundo a literatura, a cumulação de competências: (i) evita a peregrinação entre varas; (ii) evita a revitimização; (iii) protege a dignidade da mulher; (iv) diminui o custo do processo; (v) promove a celeridade e a efetividade processual; (vi) evita decisões conflitantes; (vii) trata do problema da violência doméstica considerando seus efeitos em diversos aspectos da vida das mulheres; (viii) evita a desconsideração da violência doméstica no processo civil; (ix) promove a capacitação especializada dos profissionais envolvidos; e (x) evita uma resposta meramente penal e insuficiente.

Como mencionado brevemente, a competência híbrida prevista no artigo 14 da Lei Maria da Penha consiste na cumulação de competências, cível e criminal, a partir do mesmo fato: a violência doméstica e familiar contra a mulher. As instâncias judiciárias especializadas de violência doméstica devem, então, analisar, julgar e executar todas as demandas decorrentes daquela relação, desde a persecução penal do agressor até outras medidas como divórcio, guarda dos filhos, alimentos, indenizações, dentre outras.

A forma como a prestação jurisdicional é oferecida influencia na qualidade da resposta obtida pelas mulheres que buscam o sistema de justiça. Logo em um primeiro momento, um mesmo juiz pode conhecer amplamente o caso, permitindo uma análise coerente de todas as questões tangenciais (Parizotto, 2018). Como frequentemente os conflitos da Lei Maria da Penha envolvem assuntos cíveis (Parizotto, 2018), a lei se torna mais efetiva quando todos os assuntos são tratados em um mesmo local (Barrenengoa, 2009).

Já na primeira audiência torna-se possível resolver outras questões para além da violência em si (Cruz, 2019), facilitando o acesso das mulheres a seus direitos e atuando de forma preventiva a um potencial agravamento da violência (Pasinato et al., 2019). Assim, a primeira vantagem apontada da implementação da competência híbrida é a sua abrangência integral, a qual garante uma maior proteção à mulher (Pasinato, 2015).

A competência ampliada permite, ainda, a prestação de uma resposta jurisdicional para além da esfera penal. Segundo Mello et al. (2018), a mulher em situação de violência dificilmente vai encontrar uma solução adequada para seu caso na esfera penal. A relação entre as partes, muitas vezes, continua mesmo após a ação penal. O direito penal não considera essas complexidades, o que o torna muitas vezes inadequado para a resolução de situações oriundas da violência doméstica e familiar (Mello et al., 2018). O direito penal não é capaz de interferir ou mudar a dinâmica do conflito em si, razão pela qual não atende de forma satisfatória a mulher em situação de violência que busca o sistema de justiça (Azevedo & Vasconcellos, 2012; Penco & Carrasco, 2009; Reginato, 2014).

Outra vantagem seria a promoção de uma maior celeridade na prolação das decisões ocasionada pela economia processual. O simples fato de todas as demandas serem analisadas em um mesmo juízo dispensaria a instauração de múltiplos processos, assegurando a economia processual (Azevedo & Vasconcellos, 2012; Mendes et al., 2022). A redução do número de processos também implica na redução das custas processuais e do tempo de preparo de cada ação (Mendes et al., 2022).

Autores também apontam que a reunião das competências acarretaria na redução do número de audiências (Parizotto, 2018) e na simplificação dos procedimentos (Fachin & Barwinski, 2021), fatores que contribuiriam para uma maior celeridade processual. Segundo Parizotto (2018, p. 300), "a 'morosidade' do Judiciário tem como um de seus fundamentos a maneira como os processos são conduzidos (divididos em cíveis e criminais) pelo próprio Judiciário", assim, a competência híbrida teria o potencial de acelerar a prestação jurisdicional.

Outro ponto importante é que as instâncias judiciárias de violência doméstica e familiar contra a mulher contam com o apoio da equipe multiprofissional. A presença de profissionais psicossociais torna possível um atendimento multidisciplinar (Mello et al., 2018; Oliveira, 2013), proporcionando um maior acolhimento à mulher em situação de violência.

Os profissionais atuantes nessas unidades judiciárias também receberiam uma capacitação específica de gênero, melhorando a qualidade do serviço e atendimento prestado. Com isso, o magistrado especializado conseguiria compreender de forma mais adequada as questões que permeiam a violência doméstica, sendo capaz, portanto, de fornecer uma resposta jurisdicional mais atenta às particularidades do fenômeno da violência doméstica (Debert & Oliveira, 2007; Ortega & Souza, 2017; Silva Junior, 2017).

As varas de família, por outro lado, não possuem essa capacitação específica, levando muitos juízes a desconsiderar a violência doméstica na análise e julgamentos dos processos (Cruz, 2019) ou minimizar a violência sofrida (Silva Junior, 2017). Essa desconsideração da violência doméstica também é explicada pelo fato de muitos juízes a considerarem uma questão exclusivamente penal (Castilho, 2019), não se atentando aos seus reflexos em outras esferas.

Tendo em vista que o processo civil é regido pela ideia de igualdade entre as partes, desconsiderar os reflexos da violência doméstica no processo civil significa não reconhecer a desigualdade e as vulnerabilidades que atingem aquela mulher, mitigando, assim, a sua proteção integral em detrimento da aplicação cega da lei (Cruz, 2019; Mendes et al., 2022, Pasinato et al., 2019). A desconsideração da violência doméstica no processo civil leva, ainda, a adoção de práticas típicas, como a conciliação e mediação (Castilho, 2019; Debert & Oliveira, 2007; Ortega & Souza, 2017; Parizotto, 2018), que reforçam as desigualdades entre as partes. A lógica da audiência de conciliação não se coaduna com a complexidade da violência doméstica, além de impor um contato entre as partes muitas vezes indesejado (Ortega & Souza, 2017).

Todos esses fatores concorrem para que a resposta jurisdicional seja mais efetiva, atenta às complexidades da violência doméstica e familiar e os seus reflexos na vida das mulheres, dos seus filhos e dos seus familiares. Por essas razões, a efetividade processual também foi apontada como um dos efeitos da implementação da dupla competência (Fachin & Barwinski, 2021; Fonseca, 2013).

Para além dos fatores já mencionados, a positivação da competência híbrida na Lei Maria da Penha teve como objetivo melhorar a experiência das mulheres em situação de violência que buscavam o sistema de justiça. As instâncias judiciais de violência doméstica e/ou as varas criminais comuns que julgam os crimes decorrentes de violência doméstica² podem deferir, em sede de medida protetiva, o afastamento do lar do agressor, a proibição de aproximação e contato com a vítima e seus familiares, bem como a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores³. Estas medidas restringem o contato entre o agressor e a mulher em situação de violência visando proteger a integridade física da mulher e prevenir o agravamento da violência.

No entanto, para que estas medidas sejam efetivas, mostra-se necessário o seu diálogo com a esfera cível, o que nem sempre acontece. Ferreira (2018) aponta ser corriqueiro o juiz da vara especializada afastar o agressor do lar e impedir o seu contato com a vítima e seus familiares e/ou dependentes, enquanto o juiz da vara de família autoriza-o a visitar e manter contato com seu filho. É comum vermos a adoção da guarda compartilhada como regra, ainda que exista uma decisão judicial criminal impedindo o contato direto entre os pais (Almeida, 2019; Castilho, 2019; Silva Junior, 2017).

Essa situação leva as mulheres a questionarem a efetividade do sistema de justiça (Oliveira, 2013), uma vez que são submetidas a procedimentos colidentes. A competência híbrida, ao centralizar as demandas em um mesmo lugar, resolveria esse problema garantindo uma maior coerência nas decisões decorrentes daquela situação de violência. Outra grande vantagem é evitar que a mulher tenha que peregrinar entre diferentes varas e serviços (Campos, 2015a, 2015b; Fachin & Barwinski, 2021; Pasinato, 2009; Pasinato et al., 2019; Silva Junior, 2017).

Pasinato et al. (2019, p. 195) afirmam que na ausência da competência híbrida, a trajetória no sistema de justiça "se ramifica para as varas de família, às quais as mulheres devem se dirigir caso desejem a separação de corpos, a separação conjugal, a guarda dos filhos, a concessão de pensão etc". Ainda que o conflito tenha a mesma origem (Campos, 2015b), a mulher passa a enfrentar uma verdadeira saga a ser percorrida em juízos diversos (Silva Junior, 2017) para ter seu problema solucionado.

Esta peregrinação muitas vezes acarreta à revitimização das mulheres, as quais se veem obrigadas a relatarem o mesmo fato perante várias autoridades (Castilho, 2019), revivendo aquela situação de violência inúmeras vezes. A fragmentação do relato e do atendimento também leva ao desamparo das mulheres (Ferreira, 2018) e a sua exaustão (Oliveira, 2013). Este procedimento acaba sendo extremamente custoso às vítimas, as quais, além de enfrentarem um desgaste emocional por reviverem o episódio de violência várias vezes, tem que arcar com mais despesas para a obtenção da documentação necessária e com o deslocamento contínuo ao tribunal e aos centros de assistências (Fachin & Barwinski, 2021).

² Conforme a redação do artigo 33 da Lei Maria da Penha, as varas criminais podem cumular a competência cível e penal enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

³ Estas medidas estão previstas no artigo 22, incisos II, III e IV, da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06).

Esses argumentos demonstram como a competência híbrida foi pensada a fim de minimizar os obstáculos culturais, sociais e econômicos que as mulheres enfrentam na busca do acesso à justiça (Tavares Filho, 2016). A grande vantagem da cumulação de competências é, portanto, construir um modelo jurisdicional preocupado com a dignidade da mulher (Barrenengoa, 2009; Fachin & Barwinski, 2021; Ferreira, 2018; Oliveira, 2013).

4. A realidade judiciária das varas de violência doméstica de Cuiabá

Percebemos, a partir da revisão bibliográfica realizada, que a implementação da competência híbrida afeta os aspectos organizacionais das varas especializadas de violência doméstica e familiar, os aspectos relacionais a qualidade da resposta jurisdicional e os aspectos centrados na experiência das mulheres em situação de violência que buscam o sistema de justiça. A interação entre tais elementos garante o cumprimento da devida diligência por parte do Estado brasileiro (Severi, 2018), uma vez que assegura o respeito aos direitos das mulheres, em especial, a sua dignidade e o seu acesso à justiça.

Os estudos analisados, no entanto, tendem a analisar os efeitos da competência híbrida a partir de sua não implementação. Existe uma lacuna de trabalhos empíricos que analisem efetivamente a realidade de instâncias judiciárias que adotaram o modelo híbrido. Isso se justifica, em parte, pela existência de poucas unidades especializadas que adotam efetivamente a competência híbrida. Segundo painel do Conselho Nacional de Justiça, atualmente existem 154 unidades judiciárias especializadas de violência doméstica⁴. No entanto, a maioria destas unidades possui atuação restrita à esfera criminal.

Atualmente, aponta-se que o TJMT é o único tribunal a adotar, institucionalmente⁵, a competência híbrida na forma idealizada pela Lei Maria da Penha. Outras instâncias judiciárias especializadas acabam restringindo a competência cível às medidas protetivas de urgência, seja pela existência de normativa infralegal específica nesse sentido, seja pelo volume de trabalho e pela superlotação dessas varas. A restrição da competência cível é apontada como orientação pelo Enunciado n. 3^o do Fórum Nacional de Juizes e Juizas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID) – grupo de magistrados especializados em violência doméstica que se reúnem anualmente para uniformizar e orientar as práticas jurisdicionais. Esse entendimento restritivo acerca da competência da LMP também encontra respaldo em algumas resoluções de tribunais, como a Resolução n. 47/2012 do Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA) e a Resolução n. 20/2014 do Tribunal de Justiça do Pará (TJPA).

Buscamos realizar o presente estudo a partir da tentativa de preencher essa lacuna. Estruturamos um estudo de caso na comarca de Cuiabá a fim de compreender como o instituto funciona no cotidiano forense. Para isso, escolhemos realizar entrevistas semiestruturadas com os diversos profissionais que atuam nestas varas, conforme melhor detalhado no tópico anterior.

Ao questionarmos sobre como a competência híbrida funcionava na prática, os profissionais se restringiram a reafirmar a possibilidade de apreciação de feitos cíveis e criminais pelas varas especializadas de violência doméstica e familiar. É importante ressaltar que, em 2019, a Lei Maria da Penha foi alterada para retirar da competência das instâncias especializadas em violência doméstica questões patrimoniais, como a partilha de bens. Essa alteração impactou o funcionamento das varas analisadas:

Entrevistado 2: [a competência híbrida] funciona assim, existindo medida protetiva envolvendo as partes, a vara de violência se torna competente para julgar ações cíveis que iriam para a vara de família, com exceção da partilha. Porque a Lei Maria da Penha foi alterada com a inclusão do artigo 14-A que exclui da competência da violência doméstica a questão da partilha, mas guarda, divórcio, união estável, visitas, cai tudo lá pra gente se tiver medida protetiva envolvendo as partes.

Entrevistado 3: de fato nós temos desde o início o processo crime e concomitante os pleitos cíveis. Então a parte é processada, o Ministério Público faz sua denúncia, ela é

⁴ O dado é referente a data de 02 de dezembro de 2023 e foi extraído do painel de monitoramento mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Ver: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opencvoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shVDResumo

⁵ Fazemos essa diferenciação pois sabemos que alguns juizes de violência doméstica tentam ampliar a competência de suas unidades, com respaldo na Lei Maria da Penha, em resistência ao posicionamento majoritário do tribunal em que estão alocados. O TJMT se difere, portanto, pela adoção expressa da dupla competência em suas normativas e portarias.

⁶ Referido enunciado possui a seguinte redação: "A competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações cíveis e as de Direito de Família ser processadas e julgadas pelas varas cíveis e de família, respectivamente".

processada no crime e na mesma vara a parte pode entrar com a ação civil, por exemplo, divórcio, reconhecimento de união estável, e o direito de visita também, alimentos, pensão alimentícia. Partilha de bens não é mais. Antes nós aceitávamos, mas em 2021 houve uma alteração sendo a questão patrimonial competência da vara de família não cabendo mais na vara de violência doméstica a questão patrimonial. Então nós tramitamos no cível e no criminal nesta vara única com competência especializada com base na VDFM.

A alteração promovida na LMP, que resultou na inclusão do artigo 14-A, foi controversa. Por um lado, explicitou-se a competência das unidades judiciárias especializadas em violência doméstica e familiar em julgar e executar as ações de divórcio e dissolução de união estável, por outro, determinou-se que demandas relacionadas à partilha de bens deveriam ser encaminhadas para as varas cíveis e de família. Como na maior parte do país, a competência híbrida não era cumprida, a alteração legal foi uma tentativa de reforçar o caráter híbrido dessas unidades judiciárias. No entanto, nos poucos espaços onde funcionava-se a competência ampliada, como é o caso do TJMT e das varas de Cuiabá, acabou-se por retirar e restringir o funcionamento destes serviços.

Alguns entrevistados frisaram que a exclusão das questões patrimoniais das varas de violência doméstica e familiar retira a efetividade da cumulação de competências, uma vez que impõe a necessidade de ajuizamento de dois processos distintos. Comentou-se, ainda, que essa divisão de competências não é pacífica entre as varas de violência doméstica e as varas de família, gerando situações em que o processo é redistribuído várias vezes até um juízo se declarar competente. Um dos magistrados entrevistados comentou que, quando possível, tenta manter o processo na vara especializada, ainda que possua reflexos patrimoniais, mas que reconhece ser um posicionamento próprio isolado dos demais colegas.

Questionados sobre as vantagens percebidas pela implementação da competência híbrida, os entrevistados destacaram aspectos como a celeridade e economia processual, a ausência de decisões conflitantes, a capacitação especializada dos profissionais atuantes nas varas especializadas e a desnecessidade de peregrinação entre varas diversas.

Entrevistado 2: as vantagens, eu acho que é a questão da celeridade, da economia processual, que ela consegue resolver tudo mais rápido. Porque às vezes essa questão da violência doméstica que ela sofreu também recai sobre os filhos também e aí como vai exercer a guarda compartilhada com medida protetiva. Então é bom que um juízo só decida essas questões para que seja da forma mais correta possível e não seja conflitante. A gente tem uma grande dificuldade com a questão de exercício de guarda, de direito de visitas, quando tem medida protetiva porque eles têm que usar uma terceira pessoa para buscar e levar os filhos para que não enseje em descumprimento de medida protetiva. Porque em tese o agressor não pode se aproximar da mulher, então eu acho que é bom que seja feito num juízo só (grifos nossos).

Entrevistado 3: olha eu acho que a competência plena, híbrida, da vara de violência doméstica, ela tem, a vontade do legislador e a finalidade da própria lei, o sentido de prevenção e ao mesmo tempo de combate a violência doméstica contra as mulheres. Porque a prevenção? Porque quando você tem um processamento numa vara especializada você tem maior qualificação técnica daqueles que participam dos julgamentos de direito nesse processamento; perguntas mais qualificadas, um acolhimento melhor, mais pessoas envolvidas, uma compreensão do fenômeno da violência, da questão de gênero, do emocional das partes. Então eu acho que é um ganho para todos aqueles que participam daquela relação processual só de não ter que pensar como pensa a cabeça de um juiz de uma vara especializada e como pensa a cabeça de outro juiz em outra vara de família. Ou seja, isso também afeta a questão emocional se os dois, cíveis e criminais, não tramitam numa mesma vara especializada (grifos nossos).

Entrevistado 1: Penso que nós temos vantagens importantes, por exemplo, que a mulher não fique peregrinando. Ela já está fragilizada no seu corpo, na sua mente, no seu psicológico, então estando em apenas um lugar resolvendo a sua situação em apenas um lugar ela vai se sentir muito mais segura, ela vai sentir que a prestação jurisdicional está de fato protegendo aquela mulher amparando aquela mulher ela experimenta menos sofrimento,

além da economia processual. Eu me lembro quando tínhamos os processos físicos em audiência, você estava fazendo uma audiência de divórcio o magistrado, a defensoria, o Ministério Público ou algum representante já estava folheando o processo e falava 'olha aqui, acabei de olhar o processo criminal e estava faltando uma intimação'. Ou seja, a economia processual já estava ali aquilo naquele momento. Outra vantagem é pensar no protagonismo das mulheres no processo. Em não movimentar vários juízos e evitar a possibilidade de decisões conflitantes, para mim faz toda a diferença (grifos nossos).

Entrevistado 6: A gente quer evitar a rota crítica. Que é justamente fazer com que a mulher fique em uma procissão caminhando de órgãos em órgãos, departamentos ou departamentos para obter um benefício que ela pode e deve conseguir de uma única vez em um único lugar. Então a mulher quando ela sofre violência doméstica, ela não quer apenas que o agressor seja punido. Muitas vezes ela nem quer isso. Ela quer, na verdade, que os anseios dela e os interesses dela, as vezes que não tem nada a ver com a persecução criminal, sejam contemplados pelo Estado e para ela é muito doloroso, dificultoso no aspecto financeiro e no aspecto emocional, esse processo de ela ter que ficar batendo de porta em porta para cada direito que ela quer, ela tem que ir a um local diferente. Por isso é muito bom que ela consiga muitas vezes resolver a situação relacionada à pensão alimentícia no mesmo lugar. A guarda em favor dela, o direito de convivência em favor do genitor, no mesmo lugar em que ela consiga resolver as questões relacionadas ao inquérito policial dela e, eventualmente, um processo criminal, até que todas as situações possam ser resolvidas em um único lugar.

Uma das entrevistadas destacou em sua fala a importância da competência híbrida a partir da perspectiva da mulher que busca o sistema de justiça. Além da questão da peregrinação entre as varas, considerou que a mulher em situação de violência costuma ser receosa com o sistema de justiça, sentindo-se muito mais acolhida e segura quando o atendimento é centralizado em um só lugar. Ao seu ver, isso é importante, também, porque o objetivo da mulher ao acionar o judiciário não é a condenação do agressor, mas a superação daquele conflito a partir da resolução das questões que o circunscrevem, como o divórcio e a guarda dos filhos.

Outro ponto destacado foi a capacitação em gênero dos profissionais atuantes nas varas especializadas de violência doméstica. Um dos entrevistados narrou que a vivência cotidiana nesses espaços, marcados pela cumulação de competências, favorece um olhar mais compreensivo acerca do fenômeno da violência.

Em relação aos procedimentos adotados, os entrevistados afirmaram que os processos cíveis e criminais ficam em apenso, seguindo de forma separada, cada um com seu próprio rito. Uma das entrevistadas destacou que, antes da alteração promovida da Lei n. 13.894/2019 era possível avocar processos. Então um processo que estava na vara de família, poderia ser realocado para a vara especializada, ainda que a ocorrência da violência fosse posterior ao processo civil. Atualmente o tribunal não permite mais esse deslocamento dos processos por entender que a mulher tem a opção de escolher ajuizar sua demanda cível na vara de família caso prefira.

Como a economia e a celeridade processual são algumas das vantagens apontadas pela literatura, questionamos se, com a adoção da competência híbrida, haveria algum aproveitamento de provas, atos instrutórios ou até intimações. Alguns dos entrevistados foram contundentes ao afirmar que não há qualquer tipo de aproveitamento, pois os processos seguem ritos completamente distintos. Já uma das entrevistadas afirmou que a economia processual decorre justamente do aproveitamento de intimações, eis que durante as audiências aproveitava-se para olhar os dois processos integralmente.

Entrevistado 3: nas audiências criminais só são perguntados os aspectos decorrentes do fato criminoso, não as questões cíveis. Inclusive nas audiências do artigo 16, onde as vítimas manifestam a vontade de iniciar a representação, deixo claro que ali só serão faladas as questões relacionadas ao processo crime, para ela se manifestar com economia se existe ou se quer dar continuidade aquela representação. Então ela tem que entrar com a ação civil respectivamente, não havendo, em regra, em tese, aproveitamento de provas ou apenas uma audiência: há a audiência criminal e a audiência cível.

Entrevistado 1: Às vezes se aproveita para uma economia processual uma intimação, uma citação, algo nesse sentido, mas as ações são movidas dessa forma: um dia se marca o divórcio, outro dia se marca uma oitiva do processo criminal, instrução criminal, é tudo separadinho. Hoje você foi intimado para ação tal, hoje você foi intimado para outra ação. Da mesma forma que funciona as outras varas com processos distintos, mas eles seguem juntos e então nós temos condições de conhecer toda a situação que a mulher passa.

Um dos entrevistados foi enfático ao dizer que não há qualquer melhoria no tocante à celeridade processual, afirmando, ainda, que as varas de família costumam ser mais eficientes nesse ponto. Uma das razões elencadas para tanto foi o fato de que, nas varas de violência doméstica, a prioridade é dos processos que possuem réu preso, enquanto nas varas de família priorizam-se outros assuntos como ações de alimentos e demandas envolvendo menores.

Questionamos se haveria alguns cuidados específicos na condução do processo civil. Os entrevistados afirmaram que as demandas cíveis seguem o rito previsto no Código de Processo Civil, não havendo qualquer adaptação. A literatura aponta que uma das vantagens da competência híbrida seria justamente evitar estes institutos tradicionais do processo civil que reforçam a desigualdade entre as partes, como a realização de audiências de conciliação. Os entrevistados, porém, afirmaram que são realizadas audiências de conciliação normalmente, havendo, inclusive, altos índices de prolação de acordo. Apenas um dos entrevistados mencionou que, quando solicitado pela mulher, evita-se o contato entre as partes na condução das audiências.

As entrevistas realizadas demonstraram que a maioria dos profissionais vislumbra a cumulação de competências como algo positivo para o acesso à justiça das mulheres na medida em que melhora a sua experiência com o sistema de justiça. Algumas vantagens levantadas pela literatura apareceram nas falas dos entrevistados, como a abrangência integral, a capacitação dos profissionais, a ausência de decisões conflitantes e da peregrinação entre varas. Outros pontos, como a desconsideração da violência doméstica no processo civil e celeridade e efetividade processual apareceram de forma sutil e às vezes até contraditórias.

5. As informações fornecidas pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso

A última etapa da nossa coleta de dados consistiu na sistematização dos dados enviados e fornecidos pelo próprio Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Atualmente o TJMT conta com quatro varas especializadas de violência doméstica: duas em Cuiabá, uma em Várzea Grande e uma em Rondonópolis. Conforme os Provimentos n. 008/2007/CM e 004/2020/CM, as quatro varas especializadas do estado adotam a competência híbrida.

O Provimento n. 8 de 2007 deixa claro que as varas especializadas de violência doméstica serão competentes para todas as questões cíveis e criminais decorrentes de violência doméstica. Esta competência também abrange a primeira fase dos processos que versam sobre crimes contra a vida, os quais, após a pronúncia, são encaminhados para a Vara do Júri.

O TJMT, através de seus documentos normativos, orienta o pensamento dos processos cíveis e criminais que versem sobre os mesmos fatos. Esta medida contribui para um maior controle dos andamentos processuais, evitando-se a prolação de decisões conflitantes. Nas entrevistas esta prática também foi relatada. Os processos físicos tinham uma cor específica a depender da matéria tratada e eram agrupados com elásticos e barbantes para facilitar essa análise conjunta. Atualmente o tribunal utiliza-se do sistema eletrônico do PJe, o qual tem uma função de agrupar processos preventos, automatizando esta etapa.

Nas entrevistas, os profissionais afirmaram que uma das vantagens da competência híbrida e das varas especializadas seria proporcionar uma capacitação de gênero específica dos profissionais ali atuantes. Ao questionarmos sobre esse ponto, o Tribunal informou que são oferecidas capacitações conforme solicitação dos magistrados coordenadores das pastas, sendo todas as atividades facultativas. São realizadas chamadas amplas e os magistrados, servidores e assessores de magistrados que atuam nas varas especializadas recebem um convite especial, no entanto, a participação é sempre facultativa e a frequência está condicionada à provocação dos coordenadores.

Com isso, não se garante que o profissional ali atuante receba um treinamento específico voltado à atuação das varas especializadas de violência doméstica e familiar. Os impactos podem ser diversos: desde a reprodução de estereótipos de gênero, até a resistência em aplicar determinados institutos da Lei Maria da Penha. A ausência de perspectiva de gênero pode expli-

car, em parte, a múltipla redistribuição do processo entre as varas de violência doméstica e as varas de família, conforme relatado nas entrevistas.

Questionados sobre o fornecimento de metadados processuais dos últimos cinco anos, o tribunal enviou uma planilha com o número de processos criminais e não-criminais, novos e baixados, na 1º e 2º Vara de Violência Doméstica e Familiar de Cuiabá. Notamos que a quantidade de processos não-criminais é muito menor que a demanda criminal, esta primeira muitas vezes não correspondendo nem a 10% da demanda total da vara. Esse dado pode indicar que a violência doméstica não gera tantos desdobramentos cíveis quanto o esperado ou que as demandas cíveis ainda estão sendo direcionadas para as varas cíveis comuns e as varas de família. Os dados fornecidos não são suficientes para elucidar esta hipótese.

Por fim, questionamos sobre o tempo médio de tramitação dos processos nas varas especializadas. A intenção era verificar se a cumulação de competências realmente contribuía para

QUADRO 1 - Tempo Médio entre Distribuição e Encerramento

Ano	Crime Inquérito	Crime Conhecimento	Cível Conhecimento	Cível Execução
2010	163.15	745.96	723.86	789.23
2011	285.86	719.31	1044.82	1077.93
2012	374.12	904.63	1395.92	1378.57
2013	293.15	1058.83	1691.79	1397.67
2014	335.68	1152.85	1681.89	1725.78
2015	271.12	926.92	1190.82	1410.63
2016	234.16	849.85	1037.16	1169.98
2017	305.93	825.85	959.35	1080.01
2018	283.43	660.13	820.11	845.12
2019	292.48	676.09	765.96	1208.55
2020	325.24	737.49	553.75	1026.44
2021	416.06	688.14	866.367	1004.19
2022	493.46	552.97	887.97	1019.11

Fonte: elaborado pelo Departamento de Aprimoramento da Primeira Instância (DAPI) do Tribunal de Justiça do Mato Grosso

a celeridade processual. O tribunal nos forneceu uma planilha com o cálculo do tempo médio de tramitação em dias, considerando as quatro varas especializadas de violência doméstica do estado. O cálculo fornecido considerou o período dos últimos doze anos (de 2010 a 2022) e separou os dados conforme a fase processual (inquérito criminal; fase de conhecimento criminal; fase de conhecimento cível; e execução cível).

Observamos que o tempo médio é de 328,3 dias (0,89 ano) para o inquérito policial, 649,46 dias (1,77 anos) para a fase de conhecimento criminal, 805,91 dias (2,20 anos) para a fase de conhecimento cível e 904,17 dias (2,47 anos) para a execução cível. A fim de estabelecer um parâmetro de comparação, utilizamos dos dados produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça no relatório Justiça em Números (2023) e no Painel online de estatísticas⁷. Reconhecemos as limitações dessa comparação, eis que os cálculos foram realizados a partir de parâmetros distintos, todavia, como a intenção da nossa pesquisa não era analisar especificamente a celeridade

⁷ O painel está disponível na internet e é atualizado constantemente. Para a realização do presente estudo, utilizamos os dados disponíveis até a data de 04 de dezembro de 2023. Ver: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>

processual e/ou o tempo de tramitação das varas especializadas de violência doméstica, optamos pela utilização de dados secundários a fim de viabilizar a realização do trabalho.

O CNJ (2023, p. 217) aponta que o tempo médio da inicial até a sentença no TJMT é de 2 anos e 6 meses no 1º grau e de 6 meses no 2º grau. Separados por fase de conhecimento, temos que o tempo médio da inicial até a sentença é de 1 ano e 9 meses na fase de conhecimento e 3 anos e 4 meses na fase de execução (CNJ, 2023, p. 218). Estima-se que o tempo médio de tramitação de um processo até sua baixa⁸ no primeiro grau no TJMT é de 2 anos e 6 meses (CNJ, 2023, p. 221).

O estudo também calculou o tempo médio de tramitação, na fase de conhecimento, separando por matéria criminal e não criminal. Neste ponto, a média temporal de um processo criminal no TJMT é de 2 anos e 10 meses, enquanto a de um processo não criminal é de 1 ano e 10 meses (CNJ, 2023, p. 229).

Como mencionado, esses cálculos, apesar de elaborados a partir de parâmetros distintos daqueles utilizados para a confecção da tabela acima exposta, nos auxiliam a refletir se a competência híbrida efetivamente contribui para a celeridade processual. Nota-se que o tempo médio de tramitação dos processos de violência doméstica não é muito distante da média regional calculada pelo CNJ.

No Painel de Estatísticas do CNJ, filtramos pela fase de conhecimento dos processos que tramitaram no primeiro grau do TJMT na comarca de Cuiabá. Aponta-se que o tempo médio de tramitação, do início do processo até a o primeiro julgamento, dos processos criminais é de 884 dias. Já para os processos não criminais, estima-se um período de 765 dias até o primeiro julgamento.

Ressaltamos, novamente, que há uma limitação em comparar estes dados com aqueles fornecidos pelo DAPI. Isso porque o conjunto considerado no cálculo é diverso. Enquanto o CNJ distingue apenas por matéria, o cálculo feito pelo DAPI considera a realidade específica das quatro varas de violência doméstica. No entanto, queríamos fazer essa aproximação para refletir, ainda que preliminarmente, sobre como a competência híbrida, do modo como implementada pelo TJMT, possivelmente não contribui para a celeridade processual.

6. Considerações finais

Buscamos compreender a implementação e o funcionamento da competência híbrida nas Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher na comarca de Cuiabá. Para isso, realizamos uma revisão bibliográfica integrativa, a fim de entender quais os efeitos da competência híbrida apontadas pela literatura. A partir dos efeitos elencados, coletamos dados empíricos, através de entrevistas e solicitação de informações via ouvidoria do TJMT, a fim de confrontar a realidade judiciária observada com a literatura especializada.

A literatura apontou que a competência híbrida, da forma idealizada pelo movimento feminista e pela Lei Maria da Penha, acarreta dez efeitos principais. Estes efeitos, em conjunto, garantem uma maior dignidade à mulher em situação de violência que recorre ao sistema de justiça. Melhora-se a qualidade da resposta jurisdicional e a experiência da mulher como um todo, evitando-se práticas que levam a ocorrência de violência institucional.

Em nosso trabalho empírico notamos que alguns destes efeitos se concretizam e outros não. A organização judiciária de Cuiabá favorece a promoção de uma resposta jurisdicional abrangente, que considera todos os aspectos que circunscrevem a violência doméstica. Com isso, evita-se uma resposta meramente penal e insuficiente. Percebemos também que os profissionais ali atuantes contam com o apoio da equipe multidisciplinar, garantindo, em teoria, uma resposta mais humanizada às mulheres.

No entanto, observamos que os profissionais ali atuantes não recebem uma capacitação específica de gênero. O Tribunal promove atividades formadoras nas temáticas de gênero e violência doméstica, porém ao atribuir caráter facultativo, não há como garantir a especialização daquele profissional. E, sem uma perspectiva de gênero, corre-se o risco da reprodução de estereótipos de gênero nestes processos.

Outro ponto observado foi que as dinâmicas dentro das varas de violência doméstica não tiveram grandes adaptações. Apesar da audiência de conciliação pressupor uma igualdade entre as

⁸ Segundo a Resolução n. 76/2009 do CNJ, considera-se a baixa do processo sempre que ele for (i) remetido para outro órgão judicial competente, vinculado a tribunais diferentes; (ii) remetido à instância superior; (iii) arquivado definitivamente; (iv) transitar em julgado; (v) iniciar a fase de liquidação, cumprimento ou execução. Para o cálculo, considera-se o momento da primeira baixa, desconsiderando as demais.

partes que não se verifica nos casos de violência doméstica (Debert; Oliveira, 2007; Parizotto, 2018), a prática ainda ocorre nos processos cíveis que tramitam nessas unidades. Desconsideram-se, assim, os impactos da violência doméstica na condução do processo cível.

Conforme narrado pelos entrevistados não há, ou há pouco, aproveitamento de atos instrutórios dos processos cíveis e criminais. Verificamos que, em um aspecto organizacional, houve a cumulação de competências, porém, não houve qualquer adaptação procedimental para implementar essa competência híbrida de forma a efetivamente aproveitar a conexão dos processos. Consideramos que a efetividade processual almejada pela Lei Maria da Penha não foi alcançada nesse cenário. A falta de adaptações dos procedimentos pode ter sido um dos obstáculos para uma maior celeridade processual, a qual não parece ter sofrido grandes alterações com a cumulação de competências.

A alteração promovida pela Lei n. 13.894 de 2019 foi outro obstáculo observado. A cumulação de competências, da forma como implementada pelo TJMT, teria o potencial de evitar a peregrinação entre varas. No entanto, como as questões patrimoniais foram relegadas para as varas cíveis e de família, impõe-se que a mulher busque outro serviço judiciário para a resolução de seu problema. Do mesmo modo, como uma parte da resposta jurisdicional foi fragmentada, não há como se garantir a não ocorrência de decisões conflitantes.

Por fim, no tocante a ocorrência de revitimização e a proteção da dignidade da mulher, notamos, a partir das entrevistas, que esses pontos são preocupações constantes dos profissionais atuantes nas varas de violência doméstica da comarca analisada. O modelo jurisdicional adotado contribui para que a experiência das mulheres seja mais positiva do que quando comparada com uma vara não especializada. No entanto, como já apontado, alguns fatores ainda reforçam um modelo jurisdicional não atinente às particularidades de gênero.

Conforme mencionamos na introdução, o presente trabalho integra a pesquisa de mestrado em desenvolvimento da pesquisadora principal. Por ora, podemos concluir que a implementação da competência híbrida é viável e traz mudanças significativas para as mulheres em situação de violência que buscam o sistema de justiça. Todavia, o modelo jurisdicional implementado nas varas de violência doméstica e familiar de Cuiabá ainda não corresponde àquele idealizado pelo movimento de mulheres e pela Lei Maria da Penha. A fim de testar essas hipóteses, pretendemos, nas próximas etapas de pesquisa, realizar trabalho de campo com a utilização da técnica de observação participante. Esperamos, com a observação de audiências e do cotidiano dessas varas, conseguir visualizar as dinâmicas não-ditas que rodeiam as varas de violência doméstica de Cuiabá e que influenciam na experiência das mulheres que buscam aquele serviço judicial.

Referências Bibliográficas

- Almeida, D. N. de. (2019). Defensoria Pública em defesa de mulheres em situação de violência. Seminário 12 anos da Lei Maria da Penha. Brasília: Comissão Permanente Mista de Combate à violência contra a mulher – CMCVM.
- Azevedo, R. G. de, & Vasconcellos, F. B. de. (2012). A Lei Maria da Penha e a administração judicial de conflitos de gênero: Inovação ou reforço do modelo penal tradicional? Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, 5(4), Artigo 4.
- Bardin, L. (2016). Análise de conteúdo. (L. A. Reto e A. Pinheiro Trad.). São Paulo: Edições 70.
- Barrenango, A. G. (2009). La competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer. Estudios de Deusto, 57(1), Artigo 1. [https://doi.org/10.18543/ed-57\(1\)-2009pp87-137](https://doi.org/10.18543/ed-57(1)-2009pp87-137)
- Barsted, L. L. (2011). Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. In: CAMPOS, C. H. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Calasans, M. & Cortês, I. (2011). O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen. (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Campos, C. H. de. (2015a). A CPML da Violência contra a Mulher e a implementação da Lei Maria da Penha. Revista Estudos Feministas, 23, 519–531. <https://doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n2p519>
- Campos, C. H. de. (2015b). Desafios na Implementação da Lei Maria da Penha. DIREITO GV Law Review, 11(2), 391–406.
- Campos, C. H. de. (2017). Lei Maria da Penha: necessidade de um novo giro paradigmático. Revista Brasileira de Segurança Pública, 11(1), 10–22.
- Castilho, E. W. V. de. (2019). Aplicabilidade da Competência Cível e Criminal da Lei Maria da Penha. Seminário 12 anos de Lei Maria da Penha. Brasília: Comissão Permanente Mista de Combate à violência contra a mulher – CMCVM.
- Cruz, R. A. da. (2019). Direito, moral e violência contra a mulher. Seminário 12 anos de Lei Maria da Penha. Brasília: Comissão Permanente Mista de Combate à violência contra a mulher – CMCVM.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (2023). Justiça em Números 2023. Brasília: CNJ.
- Côrtes, P. L. (2006). A importância da literatura cinzenta disponível na Internet para as áreas de Ciências Contábeis e Administração de Empresas. RBGN: Revista Brasileira de Gestão de Negócios, São Paulo, v. 8, n. 20, p. 13–22.
- Debert, G. G., & Oliveira, M. B. de. (2007). Os modelos conciliatórios de solução de conflitos e a "violência doméstica". Cadernos Pagu, 305–337. <https://doi.org/10.1590/S0104-83332007000200013>
- Fachin, M. G., & Barwinski, S. L. L. B. (2021). Mulheres agredidas e acesso à justiça: A competência híbrida dos juizados de violência doméstica e familiar. Em V. A. B. da Silva (Org.), Acesso à Justiça nas Américas (1o ed, Vol. 1). Fórum Justiça.
- Ferreira, V. E. N. (2018). A competência cumulativa cível e criminal das varas de violência de gênero: A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a posição do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Revista Jurídica da OAPC Ensino Superior, 6(1), Artigo 1. <https://fasc.com.br/reju/index.php/revista-juRidica/article/view/5>
- Fonseca, A. C. L. da. (2013). Algumas anotações sobre a competência na Lei Maria da Penha. Revista do Ministério Público do RS, 35–49.
- Glaser, B. G.; Strauss, A. L. (2006). The Discovery of Grounded Theory: strategies for qualitative research. Chicago: Aldine Publishing.
- Mello, M. M. P. de; Rosenblatt, F. C. da F., & Medeiros, C. S. l'Armée Q. de. (2018). O que pensam as juízas e os juizes sobre a aplicação da Lei Maria da Penha: Um princípio de diálogo com a magistratura de sete capitais brasileiras. Revista Brasileira de Políticas Públicas, 8(1), Artigo 1. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i1.5147>

- Mendes, E. da S., Almeida, T. T. de, & Almeida, C. S. de. (2022). A guarda compartilhada em contexto de violência doméstica e familiar. *Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal*, 4, 11–33. <https://doi.org/10.29327/2193997.4.2-2>
- Minayo, M. C. de S. (Org.). (2004). *Pesquisa Social: Teoria, Método e Criatividade* (23o ed). Vozes.
- Oliveira, A. L. P. (2015). "SE VOCÊ FICAR COM NOSSOS FILHOS, EU TE MATO!" Violência doméstica e familiar contra a mulher e as disputas de guarda de filhos/as em trâmite nas Varas de Família de Ceilândia/DF. [Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília]. https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18401/1/2015_AndreLuizPereiradeOliveira.pdf
- Oliveira, E. R. (2013). A permanência de uma justiça transitória: O conflito de gênero no universo das varas criminais. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília*, 11.
- Ortega, D. M., & Souza, P. S. M. de. (2017). A ausência de competência híbrida real nos juizados especiais de violência doméstica e familiar. Em Maira Cardoso Zapater (Org.), *CADERNOS DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO* (1o ed). Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.
- Parizotto, N. R. (2018). Violência doméstica de gênero e mediação de conflitos: A reatualização do conservadorismo. *Serviço Social & Sociedade*, 287–305. <https://doi.org/10.1590/0101-6628.142>
- Pasinato, W. (2009). Estudo de Caso: Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e a Rede de Serviços para Atendimento de Mulheres em Situação de Violência em Cuiabá, Mato Grosso. *Observe – Observatório Lei Maria da Penha*.
- Pasinato, W. (2015). Acesso à Justiça e Violência Doméstica e Familiar Contra as Mulheres: As Percepções Dos Operadores Jurídicos e os Limites para a Aplicação da lei Maria da Penha. *DIREITO GV Law Review*, 11(2), 407–428.
- Pasinato, W. (2017). Dez anos de Lei Maria da Penha: o que queremos comemorar? *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, 13 (24), 155–163.
- Pasinato, W.; Cruz, R. A. da & Vieira, S. G. (2019). Lei Maria da Penha: discussão sobre aspectos cíveis. In: Severi, F. C.; Castilho, E. W. V. de & Matos, M. C. de (Org.). *Tecendo os Fios das Críticas Feministas do Direito no Brasil*. Ribeirão Preto: FDRP/USP.
- Penco, A. A., & Carrasco, M. P. (2009). La protección civil de las víctimas de la violencia doméstica en el derecho de hispanoamérica. *Anuario de La Facultad de Derecho Universidad de Extremadura (AFDUE)*, 27, 195–228.
- Reginato, A. D. de A. (2014). Obrigação de punir: racionalidade penal moderna e as estratégias de controle da violência doméstica contra a mulher [Tese de Doutorado em Sociologia, Universidade Federal do Sergipe]. São Cristóvão: Universidade Federal de Sergipe.
- Severi, F. C. (2018). *Lei Maria da Penha e o Projeto Jurídico Feminista Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- Silva Junior, G. S. da. (2017). A competência cível no âmbito da Lei 11.340/2006 e as incompatibilidades da prestação jurisdicional [Monografia de Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Universidade de Brasília]. Brasília: Universidade de Brasília.
- Souza, M. T. de; Silva, M. D. da & Carvalho, R. de. (2010). Revisão integrativa: o que é e como fazer. *Einstein*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 102-106. <https://doi.org/10.1590/s1679-45082010rw1134>. Acesso em 21 mar. 2023.
- Tavares Filho, R. W. A. (2016). O juizado especial da violência doméstica e familiar contra a mulher como política de proteção à mulher: estudo realizado em Fortaleza [Dissertação de Mestrado em Políticas Públicas, Universidade Estadual do Ceará]. Fortaleza: Universidade Estadual do Ceará.
- Yin, R. K. (2001). *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 2 ed. Porto Alegre: Bookman.
- Whittemore, R. & Knafl, K. (2005). The integrative review: updated methodology. *J Adv Nurs*. n 52. v. 5. pp. 546–53.

La agonía del sexo como categoría jurídica

Autora

Laura Fiorita*

Cómo citar este artículo

Fiorita, L. (2024). La agonía del sexo como categoría jurídica, REV. IGAL, II (2), p. 22-41.

*Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires
<https://orcid.org/0009-0006-6352-7506>

RESUMEN

Este artículo analiza la legislación que reconoce la identidad de género autopercibida poniéndola en tensión con la regulación registral a través de la cual se inserta el dato sexo genérico en los documentos de identidad. De este modo, se cuestiona el accionar estatal en la manutención del sexo biológico como una categoría sagrada. Para ello, se utiliza el marco teórico proveniente de la Teoría queer y se abordan las experiencias del colectivo LGBTQ+ en relación al tema. Por último, se analizarán dos propuestas superadoras. Por un lado, la implementación de un catálogo abierto de identidades a consignar en los documentos de identificación. Por el otro la abolición del sexo como categoría jurídica.

PALABRAS CLAVE:

SEXO, GÉNERO. IDENTIDAD, REGISTRO, LGBTQ+

ABSTRACT

This article analyses self-perceived gender identity legislation and registration regulations regarding the inclusion of sex as a category in identity documents and the tensions generated between this two. This leads to questioning states interest in maintaining biological sex as a sacred category. To do so, the theoretical framework applied leaves behind the experience that comes from the LGBTQ+ regarding the subject in study and adopts the "queer theory". In the end I will entertain two proposals: implementing an open catalogue of identities to submit in legal documents or the abolition of sex as a legal category.

KEYWORDS:

SEXO, GÉNERO. IDENTIDAD, REGISTRO, LGBTQ+

1. Introducción

Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación más amplio que tiene por objeto analizar los argumentos que distintas disciplinas pueden proveernos a los fines de desestabilizar el binomio sexo genérico, con la intención que sea una herramienta argumentativa que dé cuenta de la necesidad de repensar y debatir en torno a todas las diversidades sexo genéricas el sujeto político del movimiento feminista.

Parto de una idea central en el pensamiento de Judith Butler, considerando que la precariedad puede operar como el denominador común de un campo donde establecer alianzas a través de ciertos grupos, entre los cuales, a veces surge desconfianza y antagonismo. (Butler, 2017, pág. 34). Es oportuno aclarar que cuando hablo de precariedad, me refiero a una condición impuesta políticamente merced a la cual ciertos grupos de población sufren el quiebre de las redes sociales y económicas de apoyo mucho más que otros y, en consecuencia, están más expuestos a la violencia y la muerte. Más allá de lo disímiles que pueden ser estos grupos en su integración, todos se encuentran ligados por esa condición precaria, aun cuando se nieguen a reconocer el vínculo (Butler, 2017, pág. 40).

Desde esta perspectiva no puedo dejar de afirmar la necesidad de que, sin dejar de lado los reclamos de las mujeres cis género, nos ocupemos de dar batalla por las vidas de las personas que integran el colectivo LGBTQI¹. En última instancia tanto las mujeres cis como las personas con diversidad sexo genérica habitamos, en alguna medida, la precariedad.

A lo largo del presente trabajo se analizará un hecho que pocas veces ha sido puesto de resalto en la literatura especializada y que se relaciona con un denominador común que atraviesa las producciones académicas, las legislaciones más avanzadas en materia de género y las resoluciones con mayor estándar de protección del sistema Interamericano de Derechos Humanos. Todos los avances legislativos que se traducen en acceso a derechos para el colectivo LGBTQI+, se fundamentan en el derecho a reconocer la identidad de género autopercebida; es decir, ya no a modo de binomio sino, como un catálogo ilimitado que debe ser reconocido por los Estados. Mientras se celebran los avances más progresistas pocas son las voces que, desde una perspectiva crítica, advierten que se le ha otorgado a la dicotomía del sexo biológico una inmunidad casi sagrada. A partir de esta reflexión me pregunto, ¿Nos atreveremos a sacrificar la binariedad del sexo biológico?

Concretamente, escribo bajo el convencimiento de que el derecho a la autodeterminación de nuestra identidad de género se ve limitado ante la insistencia estatal en continuar registrando, en nuestros documentos de identidad, un dato obtenido mediante la lectura de nuestros genitales al momento de nacer.

2. Fundamentación

2.1 La Teoría Queer

La palabra queer, proveniente del idioma inglés, conoció distintos significados a lo largo del tiempo. Originariamente queer se refería a lo extraño, lo desviado, posteriormente esa rareza fue limitándose a un aspecto muy específico, el de la identidad sexo genérica de las personas, y se denotaba en tanto no cumplía con las expectativas tradicionales de la sociedad (Pérez, 2016). De este modo y durante un tiempo, queer fue un término despectivo, un insulto hacia quienes habitaban los márgenes de la sexualidad cisnormativa, heterosexual y hegemónica.

Aquel insulto, ese término por medio del cual se canalizaba la violencia hacia las diversidades, fue reapropiado y resignificado por los colectivos que hoy llamamos LGBTQI+ en un claro acto de agencia política y de resistencia. Así, lo queer también hace referencia a un espacio ubicado en los márgenes, habitado por cuerpos marcados a través de ejes opresores como raza, sexo, género, clase y capacitismo. En ese campo abyecto plagado de intersecciones se gesta una identidad estratégica que no pretende situarse en el centro, sino permanecer en los márgenes cuestionando las identidades hegemónicas y esencialistas.

Anteriormente se planteó que el mantenimiento del sexo biológico como algo natural y dicotómico es una idea que ha subsistido y atravesado los campos académicos y normativos; la Teoría queer es una excepción dentro de este fenómeno, atreviéndose a afirmar que el sexo no tiene base biológica por ser un producto social ya generizado que, para poder ser explicado,

¹En el presente trabajo utilizaré el acrónimo LGBTQI+ por ser el más utilizado en Argentina, especialmente adoptado por las organizaciones sociales que luchan por los derechos de las diversidades sexo genéricas. Sin perjuicio de mi elección cabe señalar que "a medida que ha ido pasando el tiempo, a medida que la diversidad ha ido tomando cuerpo, y a medida que se ha profundizado y desarrollado su mundo y sus peculiaridades, el acrónimo no ha hecho sino crecer, lo cual implica ciertos disensos a la hora de referirse a estos colectivos" (Rodríguez, 2019)

requiere cuerpos marcados de forma binaria (Butler, 2007). En este sentido los procesos de inclusión y exclusión se apoyan en marcadores corporales diferenciales que se utilizan para situar a unas corporalidades en el centro y a otras en los márgenes. Sin embargo, estas marcas no son un producto intrínseco o natural de los cuerpos, sino que "reflejan y reproducen el sistema cultural de significados en el que estas diferencias tienen sentido" (Montenegro Martínez, Egaña Rojas, & Pujol, 2019, pág. 62). Sobre este tema de las marcas corporales profundizaré en las conclusiones al momento de reflexionar acerca de la inserción de la "X" en los documentos de identidad.

Excedería los límites de este trabajo extenderme sobre las poderosas reflexiones que se han gestado en el marco de la Teoría queer, sin embargo y con motivo del tema que me ocupa, quisiera detenerme en la problemática relación que se da entre esta teoría y el Derecho, tensión que explica que el pensamiento queer no haya avanzado lo suficiente en el campo jurídico. (García López, 2019).

Explica García López que el mundo occidental se organiza jurídicamente alrededor del binarismo, sin perjuicio que en esta oportunidad pongamos en el centro de la escena el par hombre-mujer, el Derecho se construye con elementos duales tales como normal-patológico, lícito-ilícito, imputable-inimputable, nacional-migrante, etc. Así, por ser el binarismo uno de los elementos constitutivos del pensamiento jurídico, puede concluirse que el Derecho inmuniza los pares dicotómicos (García López, 2019), y jerarquiza los primeros términos sobre los segundos.

A lo largo de este trabajo utilizaremos la perspectiva queer con el objeto de dismantlar la supuesta naturalidad acerca de la existencia de dos sexos biológicos. Desde los márgenes asumiremos una posición crítica de las posiciones que pretenden trasladar los cuerpos disidentes al centro, por ejemplo, a través de la inserción de una "X" en la casilla "sexo" de los documentos de identificación; en su lugar propondremos hacer estallar la categoría.

Los intentos teóricos de llevar adelante referida empresa son cuantiosos. Entre ellos se destaca el pensamiento de Monique Wittig quien acertó al afirmar que la categoría sexo funda la sociedad en cuanto a sociedad heterosexual, "la categoría sexo es el producto de la sociedad heterosexual que impone a las mujeres la obligación absoluta de reproducir la especie, es decir, reproducir la sociedad heterosexual" (Wittig, 2010, pág. 26). En este sentido Wittig propone la supresión de las categorías hombre y mujer, una sociedad sin sexo para terminar con la heterosexualidad obligatoria.

A diferencia de aquella valiosa producción, en este trabajo pondremos el foco en la legislación como herramienta de abolición de la categoría sexo, quizás este sea un camino posible para "queerizar" el Derecho.

La mayoría de las concepciones referidas al género que circulan en la cultura occidental se apoyan en un entendimiento binario del sexo considerando que solo existen dos opciones posibles: hombre o mujer, masculino o femenino.

En los años setenta el movimiento feminista asistió con entusiasmo al florecimiento teórico derivado de la novedosa categoría denominada género. En 1986 la antropóloga Gayle Rubin describió el sistema sexo género como "el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas" (pág. 97). De allí que, aunque se mantuvo la creencia de dos sexos naturales, se concibió al género como un producto cultural y, como tal, la imposibilidad de que éste sea correcto, verdadero o falso.

Con la evolución en la conceptualización del género se evidenciaron los estereotipos femeninos y masculinos como construcciones sociales y fueron denunciados los roles de género como imposiciones culturales. Sin perjuicio de los avances que significaron tales teorizaciones ninguna de ellas puso en jaque la naturalización del sexo. (Maffia & Cabral, 2009). Como se verá más adelante, este mismo avance fue el que se produjo en Argentina con la sanción de la Ley de Identidad de Género (en adelante, LIG) - dejando por un tiempo estable la estructura binaria del sexo.

El cuestionamiento acerca de la neutralidad de la categoría sexo aparece en 1990 de la mano de la obra de Judith Butler, *El género en disputa*, al afirmar que el sexo no existe sin un marco cultural. Sin esperar que la obra tomara la relevancia que efectivamente tuvo, la intención de la autora fue cuestionar el heterocentrismo que habitaba al interior del feminismo, se trató de una crítica desde el interior del movimiento para pensar las prácticas minoritarias en lugar de excluirlas (Butler, 2007). En un libro posterior la autora aclaró que: "El concepto de sexo es en sí mismo un terreno conflictivo, formado mediante una serie de disputas sobre cuál debería ser el criterio decisivo para distinguir entre los dos sexos; el concepto de sexo tiene una historia cubierta por la figura del sitio o la superficie de inscripción". (Butler, 2002)

La reflexión teórica de Butler pone en evidencia que el sexo biológico y su pretensión binaria son el resultado de una lectura ya generizada sobre los cuerpos, por lo que resulta imposible que el sexo sea anterior al género. Concretamente, al afirmar que los géneros no son un producto de la naturaleza la misma suerte correrá el sexo biológico ya que los cuerpos no existen al margen del género.

Sin embargo, la idea del sexo como categoría natural y dicotómica se encuentra tan arraigada culturalmente que pocas personas conocen que el dimorfismo corporal, que supuestamente proviene de la naturaleza, es una construcción bastante moderna.

Si de la mano de Laqueur indagamos en la historia de la ciencia médica, encontraremos que Galeno desarrolló un modelo de sexo único en el cual la única diferencia entre hombres y mujeres era una cuestión de temperatura corporal que producía que los mismos órganos quedaran al interior del cuerpo en el caso de las mujeres, y al exterior en el caso de los hombres. El paradigma de un único sexo subsistió hasta el siglo XVIII y, como es de suponer, eran las mujeres las imperfectas por tener sus órganos en lugares equivocados. Este modelo le permitió al hombre ser la medida de todas las cosas, en tanto la mujer carecía de categoría ontológica. (Laqueur, 1994). Sin embargo, bajo este modelo la diferencia sexual era una variación cuantitativa: en los extremos se encontraban por un lado las mujeres que eran frías, por el otro, los hombres que eran calientes y en el medio las personas tibias.

Es recién con la llegada de la modernidad y el pensamiento cartesiano que se produce un cambio radical, los sexos pasan a ser dicotómicos y, por lo tanto, hay un sexo verdadero que se hace evidente al momento del nacimiento. Más tarde se tomará como eje de diferenciación el sexo gonadal y luego el cromosómico.

El discurso biomédico sobre la diferenciación sexual fue producido como un modelo de verdad, de forma arbitraria y simplista. Pues parte de la concepción, por un lado, de que al haber solamente dos gónadas solamente deben haber dos sexos, dos roles sociales; y por otro que la función de los genitales es la reproducción humana, el placer no tiene ninguna importancia. Lo importante es constituir una familia nuclear, la que está dejando de existir en el mundo occidental (Fischer, 2009. pág. 27).

2.2 El poder – saber médico

Las relaciones de poder no se apoyan en un solo modo de dominación, sino que existen diversos ejes de opresión que se materializan en discursos y producción de verdades (Foucault, 1977). Históricamente nuestras identidades de género fueron moldeadas por la especial dialéctica entre dos disciplinas, el Derecho y la Medicina.

Como afirma Daniel García López (2015), en el siglo XVIII se modificó el estatuto jurídico del médico en relación a la función social asignada a la medicina, y desde allí se producirán nuevos discursos sobre la normalidad y la identidad. Es decir, ambos saberes construirán una realidad que será presentada como universal y natural.

Así, mediante esta alianza, será el saber médico el encargado de disciplinar los cuerpos definiendo cuáles son patológicos y, por tanto, merecedores de corrección y normalización; mientras que el Derecho, asumiendo el discurso médico como veraz y objetivo, creará categorías jurídicas especiales para aquellos sujetos cuyos cuerpos y conductas no coincidan con la normatividad hegemónica. (Merino Sancho, 2017).

Esta estructura de poder, que ha sido larga y magníficamente reseñada por Michael Foucault, no es solo un dato histórico, sino que persiste en la mayoría de las sociedades occidentales hasta el día de hoy, circunstancia que se vuelve evidente al analizar el tratamiento mancomunado que el Derecho y la Medicina han otorgado a los cuerpos intersexuales y de personas trans². Estas corporalidades desafían constantemente la pretendida binariedad y estabilidad sexo genérica, no solo luchan incasablemente desde los márgenes, sino que además develan la arbitrariedad que rige la noción de "normalidad".

Las personas intersexuales o con ambigüedad sexual son aquellas que nacen o se desarrollan con órganos reproductivos y/o sexuales que no se ajustan a lo que la medicina ha determinado como normal para uno y otro sexo.

² Utilizaré el término "trans" como oposición al paradigma cisnormativo. Asimismo, recurriré al asterisco con la intención de poner semántica y visualmente de resalto que hago uso de un término paraguas bajo el cual suelen agruparse identidades heterogéneas con características y necesidades específicas, y por ello es oportuno destacar que el catálogo identitario que se agrupa bajo lo Trans, siempre debe quedar abierto. En este sentido el uso del asterisco tiene la función de "plantear la posibilidad pedagógica y política de usarlo más allá de los confines del lenguaje escrito y de las normas que confinan ciertas ideas sobre la normalidad, el binarismo o todo aquello que naturalizamos como bueno y correcto." (Platero, 2015)

Excedería los límites de este trabajo hacer un recorrido acerca del tratamiento que se le ha dado al nacimiento de personas intersex a lo largo de la historia, sin embargo, basta con mencionar que en la Antigüedad estos cuerpos ambiguos han sido tratados como divinidades y que, a partir de la consolidación del paradigma médico hegemónico, fueron considerados personas con una anomalía de nacimiento como producto de un desarrollo embrionario inusual. Las corporalidades ambiguas fueron redefinidas desde una mirada patológica que, junto al avance científico del siglo XX, hizo posible la invisibilización de estos cuerpos mediante la supresión quirúrgica y hormonal de la intersexualidad.

En la década del cincuenta en la Unidad de endocrinología pediátrica del Hospital Johns Hopkins en Baltimore, John Money llevó adelante una investigación que más tarde le permitiría afirmar que la identidad de género no es una consecuencia biológica, sino un producto de la crianza y la socialización. Así surge en el campo de la psicología clínica la diferencia entre sexo y género³, para luego extenderse a las ciencias sociales.

Básicamente el protocolo Money indicaba que ante la presencia de una ambigüedad anatómica genital se debía proceder lo antes posible a una intervención quirúrgica que definiera el sexo anatómico de la criatura, conjuntamente se le indicaba a los padres y las madres que el niño o niña debía ser criado conforme el género correspondiente.

Vale aclarar que, desde sus comienzos y hasta la actualidad, el abordaje quirúrgico sobre las personas intersex está impregnado de un imperativo heterosexual. En este sentido al momento de intervenir un cuerpo ambiguo, la decisión médica considerará la finalidad reproductiva y las posibilidades de que aquel cuerpo pueda mantener relaciones sexuales.

Como era de esperar, esta teoría fue aplicada por el propio Money y una gran cantidad de médicos para casos de bebés intersex. Lamentablemente, al rastrear los casos más emblemáticos que integraron el protocolo, se advierte el gran sufrimiento producido que, en alguna ocasión, culminó con la vida de la persona sometida a terapias de conversión⁴.

Los cuerpos intersex son disidentes y herejes, siempre habitaron los márgenes por la sola condición de poner en jaque de manera patente, el paradigma binario; más allá de los avances de las ciencias biológicas las personas intersex poseen cuerpos abyectos que históricamente se ha tratado de moldear conforme el sistema dicotómico; señalarlos desde la patologización, como una excepción, confirma la regla, refuerza el dualismo y su aparente naturalidad.

En este trabajo se asumirá que, lejos de poseer una anomalía, las personas intersexuales son el producto de un sistema en el que "machos y hembras se sitúan en los extremos de un continuo biológico, pero hay muchos otros cuerpos...que combinan componentes anatómicos convencionalmente atribuidos a uno u otro polo" (Fausto Sterling, 2020, pág. 48).

Una de las mejores definiciones de este "continuum de género" es la que surge de un pasaje de la investigación realizada por Laura Saldivia Menajovsky (2017, pág. 47). Haciendo referencia a la teoría física de la lógica difusa aplicada al binario sexo genérico, cita a Amalia Fischer Pfaeffle:

Explicar fenómenos complejos según el esquema de lo verdadero y falso no es posible. Para tratar de explicárnoslo, es necesario salir de la lógica excluyente y entrar en otra lógica, que no deje fuera la posibilidad de multiplicidad o del multivalor, lo que implica entrar en el mundo del pensamiento complejo donde sistemas, subsistemas o cuerpos están permanentemente en orden – desorden – auto – organización. Estos sistemas, lejos de estar en equilibrio en un orden, están más bien en un desequilibrio, es un desorden que contiene su propio orden. Dentro de un sistema cuando un factor extraño entra en él, produce un desorden que modifica las condiciones iniciales en las que se encontraba (Fischer, 2009- pág. 14).

Pero el poder médico no agotó sus esfuerzos en el campo de los cuerpos intersexuales, sino que también avanzó sobre las corporalidades trans*.

Si precedentemente, de la mano de la intersexualidad, intentamos jaquear la historia oficial biologicista; ahora me avocaré a la ruptura de la coherencia fabricada por la matriz heterosexual con el fin de evidenciar la falsedad de las teorías patologizantes y las lógicas de exclusión sobre los cuerpos trans*.

³Debemos tener en cuenta que en el idioma inglés el vocablo Gender se utiliza tradicionalmente como sinónimo de sexo, sin embargo, con el paso del tiempo gender y sex no solo dejaron de ser sinónimos sino que en la mayoría de los textos mantienen una relación de oposición.

⁴Es el caso de los gemelos Bruce y Brian Reimer ambos asignados al sexo masculino al nacer. A los siete meses de vida y como consecuencia de una negligencia al momento de practicar una circuncisión, los genitales de Bruce se quemaron. Al ser llevado al Hospital Hopkins, Bruce fue intervenido quirúrgicamente mediante una vaginoplastia y Money le indicó a la familia que empezaran a tratar a Bruce como una niña a la que llamarían Brenda. Más allá de las declaraciones de Money en cuanto al éxito del tratamiento más tarde se supo que la infancia de Brenda estuvo plagada de sufrimiento, cuando llegó a la adolescencia se negó a una nueva cirugía, abandonó el tratamiento y años más tarde volvió a ser un chico eligiendo David como su nombre de pila. Sin embargo, con la imposibilidad de superar las aberraciones ejercidas sobre su cuerpo David se suicidó a los 38 años.

El orden de la exposición no es casual, si primero profundicé sobre los cuerpos intersex es porque entiendo que las intervenciones quirúrgicas a las que me referí fueron la antesala de la distinción entre transexualidad y travestismo. Ambos términos se acuñaron en el campo médico, en primer lugar, de la mano del Dr. Magnus Hirschfeld, a principios del siglo XX, se utilizó el término *trasvestidos* para referirse a un cuadro clínico descrito como "el deseo de usar ropas del sexo opuesto". Más tarde, y de modo concomitante con la experimentación quirúrgica en personas intersexuales, aparece el término *transexual* en alusión a aquellas personas dispuestas a realizarse, o que se han realizado, una intervención genital para modificar su anatomía.

Con esto quiero destacar que la tecnología utilizada para tratar los cuerpos intersexuales hará posible las intervenciones quirúrgicas en personas transexuales, todo bajo la opresora ideología de la dualidad de los sexos que se reifica a través de los avances biomédicos. En este sentido, si bien la posibilidad de intervención quirúrgica puede ser vista como algo valioso para las personas transexuales, cabe aclarar que esta práctica afianzó el sistema binario heterosexual.

Sin embargo, durante la década de los '90 surge una nueva conciencia que se caracteriza por reivindicar la posibilidad de habitar corporalidades no moldeadas por los cánones dualistas, ajena a aquellas concepciones que desde la biomedicina se enunciaban pretendidamente neutrales. Lo que los sujetos intersexuales y transexuales van a advertir es la posibilidad de permanecer en un estado ambiguo de sexuación, utilizando la tecnología biomédica para construir nuevos cuerpos que no tienen por qué acoplarse a las categorías sexuales establecidas. Este nuevo sujeto va a autodesignarse como *transgénero* (Balza, 2009).

3. Marco Jurídico

En el presente apartado se llevará a cabo un segundo nivel de análisis abordando documentos de Derechos Humanos y legislación de orden internacional y doméstico resaltando, en primer término, los avances en materia de género y en segundo lugar la insistencia en el mantenimiento no solo de la categoría "sexo" en su fórmula dicotómica, sino también su registro en la documentación legal identitaria.

3.1 Los principios de Yogyakarta

Los Principios de Yogyakarta son una serie de preceptos de Derecho Internacional sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Reciben su nombre de haber sido adoptados en el año 2006 en Yogyakarta, Indonesia.

Los primeros 29 principios aluden a derechos tradicionalmente consagrados en el sistema universal tales como igualdad, no discriminación, derecho a la vida, a la seguridad personal, a la privacidad, entre otros.

Posteriormente, en el año 2017 son adoptados los Principios de Yogyakarta +10 en el intento de profundizar el desarrollo de estos derechos mediante una serie de obligaciones estatales adicionales; en el tema que nos ocupa el precepto número 31 afirma:

Toda persona tiene derecho al reconocimiento legal sin referencia a, o sin requerir o revelar, el sexo, género, orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales. Toda persona tiene el derecho de obtener documentos de identidad, incluyendo certificados de nacimiento, con independencia de la orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales.

A continuación, el texto legal explicita que los Estados deben: "... poner fin al registro del sexo y género de las personas en documentos de identidad tales como certificados de nacimiento, cédulas de identidad, pasaportes y licencias de conducir; y como parte de su personalidad jurídica".

Asimismo, explicitan que mientras la categoría "sexo" siga siendo parte de la documentación oficial, los Estados deben "garantizar un mecanismo rápido, transparente y accesible que reconozca legalmente y afirme la identidad de género con la que cada persona se identifica" teniendo "disponibles múltiples marcadores de género".

3.2 Convención Americana de Derechos Humanos y su línea jurisprudencial

Este instrumento de Derechos Humanos entró en vigor en el año 1978, fue ratificado por Argentina en 1984 e incorporado, junto a otros tratados, a la Carta Magna a través de la reforma constitucional de 1994. En efecto, a través del art. 75 inc. 22 la Constitución Nacional estableció que la CADH tiene jerarquía superior a las leyes.

Es evidente que, al momento de su redacción, el derecho a la identidad de género no fue previsto de manera autónoma. Sin embargo, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) mediante sus informes, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a través de sus fallos, han establecido las necesarias conexiones entre el derecho a la identidad de género y los derechos previstos en la CADH, especialmente al expedirse en materia de derecho antidiscriminatorio y en referencia a las categorías establecidas en el art. 1.1⁵. En efecto, la Corte IDH tiene establecido que los criterios específicos en virtud de los cuales se prohíbe la discriminación, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo.

Y es que la redacción de la referida cláusula deja abiertos los criterios de inclusión a través del término "otra condición social" con la finalidad de incorporar categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas, debiendo la Corte interpretar tal expresión en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.

En el año 2012 en la primera sentencia que aborda cuestiones relativas al colectivo LGTBIQ+, el más alto Tribunal regional estableció que "...la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual." (Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo Reparaciones y costas, 24/02/12, Serie C No. 239, párr. 91.)

Durante el año 2015 la CIDH publicó el informe titulado "Violencia contra las Personas LGBTI" que puede ser considerado la antesala de la OC 24/17. En el párrafo 16 del referido documento expresamente se afirma: "La Comisión toma nota del desarrollo del componente sexo como construcción social en la literatura académica queer e intersex, y que es clave para comprender las violaciones de derechos humanos de personas intersex. Esta idea trasciende el concepto de sexo como masculino o femenino, y como un fenómeno biológico" (CIDH. Violencia contra el colectivo LGBTI. 12/11/15)

A renglón seguido y citando dos exponentes argentinos de la Teoría queer la Comisión afirma que "El sexo anatómico mismo, su propia presunta dicotomía, son producto de una lectura ideológica. Por otra parte, clasificar a una persona como hombre o mujer es una decisión social". (Maffia & Cabral, 2009, pág. 97)

Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el año 2018 la Corte IDH, en su función consultiva, publicó la OC 24/17 a consecuencia de la solicitud que hiciera el Estado de Costa Rica para que el tribunal precisara las obligaciones derivadas de la CADH respecto a parejas del mismo género y el reconocimiento de las identidades trans*.

La Corte, adopta por primera vez el concepto de identidad de género conforme los Principios de Yogyakarta, a la vez que afirma que "la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas" y por lo tanto consideró que:

el derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se hace efectiva garantizando que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros así como en los documentos de identidad. Lo anterior se traduce en la existencia del derecho de cada persona a que los atributos de la personalidad anotados en esos registros y otros documentos de identificación coincidan con las definiciones identitarias que tienen de ellas mismas y, en caso de que no exista tal correspondencia, debe existir la posibilidad de modificarlas. (Corte IDH, Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva 24/17, 24/11/17)

⁵Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social." (Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 1.1)

El párrafo precedente es el centro medular de la OC 24/17, al menos en la temática que nos convoca. Esta afirmación por parte de la Corte IDH tiene tres consecuencias vertebrales:

En primer lugar, queda claro que los Estados parte ya no pueden ofrecer solo dos opciones como dato sexo genérico en los documentos legales de identificación.

En segundo lugar, y ante una primera lectura, parecería que la Corte IDH se queda a mitad de camino por cuanto adhiere a que el dato proveniente de la categoría sexo/género siga consignándose en los documentos de identidad.

Por último, el Tribunal expresa que sea cual fuere la identidad auto percibida ésta debe coincidir con la registrada en los documentos legales de identificación.

Concretamente, la Corte IDH no solo está descartando el binario excluyente, sino que afirma que el sistema de identificación no puede estar restringido a una cantidad limitada de identidades. Llevado a la práctica el más alto tribunal está delineando el siguiente argumento: el derecho a la identidad de género, en materia registral, se verá satisfecho si en los documentos de identificación legal existe un espacio en blanco en el cual cada persona puede consignar, libremente, su identidad autopercibida.

Dicho esto, considero que la Corte omite una cuestión que, en la práctica, termina contraviniendo todos los principios citados en el documento bajo examen y que, como se verá más adelante, es uno de los problemas nucleares que se suscita con la legislación argentina.

Por un lado, la Corte IDH otorga reconocimiento a la identidad sexual, como manifestación de la autonomía personal, entendiéndola que es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas. A renglón seguido expresa que la identidad sexual "se encuentra ligada al concepto de libertad...y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse..." (Corte IDH, Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva 24/17, 24/11/17)

Y aquí es donde me pregunto, si el reconocimiento de la identidad sexual implica la posibilidad de autodeterminarse, ¿por qué se permite que el estado siga fijando las identidades de los recién nacidos a través de dos opciones basadas en un supuesto dimorfismo sexual?; si realmente existiese la posibilidad de autodeterminación, ¿no sería más coherente prescindir de cualquier dato sexo genérico hasta tanto la persona pueda expresar su autodeterminación?

En este sentido, cabe advertir la gravedad de la circunstancia señalada, por cuanto me estoy refiriendo al nacimiento de la persona, momento en el cual el Estado ejerce su primer acto de violencia que, anulando la autonomía del sujeto, fija una identidad sexual a través del discurso médico.

La OC 24/17 informa qué entiende la Corte IDH por "Sexo asignado al nacer" expresando que: "La asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, el sexo se asigna al nacer con base en la percepción que otros tienen sobre los genitales. La mayoría de las personas son fácilmente clasificadas pero algunas personas no encajan en el binario mujer/hombre" (Corte IDH, Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva 24/17, 24/11/17.)

Aunada esta definición con lo expuesto en párrafos precedentes me pregunto, ¿está la Corte avalando que el poder médico clasifique a los seres humanos en base a un hecho que no es biológico?

3.3 El registro de la identidad en el derecho argentino

En otro orden de ideas, para comprender la tensión legislativa en la materia que nos ocupa, se torna necesario afirmar que cuando en Argentina entra en vigor la LIG, se inserta en un sistema jurídico cuyas normas y prácticas se estructuran de manera binaria, dualista y dicotómica.

De antaño, una de las funciones del Estado Nacional fue la de registrar los datos vitales de la población⁶ estableciendo procedimientos uniformes para la inscripción, sentando las bases para

⁶En lo que hace a la registración del sexo, Emiliano Litardo expone con claridad magistral la función de tal relevamiento: Este sexo en los documentos oficiales sirvió en Argentina para sustentar el matrimonio entre personas de distinto sexo como forma exclusiva para el parentesco y las relaciones de familia. También para distinguir las edades para contraer nupcias. Este sexo, además, fue necesario para establecer distinciones en el ejercicio de los bienes de familia. Incluso para establecer que la mujer no podía estar en juicio por sí o celebrar contrato alguno sin licencia especial del marido. Este sexo fue utilizado para fijar la determinación de la maternidad. Este sexo sirvió para establecer el ingreso al servicio militar obligatorio. Este sexo fue fundamento del sexismo escolar en establecimiento educativos de élite. Este sexo resultó pieza clave para trazar las distinciones entre género y sexo cuando era obligatorio judicializar la transexualidad para lograr cambiar el nombre de los documentos de identidad o acceder a determinadas operaciones de afirmación de género y consolidar el sexo verdadero. (Litardo, 2018, pág 61)

la creación de los Registros Civiles provinciales, y del Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires⁷.

En el año 1948, se creó el Registro Nacional de las Personas (RENAPER), con el objetivo de registrar y certificar la identidad de todas las personas de nacionalidad argentina o que habiten el territorio nacional. A partir de allí, en materia de identificación, conviven dos sistemas.

Por un lado, el registral cuya tarea es asentar todos los actos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil o la capacidad de las personas; esta función es llevada adelante por los Registros que dependen de las gobernaciones provinciales, y son los encargados de inscribir, entre otros, nacimientos, matrimonios y defunciones, emitiendo las partidas que certifican referidas acciones. Al examinar la ley que rige este sistema registral hallamos, en su apartado dedicado a la inscripción de nacimientos, que el sexo es un dato que debe ser relevado y surgirá del certificado médico de nacimiento. (Ley 26.413. Art. 36)

Por otro lado, encontramos el sistema identificatorio, con alcance nacional, regulado por la Ley 17.671, cuya principal función consiste en emitir los Documentos Nacionales de Identidad (DNI). Al explorar la normativa se advierte que, a diferencia del sistema registral, aquí el sexo no es un dato esencial. Sin embargo, toda vez que la información obrante en el DNI surge de las partidas emitidas por el sistema registral, el dato relativo al sexo de la persona se sigue registrando.

3.4 La Ley de Identidad de Género, el Decreto 476/2021 y casos paradigmáticos

El 9 de mayo de 2012 se sancionaba en Argentina la Ley 26.743, de Identidad de Género (LIG), una norma pionera que se apartó de la patologización de las identidades trans*, dejando de lado la necesidad de un diagnóstico médico a los efectos de establecer la identidad de género de las personas. En su primera cláusula establece que toda persona tiene: "... el derecho al reconocimiento de su identidad de género... a ser tratada de acuerdo a la identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acrediten su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen, sexo, con los que allí es registrada"

En referencia al ejercicio del derecho reconocido, la ley expresa que "toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida" (Ley 26.743. Art. 3)

La potencia de la LIG radica, entre otras cosas, en su capacidad para desplazar el poder médico como pieza fundamental en la construcción del sexo, que ahora es superado por la autodeterminación del género. Laura Saldivia lo ha señalado como una suerte de "desregulación médica del cuerpo" (2017, pág. 133) que surge como consecuencia de la definición de identidad de género adoptada por la LIG, ya que implica "la escisión conceptual del género de los atributos físicos de la persona" (2017, pág. 134).

Previo a problematizar algunos aspectos normativos es necesario reconocer que la LIG tuvo una gran incidencia en la vida de las personas del colectivo LGTBIQ+. En los primeros diez años de vigencia de la ley, 12.655 personas modificaron su documento de identidad⁸, lo cual no solo nos habla del acceso a derechos, sino de un avance en términos de dignidad humana para todo un colectivo que, a partir de la ley, puede ser legalmente nombrado conforme su autodeterminación. En los mismos términos se destaca el acceso a tratamientos de salud para toda persona que requiera modificar su cuerpo acorde con el género autopercebido. En Argentina ello implica que los costos derivados de los tratamientos tanto quirúrgicos como hormonales, deberán ser cubiertos por el sistema de Salud Pública.

Precedentemente hice referencia a la vanguardia legislativa aportada por la ley sin dejar de reconocer que se inserta en un sistema jurídico binario, patriarcal y con excesiva tendencia a ver el mundo de manera dicotómica. Es por ello que desde su sanción en el año 2012 y hasta el mes de julio de 2021, la LIG convivió con normas y prácticas que solo permitían identificar a las personas como femeninas o masculinas en la documentación legal. Concretamente, encontrándose en plena vigencia el Art. 2 de la LIG, las partidas de nacimiento, los DNI, los pasaportes y todos los formularios que permiten efectuar trámites administrativos, seguían contando con dos casilleros; circunstancia que en muchas ocasiones llegaba a opacar los derechos consagrados por la Ley 26.743.

⁷ Es necesario aclarar que la República Argentina es un estado cuya forma de gobierno es representativa, republicana y federal; está constituido por un Gobierno central, veintitrés Estados Provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —que tiene un régimen de autonomía especial. En este mapa político los Estados Provinciales, reunidos bajo un Gobierno Nacional común, conservan su autonomía, dictan su propia constitución y ejercen todos los poderes no delegados en el gobierno federal y su jurisdicción abarca su propio territorio. El estado nacional es federal y tiene jurisdicción sobre todo el territorio nacional. Esta coexistencia se basa en un mecanismo de control y cooperación recíproca entre las provincias y el gobierno federal.

⁸ Hayon Alejandra. (10 de mayo de 2022). A 10 años de la Ley de Identidad de Género, más de 12 mil personas rectificaron su DNI. Página 12. <https://www.pagina12.com.ar/420536-a-10-anos-de-la-ley-de-identidad-de-genero-mas-de-12-mil-per>.

De la simple lectura de la norma puede advertirse que ninguna de sus cláusulas limita el cambio registral de la categoría sexo a las únicas dos opciones del binario heterocisnormativo. De hecho, un artículo de esa naturaleza sería contradictorio con la definición de identidad de género adoptada por la norma en su Art. 2. Sin embargo, durante los primeros años de vigencia la ley en cuestión, al ser interpretada por los operadores judiciales y administrativos, encontró el obstáculo de sacralización del sexo biológico en su fórmula binaria y excluyente.

Sin perjuicio de ello, las malas prácticas señaladas, fueron hallando excepciones que son posibles gracias al trabajo mancomunado del activismo del colectivo LGTBIQ+ y a profesionales formados en estudios de género.

En consecuencia, se señalarán a continuación dos casos paradigmáticos, protagonistas del activismo cuyas voces han sido oídas por los operadores administrativos en un caso, y judiciales en otro.

En el año 2018, en la provincia de Mendoza, dos personas requirieron ante la Dirección General del Registro de Estado Civil de las Personas (DGRC), que se consigne en su partida de nacimiento y en su DNI sus nuevos nombres tal como lo permite LIG, y además solicitaron que no se consigne sexo alguno.

En esa oportunidad, y contando con el dictamen positivo de la Dirección de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Mendoza, se hizo lugar al pedido sin necesidad de judicializar el caso. Mediante un acto administrativo el director del Registro de Estado Civil emitió la Resolución 420/18 a través de la cual decidió "labrar una nueva partida de nacimiento en la que la persona inscripta deberá consignarse como GERONIMO CAROLINA y demás datos conforme a la partida originaria, con excepción del campo reservado para el sexo, en el que deberá consignarse una línea".

Para arribar a tal conclusión la DGRC consideró la interpretación y alcance de la CADH efectuada por la Corte IDH en la OC 24/17 en la que prescribe que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género, son categorías protegidas por la Convención y que ninguna norma, decisión o práctica de derecho por parte de las autoridades estatales, pueden disminuir o restringir de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y su expresión de género.

Para arribar a tal conclusión la Dirección General del Registro Civil consideró la interpretación y alcance de la CADH efectuada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva 24/17 en la que prescribe que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género, son categorías protegidas por la Convención y que ninguna norma, decisión o práctica de derecho por parte de las autoridades estatales, pueden disminuir o restringir de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y su expresión de género.

En una clara intención de armonizar el arcaico sistema registral con la nueva normativa, la Dirección General del Registro Civil de Mendoza reconoció, a través de la Resolución 420/18, que el nombre es solo uno de los elementos de la identidad, y que los procedimientos que se llevan adelante en estos ámbitos administrativos deben estar enfocados en la adecuación de otros aspectos que hacen a la identidad autopercebida. De este modo la resolución asume que históricamente el sexo fue un elemento importante en términos identificatorios, pero al mismo tiempo reconoce que la consignación de este dato en la partida de nacimiento de una persona "ha perdido relevancia a los fines de la identificación" (Resolución 420/18. Registro de Estado Civil de Mendoza.).

En la práctica las partidas de nacimiento de las personas solicitantes fueron rectificadas sin asignación de sexo, sin embargo, los peticionantes no pudieron contar con un DNI de tales características. Con la burocracia habitual que caracteriza a las oficinas estatales, el RENAPER, encargado de emitir el DNI, entendió que no era posible extender un documento legal sin asignación de sexo, produciendo que las dos personas peticionantes hayan permanecido cuasi indocumentadas hasta el año 2021.

El caso comentado tiene una relevancia fundamental para el tema analizado ya que se trata de un precedente en el que, por vía administrativa, sin necesidad de judicialización, se hizo lugar a una petición basada en el derecho a la autodeterminación, con una interpretación avanzada de los estándares internacionales que rigen la materia. Pero su importancia no termina allí, este caso explícita la violación de derechos sufrida por todas las personas que se identifican por fuera del binario heterocisnormativo⁹ y que, como veremos más adelante, es recién a partir del año 2021,

⁹ Aquí es oportuno aclarar que las personas no binarias se encuentran en mayor desventaja que las trans binarias toda vez que a la dificultad de acceder a mecanismos eficaces que garanticen sus derechos, se adiciona la experiencia de vivir en una sociedad estructurada bajo un modelo binario y excluyente.

con la publicación del Decreto 476/21, que pueden conseguir un documento legal de identidad por fuera del de las dos opciones hegemónicas.

Otro caso paradigmático, especialmente por sus reveses judiciales, es el que protagoniza la activista Lara Bertolini, feminidad travesti, quien en el año 2015 procedió a efectuar el cambio registral al que refiere la LIG. En aquella oportunidad fue identificada como Lara María Bertolini y con sexo femenino tal como ella lo solicitó.

Años más tarde Lara solicita que se le reconozca su verdadera identidad la cual se encontraba por fuera de las opciones binarias que en ese momento otorgaba la ley. En su presentación la peticionante expresó que ninguna de las dos opciones, femenino y masculino, representaban su autopercepción y en consecuencia solicitó que su partida de nacimiento y DNI sean rectificadas, consignándose "Feminidad Travesti" por el simple hecho de que ésta es su verdadera identidad de género.

Como era de esperar, la primera repuesta de la Dirección del Registro Civil fue que la Ley 26.413 impide se consignen "enunciaciones improcedentes o que no deban declararse con arreglo a la ley". A consecuencia de ello Lara impugnó judicialmente la decisión de la autoridad administrativa, logrando una sentencia que no solo hace lugar a su pedido, sino que es un claro ejemplo que el poder judicial, haciendo una interpretación de la ley en forma concordante con los estándares internacionales, es una herramienta mediante la cual el colectivo LGTBQ+ puede ampliar el acceso a sus derechos.

La Dra. Myriam Cataldi, a cargo del tribunal donde tramitó la causa, hizo un exhaustivo repaso por la LIG, estableció que la misma debe ser aplicada tal como lo establece el Código Civil y Comercial de la Nación, esto es, que los jueces deben adoptar decisiones razonadas y fundadas en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos. Asimismo, la magistrada se refirió a la Resolución 420/18 precedentemente analizada expresando que ésta "marcó, sin dudas, la ruptura de la concepción binaria del género". (Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 7, Bertolini, Lara María c/ EN-M. Interior OP y V s/ información sumaria. 01/03/19)

En esta línea la jueza Cataldi sostuvo que el paradigma binario según el cual en el DNI solo puede consignarse el sexo femenino o el masculino, ya no existe, "no solo en materia de sexo y de género sino también de relaciones, por lo que se presenta hoy caduca esa clasificación, en tanto se han derrumbado las categorías que permitían ubicarlos en uno u otro..." y que "ya no se puede afirmar que hay dos sexos sino una multiplicidad de características sexuales que son compulsivamente encasilladas en dos categorías".(Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 7, Bertolini, Lara María c/ EN-M. Interior OP y V s/ información sumaria. 01/03/19)

De este modo resuelve hacer lugar a lo solicitado y ordena al Registro Civil y Capacidad de las Personas a que proceda a la rectificación de la partida de nacimiento de Lara en la cual, en el apartado sexo deberá consignarse "Feminidad Travesti". A renglón seguido la jueza ordena que se informe al RENAPER para que emita un nuevo DNI.

Notificada la sentencia, el RENAPER interpuso un recurso de apelación que fue dirimido por la sala "G" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a través de una resolución que acarrea un retroceso judicial pocas veces visto. Los tres jueces que integran la sala son hombres cis que afirmaron que "de la lectura de la ley no surge la posibilidad de la rectificación solicitada toda vez que la norma sólo hace referencia a la rectificación registral del sexo, término utilizado para denominar la condición femenina o masculina" argumento para el cual citan expresamente como fuente el Diccionario de la Lengua Española. (Cámara Civil, Sala G, Bertolini, Lara María c/ EN-M. Interior OP y V s/ información sumaria. 10/12/19)

Con este argumento colonialista y cisheteronormativo la Cámara revoca lo decidido por la Dra. Myriam Cataldi mediante una sentencia que linda con un discurso transodiante, afirmando que la LIG, que vino a reconocer las identidades autopercebidas, exige encuadrarlas en el binomio femenino / masculino, circunstancia que no surge del texto legal, contradice el criterio de la Corte IDH y vacía de contenido una de las normas más progresistas del Estado Argentino.

Continuando con la cronología legislativa, el 20 de julio de 2021, el Poder Ejecutivo firmó el Decreto 476/21 a través del cual aquellas personas que no se identifiquen con las opciones de sexo binarias, podrán optar por insertar una "X" en su Documento Nacional de Identidad. De este modo, Argentina se convirtió en el primer país de Latinoamérica en incluir una opción registral más allá del binario.

Es dable estimar que el decreto referenciado surgió a consecuencia de una gran cantidad de personas que por vía judicial o administrativa consiguieron decisiones análogas a la ya reseñada Resolución 420/18 del Registro de Estado Civil de Mendoza.

Conforme la reciente normativa esta tercera nomenclatura en el campo "sexo" comprenderá las siguientes acepciones: "no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercebida, no consignada; u otra acepción con la que pudiera identificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino / femenino". (Decreto 476/21, Art. 4)

En su Art. 2 la norma determina que:

Las nomenclaturas a utilizarse en los DNI y en los Pasaportes Ordinarios para Argentinos en el campo referido al sexo podrán ser F –Femenino –, M –Masculino – o X. Esta última se consignará, de conformidad con lo establecido en el Art. 4 del presente decreto, en aquellos supuestos de personas nacionales cuyas partidas de nacimiento sean rectificadas en el marco de la Ley 24.743, cualquiera sea la opción consignada en la categoría sexo, siempre que no sea F o M, o bien si el sexo no se hubiere consignado (Decreto 476/21, Art. 2)

Si bien el Decreto puede y debe ser leído como un avance en materia de reconocimiento de identidades no binarias, también es cierto que es sólo un paso en el camino que queda por andar. Muestra de ello fueron las reacciones heterogéneas que se produjeron dentro del activismo. Al mismo tiempo que un sector aplaudía la nueva reglamentación, se alzaban voces dentro del colectivo LGBTQ+ que denunciaban la invisibilización de las identidades no binarias.

Así lo hizo ver Valentine Machado, quien recibió el DNI de la mano de Fernández y al abrirse su chaqueta mostró una remera que decía "no somos X", mientras una voz entre el reducido público que asistió al Museo del Bicentenario captó la atención: "No somos una X, mi sentimiento interno no es una X", dijo poniendo sobre la mesa el deseo de muchxs de una Ley más de avanzada, así como cuando se promulgó la Ley de Identidad de Género hubo quienes reclamaron la T de travesti/trans. (Maximo, 2021).

Es decir, si bien la opción registral por fuera del binomio es totalmente necesaria, la "X" es insuficiente para quienes tienen una identidad de género por fuera de la "F", la "M" o la "X", tal como quedó plasmado en el caso de Lara Bertolini.

Volviendo al texto legal, en sus considerandos el decreto prevé este tipo de lecturas y explicita que la República Argentina adhirió al Convenio Provisional de Aviación Civil Internacional conocido como "Convenio de Chicago", que crea la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) encargada de fijar determinados estándares de transporte aéreo. En referida función se redactó el documento OACI Nro 9303 que contiene un detalle de las especificaciones técnicas para la seguridad e integridad de los documentos de viaje de lectura mecánica en el cual se indica que la zona reservada para "sexo" es obligatorio completarla, y que ello debe realizarse con las letras "F" para el femenino, "M" para el masculino y "X" en caso indefinido o cuando no se especifique.

En igual sentido el decreto también tiene en consideración que el DNI es un documento de viaje válido en el ámbito del Mercosur, motivo por el cual debe cumplir con referidos estándares internacionales.

Los dos casos analizados al desarrollar la LIG son ilustrativos de las distintas lecturas que pueden hacerse sobre el derecho a la autodeterminación y sus límites.

Las personas que lograron por vía administrativa la rectificación de su partida de nacimiento sin asignación de sexo representan una parte del colectivo para la cual el Decreto 476/21 fue fundamental. De hecho, luego de permanecer por un tiempo indocumentados, la normativa hizo posible la entrega de los correspondientes DNI.

Sin embargo, el caso de Lara admite otra lectura ya que los argumentos examinados, que sostienen la decisión de la Dra. Cataldi no hubiesen servido de andamiaje para arribar a la misma sentencia si el Decreto 476/21 se hubiese encontrado vigente.

Y es que la progresiva sentencia de primera instancia que da respuesta al pedido de Lara Bertolini fue posible, entre otras cosas, gracias a que la LIG no se encontraba totalmente reglamentada en lo que hace al derecho registral. En este sentido imagino que la vigencia del decreto que incluye la "X" como tercera opción, hubiera encorsetado el decisorio y por ello habría sido problemático, mas no imposible, sostener que de una armónica interpretación de los estándares internacionales y de la LIG se deriva el derecho a insertar, en el DNI, la identidad de género tal como cada persona la autopercibe.

4. Problemas que se esconden detrás de una "X"

Como se mencionó con anterioridad, personas que integran el colectivo LGTBQ+ dejaron planteada la problemática acerca de la invisibilización identitaria detrás de la "X" y, sin perjuicio de que el Poder Ejecutivo dio argumentos suficientes que desembocaron en la sanción del decreto, considero que es pertinente reflexionar sobre otros escenarios posibles y sus implicancias.

4.1 Un DNI con catálogo abierto de posibles identidades

La primera alternativa contra la invisibilización puede consistir en consignar, en el DNI, la identidad tal como cada persona la autopercibe. Concretamente esto significa que allí donde el DNI establece la categoría sexo genérica pueda consignarse el término que, según la persona, mejor defina su autodeterminación.

De esta forma, no solo seríamos congruentes con lo dispuesto por la Corte IDH en la OC 24/17, sino que además, se trataría de una medida con consecuencias positivas en el diseño de políticas públicas, permitiendo que el Estado sea más eficiente a la hora de abordar las necesidades específicas de determinadas identidades.

Advierto que esta alternativa no da respuesta al problema que se presenta al considerar que el DNI es un documento legal de viaje para los Estados parte del MERCOSUR; sin embargo, considero posible y deseable que Argentina promueva, en este ámbito regional, la posibilidad de consignar la identidad de género autopercebida en los documentos y que tal alternativa sea válida en todos los países que integran el bloque regional. De hecho, se trata de una medida a través de la cual, los Estados involucrados reglamentarían internamente lo dispuesto por la Corte IDH, haciendo efectivos los derechos recogidos por el Alto Tribunal.

Así, el listado de posibles identidades de género a consignar en el DNI, siempre se encontraría abierto en respeto al derecho a la autodeterminación; y las tres opciones representadas en las letras "F", "M" o "X", quedarían restringidas a los pasaportes de viaje.

Sin embargo, la opción presentada, al girar en torno a la identidad autopercebida, no termina de destronar el binario hegemónico. Y es que aún en Argentina, donde entendemos que las infancias cuentan con capacidad progresiva, si el centro gravitacional recae en la autopercepción, siempre será necesario contar con determinado margen de capacidad, circunstancia que deja vigente la que puede entenderse como la primera vulneración a la autonomía de una persona: la asignación de sexo al momento de nacer basada en su anatomía genital.

4.2 La abolición del sexo como categoría jurídica

La segunda alternativa es aquella que incipientemente fui deslizando desde el inicio, esto es, la abolición del sexo como categoría jurídica.

Abordando la cuestión en términos de coherencia normativa, y tomando como eje la definición de identidad de género adoptada por la LIG argentina entiendo que resulta ilógico seguir encorsetando a las personas recién nacidas, en base a categorías sexuales arbitrarias, en un par sexual dicotómico que además, puede que a futuro no se corresponda con su autodeterminación.

Concretamente, considerando que en Argentina se encuentra vigente la LIG que se desprende de la mirada biologicista, mantener el sexo como categoría jurídica es una incoherencia legal porque:

A nuestro marco legal no le interesan los cuerpos, la biología, sino la identidad. Requerir un dato que solo refleja la anatomía de una persona, que es además estático en tanto implica estampar lo advertido en un momento que no necesariamente se mantiene ni luego se condice con el género, es por lo menos discordante e incoherente (Lamm, 2017, pág. 274).

Pero, como se verá a continuación, la coherencia del sistema legal no es el único motivo por el cual me inclino a afirmar que la abolición del sexo como categoría jurídica es una propuesta superadora del modelo que adopta la "X" como una tercera opción.

4.3 La X y su capacidad de "acabar" con el poder médico:

¿Una oportunidad perdida?

En post de una correcta comprensión, al momento de detallar lo dispuesto por el Decreto 476/21, omití considerar un aspecto importante del Art. 2 que dispone que la "X" se consignará en los DNI de personas que hayan rectificado, en el marco de la LIG, su partida de nacimiento.

Es decir, para poder acceder a la "X", será necesario que quien lo peticione, haya ejercido la opción que le brinda la LIG, precisando que el cambio registral responderá a la falta de congruencia entre el sexo asignado al nacer y la identidad autopercebida.

De esta forma, si bien entiendo que en un Estado que decide plasmar la identidad sexo genérica en documentos legales, la misma no puede ser otra que la autopercebida, también advierto que esta circunstancia deja de lado a la primera infancia que aún no puede expresar su autopercepción; a la vez que refuerza el poder médico en la asignación del sexo en el nacimiento.

Al principio de este trabajo expresé mi asombro al advertir que, en el frondoso universo de producciones teóricas centradas en estudios de género, pocas son las voces que se atreven a cuestionar la sagrada categoría del sexo biológico, anatómico, reducido a una mínima inspección genital sobre un recién nacido. A los fines de verificar esta circunstancia inicié un pedido de acceso a la información pública¹⁰ ante el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCABA), para que informe la cantidad de nacimientos inscriptos bajo la nomenclatura "X" desde el mes de julio de 2021 hasta el mes de diciembre de 2022.

Al responder el pedido, el GCABA informó que no se ha realizado ninguna inscripción de nacimiento bajo la identificación "X", y adicionalmente explicitó que la nomenclatura "X" en el campo "sexo" está prevista solo para las rectificaciones realizadas en el marco de la Ley 26.743.

Es en este sentido que entiendo que hemos perdido una oportunidad histórica ya que, al momento de sancionar el Decreto 276/21 nada impedía que se habilitara el derecho mater paternal a optar por consignar una "X" al momento del nacimiento, tanto en el acta que da cuenta del evento, como en el primer documento nacional de identidad. Y es que partiendo de la fluidez de género nada impediría que años más tarde, con la posibilidad de expresar su autopercepción esa persona inscripta con "X" al momento de nacer, pueda cambiar su DNI de acuerdo a su vivencia.

La tensión planteada queda expuesta al considerar que el sistema de registro de las personas recién nacidas, que se apoya en la lectura médica de los genitales, reifica la supuesta "naturalidad" binaria manteniendo las expectativas de género que se vinculan al dato consignado en nuestros documentos de identidad. Referida circunstancia encuentra su explicación al entender que la fijación del dato sexo genérico, de forma previa a nuestra autopercepción, establece un deber ser cuyo andamiaje es la matriz heterosexual y el sistema cis normativo.

Habiendo dejado planteada la problemática generada por consignar un dato sexo genérico en las actas de nacimiento, aún nos queda por explicar el otro daño generado por esta circunstancia. Me refiero a las personas intersex, sobre las cuales el registro binario juega un rol fundamental incitando a madres y padres a recurrir a prematuras intervenciones quirúrgicas y terapias normalizadoras con el objeto de adecuar sus cuerpos a alguna de las dos categorías hegemónicas.

Algunos Estados han tomado cartas en el asunto con legislaciones que, a mi modo de ver, siguen naufragando en la estructura binaria. Alemania por ejemplo, en el año 2013 se convirtió en el primer país en otorgar a madres y padres la posibilidad de no consignar el sexo en los documentos de identidad de sus hijos e hijas. Sin embargo, la ley solo brindaba esta opción ante el nacimiento de una persona intersex, afirmando que en cualquier momento posterior, la persona podrá identificarse como femenino o masculino¹¹.

Posteriormente el Tribunal Constitucional de Alemania aggiornó la normativa a través de una sentencia que instó a legislar un tercer género para personas cuyo sexo no esté definido en el momento en el que nacen y para ello se requiere un certificado médico que avale tal condición.

En primer lugar, que la opción de no consignar sexo esté disponible solo para personas intersex, lejos de favorecer su autodeterminación, reafirma el sistema biomédico y expone la intimidad de este colectivo. (Lamm, 2017, pág. 266) En segundo lugar, la exigencia del aval médico perpetúa la dicotomía que ahora se actualiza en términos de lo natural dentro de lo cual encontramos las opciones "F" y "M", y lo patológico del otro lado del binomio.

¹⁰ La Ley 104 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantiza el acceso a la información pública estableciendo que toda persona tiene derecho a solicitar y a recibir información completa, veraz y adecuada de los organismos pertenecientes a la administración central, descentralizada, entes autárquicos u organismos interjurisdiccionales integrados por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El pedido de acceso tramitado mediante el expediente EX-2022-48291907- -GCABA-MGEYA y respondido con fecha 05/01/2023.

¹¹ Como explica el activista Mauro Cabral, experto internacionalmente reconocido en la materia, La ley alemana sobre intersexualidad fue aprobada en mayo del 2013, y entró en vigencia en noviembre del mismo año. A través de este instrumento normativo se crea la asignación de sexo 'no determinado' en los certificados de nacimiento, con el fin de evitar las cirugías mutilantes a las que se somete a niños y niñas intersex con el fin de 'normalizar' sus cuerpos a partir de una asignación al sexo femenino o al sexo masculino. La norma ha sido públicamente criticada por el movimiento intersex, en tanto otorga a la medicina el poder de decidir sobre la determinación o indeterminación del sexo y crea un estatus discriminatorio con fines de protección" (Cabral, 2014, pág. 200)

A consecuencia de las implicancias del tema sobre el colectivo intersex, el activista Mauro Cabral, que en el año 2006 participó de la elaboración de los Principios de Yogyakarta, afirmó que "Es posible, sin embargo, que la superación futura de la Ley de Identidad de Género argentina no necesariamente implique el reconocimiento de más sexos o de más géneros —sino, y lo digo con esperanzas, la abolición de ambas nociones como categorías jurídicamente relevantes" (Cabral, 2014, pág. 212).

Y es que tomando como marco teórico las nociones expuestas en la primera parte del presente artículo, esto es, el sexo como un continuo biológico a través del cual podemos hallar infinidad de combinaciones, la opción legislativa que mejor se ajusta a esta realidad es la abolición del sexo como categoría jurídica. Sentada esta posición resta abordar algunos interrogantes que recurrentemente se presentan al ensayar esta propuesta.

4.4 Las políticas públicas en materia de género

Al analizar las reacciones ante la propuesta de abolir el sexo como categoría jurídica es habitual toparnos ante el cuestionamiento acerca de cómo recolectaría el Estado la información necesaria para llevar adelante políticas públicas destinadas a corregir desigualdades en materia de género.

Si bien considero que la recolección de datos resulta imprescindible a tales fines, entiendo que la variable "sexo" no es adecuada para el diseño de políticas que tengan por objeto reducir las brechas de género.

En primer lugar cabe considerar que el Estado constantemente diseña políticas públicas sobre ejes que no son registrados en nuestros documentos de identidad. Basta con pensar en las innumerables medidas que los gobiernos llevan adelante en materia social, todas ellas destinadas a reducir las brechas de desigualdad económica de los grupos más vulnerables.

Algo similar sucede con las acciones estatales que ponen el foco en acotar las vulneraciones sufridas por grupos racializados; "Si la declaración del "color" o de la "raza" ya no está permitida porque son manifestaciones racistas y pueden dar lugar a ejercicios xenofóbicos del poder, la declaración del "sexo" o del "género" también puede ser abolida si tomamos nota del hecho de que ambas son expresiones biopolíticas." (Litardo, 2018).

Y es que además, tal como se recolectó la información hasta el año 2021, los datos solo pueden echar luz sobre las desigualdades experimentadas por las mujeres cis, mas no serán representativos de las brechas existentes sobre la población trans* y/o identidades no normativas. Es más, si se quiere diseñar políticas públicas eficaces es necesario contar con información disgregada en torno a identidades específicas lo cual solo será posible si el Estado cuenta con un catálogo identitario abierto en materia de género. De este modo no solo serían posibles políticas atentas a necesidades específicas, sino que además, se estaría cumpliendo con lo dispuesto por la LIG que establece la autodeterminación del género como único criterio válido.

Sabemos que las violencias y las brechas experimentadas por el colectivo trans* difieren y son mucho mayores a las vivenciadas por las mujeres cis. (Fundación Huésped (2014). Ley de Identidad de Género y acceso al cuidado de la salud de las personas trans en Argentina). Sin embargo, por aplicación de la LIG, cuando una persona lleva adelante la rectificación registral, la norma expresamente prohíbe la publicidad del acto, circunstancia que nos lleva a afirmar que el Estado no está recolectando información sobre la violencia sufrida por el colectivo trans*, ya que tales violaciones se invisibilizan dentro de las experiencias sufridas por las "mujeres".

Aun teniendo en consideración que para llevar adelante algunas políticas el Estado debe contar con información acerca de las características anatómicas de las personas¹², estos datos pueden ser recolectados sin necesidad de que los mismos aparezcan en nuestros documentos; es más, a tales fines basta con la información sin necesidad de que la misma esté ligada a una persona en particular.

Sin perjuicio de todo lo expuesto cabe mencionar el debate que existe acerca de los efectos de las políticas públicas centradas en grupos minoritarios, ya que en varias oportunidades las medidas de acción positiva o reconocimiento de derechos por esta vía, invisibilizan estructuras de opresión y relaciones asimétricas de poder.

Al definir los derechos a través de identidades, éstas quedan situadas en el lugar de grupo minoritario sujeto a medidas de supervisión, control y protección contribuyendo... a fijar los procesos de diferenciación y asimetría que las definen. Al mismo tiempo, hace necesario, a través de diferentes tipos de medidas decidir qué cuerpos y trayectorias pueden —o no— incluirse en la

¹² Me refiero, por ejemplo, a un proyecto de ley del año 2020 titulado "Ley Integral de menstruación sostenible" que promueve el goce de derechos de las personas menstruantes, con la finalidad de acceso integral a productos de higiene y gestión menstrual, estipulando una entrega gratuita, universal y obligatoria.

definición identitaria prescrita y, por tanto, entrar en la equivalencia identidad –derechos– ciudadanía (Montenegro Martínez, Egaña Rojas, & Pujol, 2019, pág. 69)

Estos complejos mecanismos de las políticas públicas que actualizan los procesos de inclusión y exclusión son similares a la paradoja planteada por Nancy Fraser al señalar que las políticas afirmativas tienden a cosificar las identidades colectivas ya que, entre otras cosas, definen la identidad de grupo sobre un solo eje, invisibilizando trayectorias particulares e interseccionalidades. Y lo que es más grave, este tipo de políticas públicas con bases identitarias dejan intactas las estructuras profundas que generan la desigualdad. (Fraser & Honneth, 2006, pág. 75)

Por tal motivo la autora propone estrategias transformadoras que hagan posible la desestabilización de las identidades. Este argumento tal como se verá en las conclusiones, se encuentra próximo a una mirada queer centrada en derribar las estructuras que generan brechas de todo tipo.

4.5 Actos discriminatorios y delitos contra personas del colectivo LGTBIQ+

Otro interrogante que normalmente aparece al sostener la abolición del sexo como categoría jurídica es la articulación de esta posición con la prueba judicial necesaria para abordar casos de violencia de género y/o de discriminación. Sobre este punto debemos precisar que las personas encargadas de administrar justicia no necesitan de un registro sexo genérico para llegar a una resolución razonada.

En primer término es necesario advertir que no todas las personas que se apartan del binario hegemónico han rectificado sus documentos de identidad. Sin embargo, tal circunstancia no impediría que, al sufrir un hecho de violencia, el mismo sea enmarcado en un acto de violencia de género. Con la misma lógica que fue utilizada para abordar las políticas públicas, es dable pensar en usuales ejes de discriminación tales como raza, etnia o religión. Los actos discriminatorios apoyados en tales indicadores son habitualmente identificados sin la necesidad de un registro legal; la misma suerte debe correr el género, que deberá ser determinado en base a la autopercepción declarada por la víctima que, además, puede ser corroborada por testigos.

Un ejemplo de lo señalado es el protocolo diseñado por la Unidad Fiscal Especializada en violencia contra las Mujeres¹³, para investigar y litigar feminicidios. Este documento establece que el término “mujer” está referido a todas las personas de identidad y/o expresión de género femeninas, independientemente del sexo asignado al nacer y de sus registros identificatorios. Y aclara que el ámbito de aplicación del Protocolo no se limita de manera estricta a lo que el Código Penal Argentino entiende por feminicidio, sino que alcanza a los homicidios motivados en razones de género, esto es, personas con orientación sexual, identidad o expresión de género diversas. (UFEM. 2018. Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres.)

En la misma línea se hallan precedentes de la Corte IDH. Un caso paradigmático es *Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú* por medio del cual llegan a consideración del Alto Tribunal las violaciones del Estado de Perú al investigar, entre otros, hechos de violación y tortura contra *Azul Marín*, una mujer trans* que fue arbitrariamente ultrajada por agentes policiales.

En esta oportunidad la Corte IDH recepta los argumentos del perito en el parágrafo 163, que indicaban que:

Para determinar si un caso de tortura ha sido motivado por un prejuicio contra personas LGBTI se puede usar como indicadores: la modalidad y características de la violencia inspirada en la discriminación. Por ejemplo, en casos de personas LGBTI, la violación anal o el uso de otras formas de violencia sexual; insultos, comentarios o gestos discriminatorios realizados por los perpetradores durante la comisión de la conducta o en su contexto inmediato, con referencia a la orientación sexual o identidad de género de la víctima o la ausencia de otras motivaciones. (Corte IDH, 2020).

5. Conclusiones

El sistema de identificación, tal como se encuentra regulado actualmente en Argentina, no cumple con la LIG porque, a nivel registral, hay solo dos vías para respetar lo que manda la ley; o bien insertamos en el DNI la identidad tal como cada uno la siente, o bien desaparece este dato del documento. Quiero decir, el colectivo LGTBIQ+ puede y debe debatir cuál de esas propuestas resulta más conveniente, pero deberían partir de una idea en común: el sistema actual con sus tres opciones registrales no es el adecuado.

¹³ La Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM) integra la estructura del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Tiene por finalidad seleccionar y desplegar estrategias de investigación sobre los fenómenos criminales atravesados por las diferentes clases de violencia contra las mujeres y, al mismo tiempo, trabajar sobre los modos en que sus distintas manifestaciones afectan a otros grupos en situación de vulnerabilidad por razón de su orientación sexual e identidad de género.

En este sentido quiero dejar en claro que la "X" acarrea dos problemas insuperables. Por un lado, la invisibilización identitaria extensamente denunciada por el colectivo LGBTQ+.

Por el otro, pensando en términos materiales, quizás la consignación de la "X" nunca llegue a ser equivalente a la inserción de la "F" o la "M". Quiero decir, la adopción de una tercera categoría registral que se inserta en una estructura cis heteronormativa, ¿es realmente una tercera categoría? ¿o acaso actualiza el binomio con sus dos términos reconvertidos en, lo normal — dentro de lo cual hallamos la "F" y la "M"— y del otro lado lo raro identificado con la "X"?

Para contextualizar estos interrogantes es necesario asumir la existencia de la norma¹⁴ que impone la coherencia de los cuerpos, que a fuerza de clasificación separa lo "normal" de lo patológico estableciendo corporalidades hegemónicas. En este sistema es posible pensar que los cuerpos que quiebran aquella coherencia serán disciplinados con la intención de situarlos del lado de la normalidad, pero con una marca de por medio a modo de recordatorio. (García López, 2019, pág. 517)

Concretamente, la norma que moldea los cuerpos en la matriz heterosexual no solo sobrevivirá a la posibilidad de insertar un "X" en los documentos de identidad, sino que la "X" puede ser utilizada como la marca del Derecho.

Aceptada la inconveniencia del sistema actual resulta necesario debatir y reflexionar sobre propuestas superadoras, evaluando qué grado de capacidad disruptiva poseen a los fines de romper con los marcos cis heteronormativos.

Para comenzar con una de las virtudes que tienen en común consideraré que las dos alternativas al sistema actual, refuerzan la posibilidad de identidades no binarias, es decir, la oportunidad de habitar diferentes lugares a lo largo del continuo biológico. En este sentido, expresé que las primeras intervenciones quirúrgicas sobre cuerpos intersex fueron la antesala de las operaciones de cambio de sexo sobre personas trans. Es decir, estos avances biomédicos fueron utilizados, en muchos casos, como herramienta de sometimiento, dejando los cuerpos marcados, con la finalidad de que encajen en cánones dualistas¹⁵. Así, fue necesario el paso del tiempo para que nazca una nueva conciencia que reivindicara la posibilidad de habitar una corporalidad no binaria. (Balza, 2009).

Menciono esto porque en Argentina, del juego armónico de la LIG y la capacidad progresiva que tienen los niños, niñas y adolescentes, surge la posibilidad que las infancias accedan a terapias de hormonización de manera temprana. Concretamente un niño, niña o adolescente menor de 13 años podrá acceder a tratamientos hormonales. Para ello solo se deberá contar con su consentimiento y el asentimiento de una persona adulta referente.

Si bien entiendo acertado que tales procedimientos no estén sujetos a autorización judicial, no puedo dejar de advertir que en muchos casos estas terapias refuerzan el binarismo dicotómico. En este sentido me pregunto si las niñas, niños y adolescentes que requieren estos procedimientos son informados acerca de la posibilidad de habitar identidades sin la necesidad de moldear sus cuerpos para adaptarlos a normas binarias. ¿En qué medida las prácticas que se ponen en marcha a raíz de la LIG están construyendo un modelo asimilacionista de la matriz heterosexual?

A lo largo del presente trabajo se han expuesto algunos argumentos que, en principio, parecen indicar que la abolición del sexo como categoría jurídica no solo es posible sino que, bajo determinadas condiciones, también resulta conveniente.

Asimismo, las reflexiones precedentes me llevan a considerar que no son las diversidades las que tienen que luchar por encajar en un sistema binario y cisnormativo, sino que debemos romper esos marcos dicotómicos y excluyentes que lo sostienen. "No se trata de trabajar para que los marcos culturales vigentes incorporen y otorguen reconocimiento a cuerpos y vidas excluidas; sin modificación de los marcos mismos, la exclusión es inevitable" (Burgos Días, 2019).

Por último, creo que las dos propuestas ensayadas no son excluyentes en el sentido que, entre ellas, puede haber una relación de temporalidad. Quiero decir, adoptando las recomendaciones enunciadas en los Principios de Yogyakarta, podría pensarse durante un tiempo, en la consignación de la identidad de género tal como cada persona la siente y aprovechar ese momento para dar el debate acerca de la pertinencia, necesidad y razonabilidad de mantener esos datos en los documentos legales de identidad. Quizás este sea el modo más adecuado para evaluar la conveniencia de dar un segundo paso consistente en abolir el género como categoría jurídica.

¹⁴ Me refiero a la norma como aquello que, a diferencia de la ley, no está escrito, no es público, tampoco el fruto de un consenso, sino que se trata de esa parte del discurso jurídico cuya función consiste en normalizar.

¹⁵ Me refiero no solo a las intervenciones sobre recién nacidos intersex, sino a legislaciones que condicionaron el cambio de nombre de pila de la persona a una intervención quirúrgica en búsqueda de una pretendida coherencia sexo genérica.

Referencias

- Aguirre Barrios, C. (2022). Mujeres, fecundidad y pobreza: una mirada crítica a las políticas de salud sexual y reproductiva en Colombia.
- Amaya A. D. R., Aponto, A. F., Argüello García, P. M., Baquero Melo, J., Cabrera Becerra, G., Cano Molina, P. A., ... & Venegas, C. (2021). Colombia desde las regiones. Editorial Universidad del Rosario.
- Balza, I. (2009). Bioética de los cuerpos sexuados: transexualidad, intersexualidad y transgénero. ISEGORÍA, págs. 245-258.
- Burgos Días, E. (2019). Cuerpos performativos. Prácticas corporales subversivas: Judith Butler, en S. Lopez, & L. Platero, Cuerpos marcados. Vidas que cuentan y políticas públicas. Barcelona: Edicions Balleterra.
- Butler, J. (2002). Cuerpos que importan. Buenos Aires, Paidós.
(2007). El género en disputa. Barcelona. Paidós.
(2017). Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea. Buenos Aires, Paidós.
- Cabral, M. (2014). Derecho a la igualdad: Tercera posición en materia de género. Revista Derechos Humanos, Año III N° 8.
- Fausto Sterling, A.(2020). Cuerpos sexuados. Barcelona. Melusina.
- Fischer, A. (2009). Devenires, cuerpos sin órganos, lógica difusa e intersexuales. En Maffia, Diana, Sexualidades migrantes. Género y transgénero. Buenos Aires. Librería de mujeres.
- Foucault, M. (1977). Historia de la Sexualidad. México: Siglo XXI.
- Fraser, Nancy & Honneth, A. (2006). ¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político filosófico. Madrid. Ediciones Morata.
- Fundación Huésped (2014). Ley de Identidad de Género y acceso al cuidado de la salud de las personas trans en Argentina. Disponible en: <https://repositorio.huesped.org.ar/handle/123456789/945>.
- García López, D. (2015). Bestiario jurídico: dispositivos de normalización ante la transexualidad. Anales De La Cátedra Francisco Suárez, 49, 395-415. <https://doi.org/10.30827/acfs.v49i0.3290>
- (2019). Ontología jurídica y teoría queer: hacia (el fracaso de) la revuelta. REVISTA QUÆSTIO IURIS, 12(04), 413-431. <https://doi.org/10.12957/rqi.2020.45127>
- Hayon, A. (10 de mayo de 2022). A 10 años de la Ley de Identidad de Género, más de 12 mil personas rectificaron su DNI. Página 12. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/420536-a-10-anos-de-la-ley-de-identidad-de-genero-mas-de-12-mil-per>.
- Lamm, E. (2017). Identidad de género. Sobre la incoherencia legal de exigir el sexo como categoría jurídica. Actualidad Jurídica Iberoamericana, 8, 230-278.
- Laqueur, T. (1994). La construcción del sexo. Madrid: Ediciones Cátedra.
- Litardo, E. (2018). El derecho a la identidad de género. Interpretación y desafío de la ley 26.743. Revista de actualidad. Derecho de familia, 7, 19-63.
- Maffia, Diana, & Cabral, M. (2009). Los sexos ¿son o se hacen? En Maffia, Diana. Sexualidades migrantes. Género y transgénero. Buenos Aires: Librería de Mujeres.
- Maximo, M. (30 de julio de 2021). La X en el DNI: Debates en torno al documento para personas no binarias. Página 12. Obtenido de <https://www.pagina12.com.ar/356505-la-x-en-el-dni-debates-en-torno-al-documento-para-personas-n>.
- Merino Sancho, V. (2017). Sobre el derecho, la medicina y los cuerpos en transformación. Hacia un modelo normativo de autodeterminación sexual. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 35, 116-139.

- Montenegro Martínez, M., Egaña Rojas, L., & Pujol, J. (2019). De las marcas de diferencia a los cuerpos de(s)generados. Una figuración Queer. En L. Platero, & S. Lopez, *Cuerpos Marcados: Cuerpo, Políticas Públicas y Derechos de Ciudadanía*. Barcelona: Edicions Bellaterra.
- Perez, M. (2016). Teoría Queer, ¿para qué? *ISEL*, 5, 184-198.
- Platero, L. (2015). Pedagogías trans*formadoras: el asterisco como forma de resistencia. En Planelle, Jordi & Pié Balaguer, Assumpció. *Políticas, prácticas y pedagogías TRANS*. Barcelona. UOC.
- Rodríguez Álvarez, I. (2019). La organización de Naciones Unidas y los derechos de las personas LGTBI: nuevos avances y desafíos de siempre. En Matía Portilla, Francisco Javier. *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Rubin, G. (1986). Tráfico de mujeres: notas sobre la "economía política" del sexo. *Nueva Antropología*, vol. VIII, 30, 95-145.
- Saldivia Menajovsky, L. (2017). Subordinaciones invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género. Buenos Aires: Ediciones UNGS.
- Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (2018). Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2018/03/UFEM-Protocolo-para-la-investigaci%C3%B3n-y-litigio-de-casos-de-muertes-violentas-de-mujeres-femicidios.pdf>
- Wittig, M. (2010). *El pensamiento heterosexual*. Madrid: Egales.

Referencias Jurisprudenciales

- Cámara Civil, Sala "G", Bertolini, Lara María c/ EN-M. Interior OP y V s/ información sumaria, 10/12/2019.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva 24/17, 24/11/2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, (Fondo Reparaciones y costas), Sentencia del 24/02/2012, Serie C No. 239.
- Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 7, Bertolini, Lara María c/ EN-M. Interior OP y V s/ información sumaria. 01/03/2019.

Referencias Legislativas

- Decreto 476/21. Registro Nacional de las Personas. 20 de julio de 2021.
- Ley N° 17.671. Ley de Identificación, Registro y Clasificación del Potencial Humano Nacional. 29 de febrero de 1968.
- Ley N° 26.743. Ley de Identidad de Género. 23 de Mayo de 2012.
- Principios de Yogyakarta. 26 de marzo de 2007.
- Resolución 420/18. Registro de Estado Civil de Mendoza.

La perspectiva de género en el proceso penal colombiano: un análisis desde los derechos humanos de las personas de la población LGBTQ+

Autor

Bernardo Arenas Blanco*

Cómo citar este artículo

Arenas Blanco, B. (2024) La perspectiva de género en el proceso penal colombiano: un análisis desde los derechos humanos de las personas de la población LGBTQ+. REV.IGAL, II (2), p. 42- 61.

*Estudiante de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Santander, Colombia y Miembro Activo/Fundador del Semillero de Investigación de Derecho Penal: Telos adscrito a la Universidad Autónoma de Bucaramanga. <https://orcid.org/0009-0005-1953-1885>.

RESUMEN

El presente trabajo analiza la actividad jurídica nacional e internacional sobre la perspectiva de género cuando se identifican estereotipos de género en razón a la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativas en el proceso penal. A través de un estudio dialéctico y cualitativo, aplicando el control de convencionalidad como herramienta de trabajo, se estudiaron los parámetros y reglas sobre perspectiva de género empleados por los operadores jurídicos de la jurisdicción penal colombiana, especialmente la Corte Suprema de Justicia, para verificar si aquellos cumplen con los lineamientos convencionales del Sistema IDH para proteger los derechos humanos de las personas de la población LGBTQ+ en el proceso penal. Si bien el ordenamiento jurídico colombiano ha consolidado una amplia línea jurisprudencial que desarrolla este instrumento hermenéutico, su concepción se ha limitado a los casos de violencia en contra de la mujer, lo que dificulta su uso en otros grupos poblacionales víctimas de la discriminación de género.

PALABRAS CLAVE:

LGBTQ+, VIOLENCIA POR PREJUICIO, PERSPECTIVA DE GÉNERO, DERECHO PENAL.

ABSTRACT

This paper analyzes the national and international legal activity on gender perspective when gender stereotypes are identified on the basis of sexual orientation, gender identity or non-normative gender expression in the criminal process. Through a dialectical, qualitative and deductive study, applying the control of conventionality as a working tool, the parameters and rules on gender perspective used by the legal operators of the Colombian criminal jurisdiction, especially the Supreme Court of Justice, were studied to verify if they comply with the conventional guidelines of the IAHR System to protect the human rights of the LGBTQ+ population in the criminal process. Although the Colombian legal system has consolidated a broad jurisprudential line that develops this hermeneutic instrument, its conception has been limited to cases of violence against women, which hinders its use in other population groups that are victims of gender discrimination.

KEYWORDS:

LGBTQ+, VIOLENCE DUE TO PREJUDICE, GENDER PERSPECTIVE, CRIMINAL LAW.

1. Introducción

Las revoluciones burguesas permitieron el tránsito del absolutismo al liberalismo a través del proceso de modernización que avanzaba en la Europa occidental gracias a una base filosófica individualista. El nacimiento del Estado moderno se fundó bajo la misma ficción ideológica del contrato social, acogiendo varios principios, entre ellos, el principio mediante el cual todos los hombres nacen libres e iguales. (Vela Orbegozo, 2017)

Sin embargo, con el nacimiento de la primera ola del feminismo en el Siglo de las Luces, las mujeres iniciaron las primeras discusiones sobre la realidad discriminatoria de las que eran víctimas por el simple hecho de ser mujeres. Es así como las feministas advertían que los principios que fomentaba la Ilustración, esto es: libertad, igualdad y fraternidad, únicamente hacían referencia a los hombres y excluían injustificada e irracionalmente a las mujeres (Varela, 2019). En otros términos, gracias a las mujeres y al feminismo, se empezaron a cuestionar las sociedades construidas bajo relaciones asimétricas de poder en razón al género, las cuales se apoyan en las diferencias anatómicas entre hombres y mujeres, ubicando como superior al sexo masculino.

Posteriormente, tomando como punto de partida las manifestaciones de Stonewall Inn en 1969, la lucha contra el sistema hegemónico del género no se limitó únicamente a erradicar los estereotipos de género que impedían el goce efectivo de los derechos de las mujeres, sino que se amplió a un campo de protesta en contra de los prejuicios en razón a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género no normativas que rechazaban la existencia de las personas LGBTQ+ (Fleishman, 2020). Esta forma de discriminación, también conocida como violencia por prejuicio, se concibe como una forma de violencia ejercida en contra de cuerpos considerados no normativos que comunica un mensaje de rechazo o castigo con el objetivo de aterrorizar a las personas que se sienten o puedan ser percibidas como iguales al cuerpo herido o anquilado (Gómez, 2008)

Es en ese contexto que autores como Alexis Emanuel Gros (2015), interpretando los estudios de género de Judith Butler, Eve Kosofski Sedgwick y Teresa de Lauretis, afirman que la sociedad está construida bajo un panorama de heteronormatividad a la cual se le ha dado un carácter de natural; es decir, la humanidad se ha desarrollado conforme a "la matriz binaria según la cual se asignan, clasifican y regulan las identidades de género en las sociedades occidentales" (p. 2) asociados a la división sexual hombre/mujer. Entonces, las sexualidades no normativas que no encajan dentro de dicho binarismo impuesto son castigadas al rechazo social, discriminación y estigma (Gros, 2015).

Además, este sistema se consolida sobre una estructura jerarquizada que prefiere y beneficia lo masculino y heteronormativo, entendido este último como el "conjunto de normas relativas al género y la sexualidad que privilegian la heterosexualidad presentándola como el estándar de normalidad" (Corlett, Di Marco & Arenas, 2021, p. 115). Esto ha generado un problema social, dado que los comportamientos diversos a estas normas de género son comprendidos como pecaminosos, criminales o anormales, desencadenando un sentimiento de rechazo y represión por parte de la sociedad materializándose en actos de violencia o exclusión social y legal como sucede con las personas de la población LGBTQ+ .

Para prevenir la propagación de prejuicios generalizados de género, los sistemas jurídicos actuales han decidido implementar diversos instrumentos que permiten la protección de los derechos humanos de personas víctimas de violencia o discriminación de género. Es así como nace la perspectiva de género; aquella herramienta que permite corregir la situación discriminatoria en un proceso judicial o procedimiento administrativo, abordando el problema jurídico planteado con un enfoque diferencial que vincule el aspecto sociológico que acarrea al problema. (Corte Constitucional, sentencia T-271, 2023).

En esta misma línea, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de las decisiones y opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH y Comisión IDH), ha consolidado ciertas reglas particulares y específicas que deben aplicar los Estados Parte cuando están en la presencia de estereotipos de género en contra de las personas con orientación sexual, identidad de género y expresión de género no normativas, ya que estos actos están asentados sobre un

¹Las siglas LGBTQ+ hacen referencia las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer.

sentimiento de rechazo y castigo hacia las personas en estudio (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Azul Rojas Marín vs. Perú, 2020)

En materia penal, la administración de justicia colombiana reconoce que el sistema judicial no es ajeno a la propagación de estereotipos de género que llegan a legitimar esta forma de discriminación. Por tal motivo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia autoriza a los juristas para discutir dichas prerrogativas discriminatorias que fundamentan una decisión judicial a través del recurso extraordinario de casación o impugnación especial, alegando la existencia de falsos raciocinios que impiden la garantía del acceso a la administración de justicia de personas perteneciente a grupos históricamente discriminados (Corte Suprema de Justicia, sentencia SP-056, 2023).

Sin embargo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia asumió una interpretación restrictiva de aquella herramienta hermenéutica en sus decisiones, ya que, para esta Corporación, la perspectiva de género es un mandato constitucional y supraconstitucional que debe ser implementado por el Estado y sus funcionarios para identificar, cuestionar y erradicar toda forma de discriminación en contra de la mujer. (Corte Suprema de Justicia, sentencia SP-2649, 2022), dificultando su activación en otros grupos poblacionales que también son víctimas de los patrones negativos de género, como lo es el caso de las personas sexualmente no normativas.

Por lo tanto, a través de un estudio cualitativo y dialéctico, implementando como herramienta de trabajo el control de convencionalidad, asimismo, estableciendo como premisa mayor los parámetros señalados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para aplicar la perspectiva de género en casos de violencia por prejuicio en contra de la población en estudio; y, como premisa menor, la perspectiva de género en el ordenamiento jurídico penal colombiano, se pretende verificar si el derecho procesal penal colombiano aplicado, específicamente el de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha empleado los parámetros establecidos por el orden convencional para asegurar precisamente la protección y garantía de los derechos de las personas de la población LGBTQ+ dentro del proceso penal.

Se previene al lector que el presente escrito es un trabajo socio-jurídico, el cual tiene por objeto estudiar el derecho penal, especialmente el derecho procesal penal, y su función en la sociedad desde el campo de los estudios de género. Por consiguiente, esta obra no pretende explorar exhaustivamente las discusiones que se plantean dentro de las teorías de género, sino que trata de evidenciar las particularidades o rasgos del proceso penal colombiano frente al desarrollo socio-jurídico de la perspectiva de género desde una mirada de los derechos humanos de la población sexualmente no normativa.

2. Noción de violencia por prejuicio en razón a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género no normativas.

Antes de identificar los parámetros convencionales establecidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre la perspectiva de género desde una visión de los derechos humanos de las personas sexualmente no normativas, es primordial entender los elementos esenciales de la discriminación de género que sufre este grupo poblacional, pues esta forma de exclusión ostenta características particulares diferentes a la discriminación experimentada por otros grupos históricamente vulnerables. Por consiguiente, se procederá a realizar un estudio general y breve sobre la violencia por prejuicio en contra de la población LGBTQ+.

En primer lugar, antes de explicar el concepto de violencia por prejuicio, es imperante precisar el alcance y razón de la categoría prejuicio como núcleo de la discriminación de género en contra de las personas sexualmente no normativas. Tal como lo explica la profesora María Mercedes Gómez (2008), el prejuicio se define como una racionalización que señala un procedimiento mediante el cual las personas justifican a un grupo social, e incluso a sí mismas, la reacción generalmente negativa que sienten hacia alguien o algo.

Además, al incluir el prejuicio dentro de la categoría violencia, es imperativo realizar el estudio tomando en cuenta el contexto social y cultural, ya que no existe el prejuicio sin un contexto que lo apoye, que, en el caso en concreto, se traduce en el castigo y rechazo de todo

lo que no parezca heterosexual (Colombia Diversa, 2014). Lo anterior, debido a que, conforme lo explica la profesora María Mercedes Gómez, la esencia del prejuicio o los prejuicios radica en que estos son siempre sociales, debido a que tienen eco en grupos; es decir, para que el prejuicio exista es importante que este se halle en complicidad social (Gómez, 2008).

La violencia por prejuicio en contra de las personas de la población LGBTQ+ hace referencia a aquellos actos violentos sustentados en presunciones, visiones o preconcepciones generalizadas sobre los atributos o características de personas pertenecientes a un grupo particular, o sobre los roles que ellos deben seguir o cumplir (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015). La Comisión IDH afirma que la violencia por prejuicio en contra del grupo poblacional en estudio "constituyen racionalizaciones o justificaciones de reacciones negativas, por ejemplo, frente a expresiones de orientaciones sexuales o identidades de género no normativas (...) que se dirige hacia grupos sociales específicos, tales como las personas LGBT y tiene un impacto simbólico" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 48).

En otras palabras, la violencia por prejuicio en razón a la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativas es aquella que ataca cuerpos considerados no normativos desde una lógica heterosexual. Se habla de lógica heterosexual, ya que los medios sociales están constituidos por un régimen de aspectos normativos, políticos y culturales que son incompatibles con sexualidades no normativa. Lo que implica que en la sociedad impera una heterosexualidad impuesta que, para proteger las ventajas masculinas, se manifiesta a través de actos hostiles hacia personas transgresoras de las normas heterosexuales. (Gómez, 2008)

Bajo el mismo criterio, con base en la Opinión Consultiva No. 24, la Corte IDH entiende la violencia por prejuicio como una conducta brutal que constituye una forma de violencia de género en la que el agresor desea castigar a las personas con orientación sexual, identidad de género y expresión de género no normativas, ya que su existencia desafía las normas de género dominantes en la sociedad (Corte IDH, Opinión Consultiva 24, 2017). Entonces, cuando una persona comete un acto violento desde el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativas, el autor lo realiza con el fin de reafirmar su propia identidad diferente al de la víctima y, también, reafirma la identidad que trataba de suprimir (Gómez, 2008).

Según el jurista colombiano Manuel Albarracín (2017), la violencia por prejuicio en contra de las personas con sexualidades no normativas se traduce en un insulto al sentido común; un sentimiento negativo que se alimenta de prejuicios y está sustentado en ideas y afecciones vinculados, generalmente, con creencias o tradiciones relacionados con una cultura heteronormativa y religiosa.

Resulta importante advertir que no se debe confundir la violencia por prejuicio con los crímenes de odio, ya que desde el espacio subjetivo que motiva la consumación de ambos actos estos resultan diferentes.

Es verdad que existe una tendencia generalizada en utilizar ambos términos como sinónimos al hacer referencia a conductas violentas discriminatorias en contra de las personas LGBTQ+. Esto se debe a la génesis del término crimen de odio que se dio particularmente en Estados Unidos en la década de 1980 al hacer referencia a conductas motivadas por la intolerancia o la discriminación en contra de grupos históricamente reprimidos, como lo era el caso de los delitos en razón de raza, pertenencia étnica, religión o género (Gómez, 2012).

Empero, es preferible que la discriminación de género en contra de las personas con sexualidades no normativas se comprenda desde el prejuicio y no estrictamente desde el odio, pues ambos son dos elementos subjetivos diferentes pero que, desde cierto punto, están relacionados (Escobar, 2016).

Samuel Escobar, citando a la profesora María Mercedes Gómez, afirma que el prejuicio se concreta en una caracterización, regularmente negativa, acorde a unos estereotipos o preconcepciones acerca del grupo al que pertenece la víctima. Igualmente, esta categoría hace referencia a un grupo amplio de conductas, por lo que el odio consiste en una de las tantas formas en que se puede desarrollar el prejuicio, pero no la única (Escobar, 2016).

Adicionalmente, se afirma que cuando se hace referencia a un crimen cometido desde el odio se alude a un elemento de animosidad; un sentimiento de hostilidad hacia el grupo al que pertenece la víctima con el objetivo de castigarla o eliminarla, lo que significa que es diferente al elemento subjetivo del prejuicio que parte de generalizaciones falsas (Escobar, 2016).

Por último, Escobar establece precisiones y parámetros primordiales para identificar

cuándo se está frente a un crimen por prejuicio y cuándo no. Para esto, desde un debate probatorio, la demostración del prejuicio no requiere que sea expreso o manifiesto, pues se puede utilizar el indicio para demostrar la existencia del elemento subjetivo especial diferente al dolo; es decir, estudiar el prejuicio desde la ejecución y consumación del delito, verbigracia, al ensañamiento con el cuerpo de la víctima, el lugar anatómico en el que son infligidas las lesiones o la visibilidad de su orientación sexual o identidad de género (Escobar, 2016).

En conclusión, las personas de la población LGBTIQ+ son víctimas de una forma específica de discriminación de género, diferente a la sufrida por las mujeres, ya que la primera se materializa desde el prejuicio en razón a la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa de la persona que, desde el campo subjetivo, se puede ejecutar a través de diversas acciones que se sustentan desde el odio, falsas concepciones, falsos raciocinios, etc. Caso diferente es la discriminación de género en contra de las mujeres, la cual se sostiene por relaciones asimétricas de poder soportadas por la creencia de una superioridad del género masculino sobre el femenino (Varela, 2019).

3. Parámetros convencionales para la aplicación de la perspectiva de género en el proceso penal conforme a los derechos humanos de la población LGBTIQ+

Como se advirtió en la introducción, con base en el plan de trabajo dialéctico, como premisa mayor se identificarán los parámetros convencionales desarrollados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre la perspectiva de género desde una mirada de los derechos humanos de la población LGBTIQ+ en el proceso penal. Para esto se precisará el alcance de la perspectiva de género desde la visión de esta población de forma general dentro del sistema, para después indicar los estándares particulares impulsados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para eliminar la discriminación de género en el proceso penal, particularmente en la OC-24 de 2017 y en los casos *Azul Rojas vs. Perú* y *Vicky Hernández vs. Honduras*.

3.1. La Perspectiva de Género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos según los derechos humanos de la población LGBTIQ+

Tanto la Comisión IDH como la Corte IDH observan que los Estados Parte de la CADH presentan un incremento de casos de violencia por prejuicio en contra de las personas de la población LGBTIQ+. Igualmente, existe una preocupación por parte del Sistema Interamericano debido al alto índice de impunidad que presentan estos casos, y la falta de compromiso de los Estados Partes en investigar, sancionar y erradicar las diversas formas de violencia en contra de este grupo poblacional (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014).

Por tal razón, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha exhortado a los Estados Parte a adoptar diferentes mecanismos o medidas que garanticen la protección de los derechos humanos de las personas sexualmente no normativas, especialmente la vida, integridad personal, seguridad y dignidad, verbigracia, a través de políticas públicas que aseguren un cambio cultural. Asimismo, este sistema aconseja a los Estados Parte para que implementen una herramienta que permita cumplir con la debida diligencia en la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de la violencia por prejuicio en contra de la población en estudio protegida internacionalmente.

Para los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la perspectiva de género es aquella herramienta idónea que garantiza la protección de los Derechos Humanos de las personas víctimas de patrones o estereotipos de género, las cuales se enmarcan en una relación desigual de poder en razón de género como sucede en los casos de mujeres y personas de la población en estudio. Pues, tal como lo expresa la Comisión IDH en el comunicado de prensa No. 198 (2021):

La perspectiva de género es un método de análisis de la realidad que permite visibilizar la valoración social diferenciada de las personas en virtud del género asignado o asumido, y

evidencia las relaciones desiguales de poder originadas en estas diferencias (...) La perspectiva de género es una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres y las personas LGBTI, ya que busca visibilizar la posición de desigualdad y de subordinación estructural de las mujeres por razón de su género; erradicar la falsa premisa de la inferioridad de las mujeres a los hombres y visibilizar y abordar estereotipos y prejuicios que facilitan la discriminación por motivos de orientaciones y características sexuales, identidades de género diversas; lo anterior, en el contexto del sistema hetero-cis-patriarcal predominante en la región. (párr. 2).

En el caso de la población con orientación sexual e identidad de género no normativas, la aplicación de la perspectiva de género es fundamental para la protección de sus derechos humanos, pues la violencia en contra de esta población se caracteriza principalmente por el deseo del agresor de castigar identidades de género, expresiones de género u orientaciones sexuales que quebrantan las normas o roles de género creadas y defendidas por un sistema tradicional binario de hombre/mujer (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Siguiendo la misma línea, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su informe anual (2011) afirma que la violencia por prejuicio en contra de las personas con orientación sexual e identidad de género no normativas implica una "forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a quienes se consideran que desafían las normas de género" (párr. 57).

Lo anterior reafirma la tesis de la aplicación del enfoque de género en el proceso penal, cuando los operadores jurídicos o juristas evidencian estereotipos de género en razón a la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativas, ya que estos patrones se fundamentan en un sistema de género binario que excluye cualquier manifestación de género no normativa privilegiando lo masculino y heterosexual. Esto obliga a los jueces e investigadores al análisis y estudio, no únicamente del actor del delito, sino del contexto social en el que se produjo, pues como se mencionó anteriormente, la violencia en contra de las personas de la población LGBTIQ+ está arraigada a un contexto heteropatriarcal que puede llegar a contaminar el proceso judicial generando una vulneración en sus derechos humanos e incumplimiento del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte IDH, caso Vicky Hernández vs. Honduras, 2021)

Ahora bien, a continuación, se abordarán los parámetros convencionales establecidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la aplicación del enfoque de género en el proceso penal desde una perspectiva LGBTIQ+, los cuales fueron desarrollados en dos casos fundamentales: el caso Azul Rojas Marín vs. Perú, y el caso Vicky Hernández vs. Honduras.

3.2. Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú

El Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú es el primer caso ante la Corte IDH en donde se establecen los parámetros convencionales para la aplicación del enfoque de género desde la óptica LGBTIQ+ en los casos de violencia en contra de las personas con orientación sexual e identidad de género no normativa en el marco de una investigación y proceso penal.

El Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú es el primer caso ante la Corte IDH en donde se establecen los parámetros convencionales para la aplicación del enfoque de género desde la óptica LGBTIQ+ en los casos de violencia en contra de las personas con orientación sexual e identidad de género no normativa en el marco de una investigación y proceso penal.

Este caso fue estudiado por la Corte IDH analizando el contexto social de discriminación y violencia sistemática en contra de las personas sexualmente no normativas en las Américas, en el cual se le atribuyó responsabilidad internacional al Estado del Perú por la vulneración de los derechos humanos de la señora Azul Roja Marín debido a su privación de la libertad de forma ilegal, arbitraria y discriminatoria en razón a su orientación sexual e identidad de género.

La Corte IDH recordó que las personas de la población LGBTIQ+ son personas que han sido discriminadas históricamente a través de diversos actos de estigmatización, violencia, discriminación estructural y violaciones a sus derechos fundamentales. Es por esta razón que las categorías de orientación sexual e identidad de género están protegidas por la Convención Americana de

Derechos Humanos en su artículo 1.1, generando como consecuencia una prohibición para los Estados de no actuar en contra de una persona por motivos de su orientación sexual, identidad de género u expresión de género. (Corte IDH, caso Azul Rojas vs. Perú, 2020).

La perspectiva de género en los casos de violencia en contra de las personas de la población LGBTIQ+ conlleva, en primer lugar, aceptar que la violencia se da principalmente con el objetivo de comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación hacia comportamientos que desafían las normas de género fundadas en un sistema binario de lo que constituye lo masculino y femenino (Corte IDH, caso Azul Rojas vs. Perú, 2020).

Además, esta herramienta obliga a que, al momento de investigar o juzgar un caso en concreto, se debe tomar en cuenta los prejuicios o percepciones negativas motivadas por la orientación sexual o identidad de género de la víctima. Es decir, tanto los investigadores como los funcionarios judiciales deben tomar en consideración el contexto en que se cometió el delito que, en el caso de las personas LGBTIQ+, se da principalmente en un entorno machista que privilegia la heterosexualidad (Corte IDH, caso Azul Rojas vs. Perú, 2020).

Ahora bien, sobre el proceso penal, la Corte IDH afirmó que el Estado, a través de sus agencias policiales y jurisdiccionales, tiene el deber de ofrecer mecanismos de denuncia accesibles, asimismo, estos deben ser difundidos para el conocimiento de sus ciudadanos tal como lo establecen los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte IDH, caso Azul Rojas vs. Perú, 2020). Adicionalmente, cuando una persona de la población en estudio acude ante la administración de justicia por la comisión de un delito en su contra, es necesario que las autoridades eviten cualquier forma de discriminación, ya sea verbal o física, pues esto implicaría una revictimización para ella (Corte IDH, caso Azul Rojas vs. Perú, 2020).

Conforme a esta sentencia, las investigaciones penales se desarrollan a través de diferentes principios rectores como pueden ser "recuperar y preservar el material probatorio con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones, y determinar la causa, forma, lugar y momento del hecho investigado" (Corte IDH, caso Azul Rojas vs. Perú, 2020, p. 50). Empero, estos principios se ven reforzados cuando existen indicios o sospechas concretas de violencia por prejuicio en razón a la orientación sexual o identidad de género, por lo que es necesario que las autoridades implementen las medidas necesarias para garantizar una investigación integral, imparcial y objetiva, sin eludir cualquier hecho que compruebe la materialización de violencia motivada por el prejuicio (Corte IDH, caso Azul Rojas vs. Perú, 2020).

Por último, durante la investigación y el proceso penal es necesario la aplicación de la perspectiva de género en casos de violencia en contra de las personas de la población LGBTIQ+, quienes son sujetos protegidos tanto internacional como constitucionalmente. Pues, los estereotipos y patrones de género son preconcepciones que afectan la objetividad de los servidores públicos, ya que estos pueden distorsionar "las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes" (Corte IDH, caso Azul Rojas vs. Perú, 2020, p. 56). Por ejemplo, en los casos de violencia sexual en contra del grupo poblacional en estudio, está totalmente prohibido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el empleo del término *contra natura* en los informes médicos legales, debido a que estigmatiza a quienes tienen una orientación sexual no normativa.

3.3. Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras

El caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras representa un fortalecimiento o blindaje a los estándares convencionales desarrollados en el caso Azul Rojas Marín vs. Perú, especialmente respecto de las mujeres trans víctimas de violencia por prejuicio en Honduras, pero que *mutatis mutandis* también es aplicable a los casos de los demás/otros Estados del continente americano.

El Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras es un caso que demuestra la gravedad de la violencia por prejuicio en contra de un grupo poblacional protegido por la Convención Americana de Derechos Humanos: las mujeres trans, quienes, conforme a la Opinión Consultiva No. 24 de 2017, se les debe respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos sin discriminación alguna (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 34).

Igualmente, en la mencionada opinión consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó que la orientación sexual, identidad de género y expresión de género son categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que implica una doble obligación para los Estados Parte: (i) Abstenerse de implementar políticas o normas jurídicas que contemplen situaciones discriminatorias basadas en las categorías antedichas; y, (ii) Adoptar diversos mecanismos y medidas para eliminar cualquier situación discriminatoria existente en la sociedad en contra de un determinado grupo de personas como lo es el caso de las personas de la población LGBTIQ+.

Ahora bien, conforme a los lineamientos esbozados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en principio se debe puntualizar que en el proceso penal, conforme al artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el principio de igualdad y no discriminación, los Estados, a través de sus funcionarios judiciales, deben abstenerse de realizar cualquier actuación que sea discriminatoria ya sea de forma directa o indirecta; asimismo, se prohíbe la creación de situaciones de discriminación de iure o de facto. (Corte IDH, caso Vicky Hernández vs. Honduras, 2021). Lo anterior, no implica únicamente que el Estado prescinda de realizar cualquier acción discriminatoria, sino que el principio de igualdad y no discriminación también exige que en el proceso penal se creen mecanismos que permitan combatir las situaciones discriminatorias existentes en contra del grupo poblacional en estudio como lo es la perspectiva de género, herramienta idónea para combatir la discriminación en razón de género en el ámbito judicial (Corte IDH, caso Vicky Hernández vs. Honduras, 2021)

Según lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos en el presente caso, el proceso penal debe contar con los medios idóneos y necesarios para investigar a los responsables de violaciones a derechos humanos; además de imponerles las sanciones pertinentes y garantizar reparación integral a las víctimas (Corte IDH, caso Vicky Hernández vs. Honduras, 2021). Este deber de investigar, sancionar y reparar se refuerza por dos situaciones: (i) cuando la investigación se realiza bajo un contexto de violencia por prejuicio en contra de las personas LGBTIQ+; es decir, durante la investigación es necesario contemplar aquellas situaciones discriminatorias, al igual que eliminar estas conductas para llevar a cabo una investigación objetiva; y, (ii) cuando se investigan afectaciones a los derechos de los defensores de derechos humanos de esta población. (Corte IDH, caso Vicky Hernández vs. Honduras, 2021)

Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus artículos 8 y 25, consagra que todos los Estados Parte tienen la obligación convencional de implementar diversos mecanismos judiciales efectivos e idóneos para la investigación de violaciones a derechos humanos conforme a las reglas del debido proceso (Convención Americana de Derechos Humanos).

Según este Tribunal, el derecho de acceso a la justicia se construye bajo los siguientes fines: "asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables" (Corte IDH, caso Vicky Hernández vs. Honduras, 2021, p. 30). Dicho esto, existe violación a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos cuando la investigación se realiza aplicando estereotipos de género que refuerzan la discriminación en contra de las personas de sexualidad no normativas y, también, por llevar a cabo una investigación sin enfoque de género. (Corte IDH, caso Vicky Hernández vs. Honduras, 2021)

Además, la Corte IDH en el presente caso afirmó que, distintos a los principios rectores de la investigación penal establecidos por este Tribunal, cuando se investiga un delito cometido en contra de las personas pertenecientes a la población en estudio, las autoridades deben "tomar todas las medidas que sean razonables para develar si existen posibles motivos discriminatorios" (Corte IDH, caso Vicky Hernández vs. Honduras, 2021, p. 31). Es decir, si dentro de la investigación penal existen diferentes indicios o sospechas de que la comisión del delito se ejecutó con fines discriminatorios, el Estado debe emprender su programa metodológico de forma imparcial y objetiva, sin omitir aquellos hechos que puedan llegar a constituir violencia por prejuicio o discriminación en contra de las personas sexualmente no normativas.

En conclusión, es necesaria la aplicación de la perspectiva de género en el proceso penal, cuando se evidencian estereotipos de género en contra de la población LGBTIQ+ debido a que, tal como lo expone la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

(...) los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los

funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. Los estereotipos "distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos", lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes. (Corte IDH, caso Vicky Hernández vs. Honduras, 2021, p. 33).

4. La perspectiva de género en el proceso penal colombiano desde una dimensión de los derechos humanos de las personas con orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa

En el presente capítulo se desarrollará la premisa menor enunciada en la introducción. Para cumplir con lo anterior, se observará el estado actual de la perspectiva de género en el ordenamiento jurídico colombiano a través de decisiones de las Altas Cortes y la doctrina.

En el presente capítulo se desarrollará la premisa menor enunciada en la introducción. Para cumplir con lo anterior, se observará el estado actual de la perspectiva de género en el ordenamiento jurídico colombiano a través de decisiones de las Altas Cortes y la doctrina.

Posteriormente, se estudiarán las decisiones judiciales de los diferentes órganos de la jurisdicción penal, especialmente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para identificar los estándares jurisprudenciales sobre la perspectiva de género en el proceso penal colombiano enfocado en los derechos fundamentales de las personas LGBTQI+.

Una vez examinados los lineamientos sobre la perspectiva de género en el proceso penal colombiano, mediante la aplicación del control de convencionalidad como instrumento hermenéutico, se verificará si aquellos cumplen con los parámetros convencionales establecidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para erradicar la violencia por prejuicio o discriminación de género en contra de la población sexualmente no normativa.

4.1 Cuestiones generales sobre la perspectiva de género LGBTQI+ en el ordenamiento jurídico colombiano:

Antes de analizar la aplicación de la perspectiva de género en el proceso penal colombiano, desde la óptica LGBTQI+, es necesario establecer ciertos parámetros generales de esta categoría en el ordenamiento jurídico colombiano. Pues, el concepto construido por la Sala de Casación Penal de la CSJ es el resultado de la aplicación de los mencionados lineamientos generales, los cuales han sido construidos principalmente por la Corte Constitucional en aplicación del principio de igualdad y no discriminación contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política y en múltiples instrumentos internacionales de Derechos Humanos. .

De forma general, la perspectiva de género, según Romero et al (2020): "se refiere al análisis de las dinámicas que existen en la sociedad frente a los roles que se desempeñan y que han sido asignados tanto a hombres como mujeres, y cómo estos influyen en el acceso de hombres y mujeres a bienes, servicios, derechos, e incluso a la justicia" (p. 13).

Es decir, lo que busca la perspectiva de género es analizar aquellas concepciones clasificadas en masculino y femenino, las cuales originan, generalmente, una percepción negativa para quienes no siguen dichos patrones de género, y a su vez provocan una relación desigual de poder entre estos.

Siguiendo la misma visión, la Corte Constitucional concibe la perspectiva de género como una obligación de la administración de justicia y una herramienta teórico-práctica que permite que, en el juicio realizado por los funcionarios judiciales a través de un estudio multinivel, no se perpetúen estereotipos de género discriminatorios, debido a que los jueces no solo reconocen derechos, sino también pueden confirmar patrones de desigualdad y discriminación de género (Corte Constitucional, sentencia T-028, 2023).

Igualmente, este instrumento es comprendido como aquel que permite la eliminación de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida contra una persona en razón, no únicamente de su sexo, como lo establece el alto tribunal, sino también en razón a la orientación sexual o identidad de género no normativa. En consecuencia, existe violación del derecho de acceder a la administración de justicia cuando el operador judicial no aplica la perspectiva de género, lo que trae como consecuencia

una decisión fundamentada en consideraciones superficiales no garante de los derechos fundamentales. (Corte Constitucional, sentencia T-967, 2014).

En relación con las personas de la población LGBTQI+, la Corte Constitucional ha sido pacífica en afirmar que ellas pertenecen a un grupo históricamente discriminado, razón por la cual se les da un carácter de sujetos de especial protección constitucional, con ocasión al predominio de patrones sexistas y estándares de normalización que tienden a invisibilizar la problemática de la desprotección (Corte Constitucional, sentencia T- 068, 2021).

Además, debido a la presencia masiva de prejuicios en contra de la población sexualmente no normativa, la sociedad ha normalizado, obviado e infravalorado las graves consecuencias que ocasionan las prácticas discriminatorias heteronormativas en la protección de los derechos humanos. Por lo tanto, la Corte Constitucional ha instado la obligación que tienen los jueces de asumir el estudio de casos en donde se vean involucrados miembros de esta población con una sensibilidad constitucional y tomando como pilar fundamental la dignidad humana, a través de la aplicación de criterios de enfoque diferencial que obedezcan a la situación generalizada de vulnerabilidad y busque una solución jurídica que permita superación de aquella desigualdad o discriminación (Corte Constitucional, sentencia T-068, 2021).

Aun cuando el alto tribunal utiliza el término "enfoque diferencial", se está haciendo referencia a la perspectiva de género como garante de los derechos humanos de las personas LGBTQI+, pues lo que se pretende es la implementación de una herramienta que permita impedir la propagación de patrones y estereotipos de género subyacentes en la sociedad producto de un sistema machista heteronormativo, lo cual es el objetivo principal de esta herramienta teórico-práctica.

Lo anterior, permite concluir que, para garantizar la materialización del principio de igualdad y no discriminación contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política en pro de los derechos de las personas con orientación sexual, expresión de género e identidad de género no normativas, los operadores judiciales y las autoridades en general deben aplicar un enfoque diferencial de género que permita visibilizar la situación de violencia sistemática de las que son víctimas en razón a su orientación sexual, expresión de género o identidad de género. Asimismo, su aplicación permitirá la exclusión de cualquier acción o actuación fundamentada en prejuicios o premisas discriminatorias que impiden la garantía del derecho de acceder a la administración de justicia.

4.2. Concepto y desarrollo de la perspectiva de género en el ordenamiento jurídico penal colombiano en relación con los parámetros convencionales sobre la violencia por prejuicio en contra de las personas de la población LGBTQI+

4.2.1. Situación actual en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

En múltiple jurisprudencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado la perspectiva de género como:

un mandato constitucional y supraconstitucional que vincula a todos los órganos e instituciones del poder público, y que les obliga que, en el ejercicio de sus funciones y competencias, obren en modos que le permitan identificar, cuestionar y superar la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres (Corte Suprema de Justicia, sentencia SP-2649, 2022, p. 19).²

Además, según el criterio de la Sala, en la justicia penal se materializa aquella discriminación de género "en la creación y perpetuación de condiciones de vulnerabilidad de toda índole que en ocasiones se relacionan directa o indirectamente con la comisión de delitos" (Corte Suprema de Justicia, sentencia SP-2649, 2022) ya sea la mujer víctima o procesada.

La deficiencia en las decisiones de la Sala de Casación Penal se centra principalmente en que de ellas se puede inferir que la aplicación, desarrollo y análisis de este instrumento o mandato constitucional se realiza restrictivamente desde el enfoque de la violencia en contra de las mujeres, lo cual limita su ámbito de aplicación.

² Esta interpretación de la perspectiva de género se puede ver en diferentes sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, véase las sentencias SP919-2020, SP922-2020, SP931-2020, SP1270-2020, SP1729-2020, SP3002-2020, SP3274-2020, SP4624-2020, SP1289-2021, SP1793-2021, SP3614-2021, SP3583-2021, SP5451-2021 y SP849-2022.

Empero, como se mencionó anteriormente, los lineamientos establecidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y por la Corte Constitucional demandan la aplicación de la perspectiva de género en los casos de discriminación y violencia en contra de las personas de la población LGBTIQ+ con el fin de erradicar la propagación de estos estereotipos de género. (Corte IDH, caso Vicky Hernández vs. Honduras, 2021).

Cuando en la comisión de delitos se evidencia estereotipos o actuaciones de discriminación de género, no se hace mención exclusiva a los provenientes de la violencia en contra de la mujer, sino que existen personas que, por contar con una orientación sexual, expresión de género o identidad de género no normativa, también llegan a ser víctimas de la propagación de dichos patrones (Corte IDH, Caso Azul Rojas vs. Perú, 2020).

Ante todo, el género no es sinónimo de mujeres, sino un conjunto de construcciones sociales y culturales que se clasifica en masculino y femenino, el cual muchas veces puede tener fundamento en las diferencias biológicas de los sexos. Igualmente, la violencia de género, no es equivalente tan solo a la violencia contra la mujer, sino aquella ejecutada contra hombres o mujeres sustentado en conceptos normativos expresados en instituciones y construido sobre símbolos disponibles de lo masculino y lo femenino en un ámbito jerárquico y discriminatorio, el cual se traduce en injusticias sobre el reconocimiento de la identidad de las personas al representarse como hombres, como mujeres o simplemente ninguna de las dos como lo es el caso de las personas de género no binario. (Orjuela, 2012, p. 110).

En otros términos, la violencia de género es:

un fenómeno de carácter estructural, social, político y relacional, constituye una violación a los derechos humanos, afecta principalmente a las mujeres, no excluye a personas con identidades de género diversas, rompe el derecho a la vida, la dignidad, la integridad física y moral, la igualdad, la seguridad, la libertad, la autonomía y el respeto. (Jaramillo, 2020, p. 183).

Es importante que la Sala de Casación Penal empiece a incluir a las personas de la población LGBTIQ+ dentro de la narrativa de la perspectiva de género en sus providencias judiciales, pues una de las funciones del recurso de casación es la de unificar la jurisprudencia nacional y proveer las reglas para la realización del derecho objetivo en los diferentes procesos. Adicionalmente, atendiendo a los principios de igualdad y seguridad jurídica, la inclusión de la población sexualmente no normativa dentro de la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, generará un deber para los magistrados de los Tribunales y los jueces cuando hacen frente a casos de violencia por prejuicio motivados por la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, ya que es menester que estos funcionarios judiciales observen "las reglas interpretativas incluidas en las decisiones proferidas por los tribunales de cierre, aunque no se expresen en sede de casación" (Corte Suprema de Justicia, auto AP2329, 2016, p. 12).

Al incluir textualmente a la población mencionada en la noción de perspectiva de género en las decisiones judiciales, se estaría dando cumplimiento a las obligaciones internacionales y preceptos establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya que este organismo es frecuente en advertir que la alusión literal de estas personas en las decisiones o discusiones del Estado permite visibilizar y darles un sentido simbólico a sus derechos humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015). Incluso, esta entidad exige que los mecanismos jurídicos existentes contra la discriminación, como lo es la perspectiva de género, deben ampliarse con miras a incluir de forma textual la orientación sexual y la identidad de género (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Por tal razón, resulta primordial que en los casos donde se implementa la perspectiva de género se incluyan, expresamente, a las personas con orientación sexual, identidad de género y expresión de género no normativa para así consolidar como regla principal su aplicación en los casos de la jurisdicción penal donde se puedan evidenciar patrones o estereotipos de género en contra de este grupo poblacional.

Por otra parte, se debe reconocer el criterio concertado por la Sala de Casación Penal en su análisis sobre la perspectiva de género, pues, hasta el año 2023, el alto tribunal de la jurisdicción ordinaria explicó este mandato constitucional como:

La visión con que se deben abordar las actuaciones judiciales y las decisiones que en su desarrollo se adopten al momento de estudiar un caso dado, teniendo en cuenta la desigualdad y la discriminación a la que históricamente se ha visto sometida la mujer en la sociedad –y otros

grupos poblacionales–, sin que ello signifique el adelantamiento de actuaciones judiciales desprovistas de las garantías procesales o la adopción de decisiones sesgadas o con prejuicios de género (Corte Suprema de Justicia, sentencia SP-056, 2023, p. 55).

La inclusión de la expresión "otros grupos poblacionales", supone que esta Corporación asumió dentro de la concepción de la perspectiva de género una cláusula residual que permite la aplicación de este instrumento para proteger los derechos humanos de otros grupos vulnerables, como lo es el caso de las personas de la población LGBTQI+.

A pesar de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respalda la creación de cláusulas abiertas como una herramienta útil para proteger los derechos humanos de la población en estudio, este órgano recomienda a los Estados que los términos identidad de género y orientación sexual sean incluidos expresamente para garantizar una mayor seguridad jurídica, visibilidad e impacto simbólico para reconocer la violencia por prejuicio, y manifestar el compromiso del Estado para abordar la violencia de género en contra de la población con sexualidad no normativa (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Como se puede observar, la insuficiencia del concepto empleado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conforme al Sistema Interamericano de Derechos Humanos radica en el lenguaje empleado en las decisiones judiciales del alto tribunal.

Existe una relación sólida e indestructible entre el derecho y el lenguaje, ya sea que se analice desde un enfoque instrumentalista, el cual expone que el lenguaje es un instrumento esencial para la aplicación del derecho; o, desde un enfoque constitutivo, que afirma que el derecho es constitutivo en el lenguaje y por el lenguaje (Román, 2008, pp.143-146). Pues, tal como lo manifiesta el académico finlandés Aulis Aarnio:

Las normas jurídicas se manifiestan a través del lenguaje. Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje. Incluso, si en ocasiones es incierto lo que está escrito en la ley, todo el material interpretativo, como los debates legislativos (trabajos preparatorios), se materializa también en lenguaje escrito. Así, el lenguaje es interpretado por lenguaje y el resultado se expresa por medio de lenguaje (Aarnio, 2000, pág. 12).

Además, la labor de los jueces, en este caso los magistrados de la Sala de Casación Penal, debe estar encaminada a garantizar la justicia y los derechos de los ciudadanos, en el cual, a través del uso del lenguaje, puedan comunicar sus pensamientos por medio de razonamientos que deben ser plasmados en las decisiones judiciales que dicten. Esto debe realizarse a través de elementos cognitivos del juez o magistrado, pero también examinando los aspectos de la sociedad en donde ejerce su función (Díaz, 2019). Entonces, si en la sociedad se evidencia actos discriminatorios en contra de las personas de la población LGBTQI+, los cuales se sustentan en concepciones negativas del género, es importante que el Derecho, a través del lenguaje, evidencia dichos hechos en sus decisiones judiciales, ya que la mención literal de esta población en las providencias judiciales permite exhibir dicha problemática social y la aplicación de la perspectiva de género como respuesta.

Se debe advertir que la inclusión literal de la población en estudio en las decisiones judiciales no es suficiente para cumplir con los criterios convencionales y con la protección de sus derechos humanos, en razón de que es imprescindible que la Sala de Casación Penal establezca las reglas específicas que debe desarrollar la perspectiva de género cuando se está en presencia de violencia por prejuicio en razón a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género no normativas.

Si bien, la Sala de Casación Penal de la CSJ ha desarrollado ampliamente las pautas sobre perspectiva de género en los casos de violencia contra la mujer, estos parámetros no pueden trasladarse directamente a los casos de violencia por prejuicio en contra del grupo constitucionalmente protegido en estudio, ya que, aunque esta herramienta debe ser aplicada en ambos casos, se trata de dos grupos poblacionales diferentes, los cuales cada uno se caracteriza por situaciones de discriminación particulares que no pueden ser analizados bajo la misma interpretación.

En otras palabras, podemos entender que la perspectiva de género es la gran categoría, la cual, para su desarrollo, puede materializarse en diferentes especies, cada una con sus propias reglas, pero bajo el mismo fundamento que es el artículo 13 de la Constitución Política.

Se sostiene que la perspectiva de género debe ser aplicada en el proceso penal en casos donde se evidencien estereotipos de género en contra de las mujeres y las personas de la población LGBTQI+, ya que ambos grupos son víctimas del mismo sistema hegemónico de género. Sin embargo, es necesario explicar que la justificación para su aplicación es diferente en ambas situaciones. Esto porque la discriminación de género en contra de la mujer se fundamenta en la creencia errada de

superioridad del sexo masculino sobre el femenino, generando una relación asimétrica de poder entre ambos sexos; en cambio, la discriminación en contra de las personas sexualmente no normativas se afirma en el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género y expresión de género no normativa, tal como se mencionó en el capítulo primero.

Un claro ejemplo de la aplicación de la perspectiva de género desde un enfoque diferencial en razón a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género es la realizada por la Sala de Casación Civil en la sentencia SC-3462 de 2021. En ella, la Sala advierte, de forma literal, la necesidad de la aplicación del enfoque de género en los casos de declaración de unión marital de hecho entre personas con orientación sexual no normativa, o familias distintas al modelo heterosexual hegemónico de nuestra sociedad, y en los procesos de sucesión proveniente de esta; igualmente, desarrolla las reglas aplicables en estos casos desde la perspectiva de género. Para la Sala Civil de el Alto Tribunal de Casación existe: "el deber de ejecutar en hipótesis de esta naturaleza un juzgamiento con perspectiva de género con el fin de establecer y visibilizar la discriminación histórica y sistemática de los derechos de las personas con orientación sexual diversa, sus causas y consecuencias" (Corte Suprema de Justicia, sentencia SC-3462 2021, p. 10).

Sin embargo, la Sala de Casación Penal de la CSJ se ha quedado atrás respecto de la aplicación y desarrollo de la perspectiva de género en estos casos.

Para ilustrar, en el año 2020, la Sala de Casación Penal atendió el caso de una pareja de hombres gay víctima del delito de hostigamiento en razón a su orientación sexual. Aunque en la presente decisión, la Corporación reconoce la existencia de actos de hostigamientos en razón a "la intolerancia hacia la diversidad sexual (...) con la potencialidad de producir perjuicio físico o moral" (Corte Suprema de Justicia, auto AP-641, 2020, p. 14), la Sala se limitó a realizar un análisis dogmático del tipo penal en cuestión, desaprovechando así la oportunidad para: (i) Enunciar literalmente el deber de aplicar la perspectiva de género en casos de delitos motivados por la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima o incluso cuando la persona acusada hace parte de las personas en estudio; y, (ii) desarrollar las reglas pertinentes para la investigación y juzgamiento de los delitos cuando la persona acusada o víctima es una persona de la población LGBTQ+. Cumpliendo así los parámetros convencionales señalados anteriormente.

Aun con todo lo anterior, se debe admitir que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no ha recibido casos suficientes para construir una línea jurisprudencial completa en la que se establezcan parámetros para identificar y erradicar la violencia por prejuicio o los estereotipos de género en contra de las personas en estudio, como si sucede con la violencia de género en contra de la mujer. Pues, solo existe un caso en sede del recurso extraordinario de casación, donde la víctima es una persona con una orientación sexual no normativa.

Por otra parte, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, afirma que la perspectiva de género en el proceso penal comprende los siguientes deberes de la administración de justicia:

- a) Desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; b) Analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; c) No tomar decisiones con base en estereotipos de género; d) Evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; e) Flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; f) Considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; g) Efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; h) Evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales e; i) Analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres. (Corte Suprema de Justicia, sentencia SP-056, 2023, p. 54).

Como se evidencia, en virtud de la interpretación restrictiva, los lineamientos establecidos por la Corporación para aplicar la perspectiva de género se dirigen directamente a evitar la propagación de estereotipos de género o violencia de género en contra de las mujeres, dejando por fuera otros grupos poblacionales como el que se ha referenciado en la presente investigación. Esto porque las reglas fueron consolidadas tomando como núcleo la relación asimétrica de poder entre hombres y mujeres, la cual crea estereotipos de género que afectan el proceso penal (Corte Suprema de Justicia, sentencia SP-056, 2023), y no desde otros factores de análisis de discriminación de género como lo

es el prejuicio y el odio a orientaciones sexuales, identidades de género o expresiones de género no hegemónicas.

A pesar de ello, utilizando una interpretación evolutiva y analógica, asimismo, aplicando el principio pro homine, aquellas reglas pueden ser moldeadas, no aplicadas directamente, para extenderse al proceso penal, cuando el funcionario judicial observa estereotipos de género en razón a la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015) que llegan a afectar el proceso penal.

Ahora bien, en los delitos cometidos con fundamento en la violencia de género en contra de la mujer, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, aplicando una interpretación de la perspectiva de género, admite como prueba de referencia las declaraciones anteriores de las mujeres víctimas de estas conductas cuando ellas se niegan a declarar contra sus cónyuges agresores con base en la cláusula residual contemplada en el literal b) del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal (Corte Suprema de Justicia, sentencia SP-045, 2023). A esta conclusión llega la Corporación al definir la perspectiva de género como aquella herramienta que permite la erradicación de toda forma de violencia en contra de la mujer dentro de la administración de justicia (Corte Suprema de Justicia, sentencia SP-3274, 2020).

De lo anterior, resulta pertinente establecer el siguiente panorama: cuando una persona de la población LGBTIQ+ víctima de una conducta delictiva en razón a su orientación sexual, identidad de género o expresión de género, decide no acudir a juicio como testigo debido a amenazas u otro tipo de presiones ilegales sustentadas en violencia de género ¿es posible admitir como prueba de referencia las declaraciones anteriores a juicio de esta persona a través de la aplicación de la perspectiva de género? Aun cuando no existe una regla jurisprudencial o legal que permita dar solución a esta pregunta, como sí sucede en los casos de violencia contra la mujer, tal como se evidenció anteriormente, la respuesta resulta afirmativa, debido a que, incluso cuando el sujeto es diferente, el argumento jurídico resulta válido en ambos casos: violencia de género.

Aplicando la perspectiva de género, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP-3274 (2020) afirma que:

si la no disponibilidad del testigo es producto de las amenazas u otro tipo de presiones ilegales, es claro que se está ante uno de los eventos previstos en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, concretamente en su literal b, que, bajo la modalidad de cláusula abierta, regula los eventos en que la imposibilidad de escuchar la declaración del testigo obedece a que ha sido víctima de delitos que impiden que la prueba se practique de la forma regular, esto es, en el juicio oral y con la posibilidad de realizar el interrogatorio cruzado, o cuando ello obedece a «eventos similares» (p. 33).

Si bien esta regla jurisprudencial se motivó desde las normas jurídicas internas y tratados internacionales que toman en cuenta el contexto de discriminación histórica de género en contra de la mujer como una forma de erradicación de la violencia y estereotipos machistas, los estándares convencionales permiten que su aplicación se extienda a otros grupos poblacionales víctimas del mismo sistema hegemónico de género como lo son las personas de la población con sexualidad no normativa (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015). Sin embargo, con el propósito de facilitar la aplicación de esta regla y garantizar la seguridad jurídica en torno a los derechos fundamentales de estas personas, es necesario que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia empiece a nombrar, literalmente, a la población LGBTIQ+ tal como lo aconseja el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Ante la mencionada carencia de lineamientos jurisprudenciales y legales, resulta relevante elogiar el trabajo realizado por la Fiscalía General de la Nación sobre la expedición de la "Guía de Buenas Prácticas para la investigación y judicialización de violencias fundadas en la orientación sexual y/o identidad de género (real o percibida)". Este instrumento institucional se emitió con el fin de dar cumplimiento a los compromisos internacionales y constitucionales, tomando en consideración el contexto de discriminación y violencia que viven las personas en Colombia en razón a su orientación sexual e identidad de género no normativas.

Para dar cumplimiento a lo anterior, esta guía agrupa distintas prácticas que deben seguir los juristas en las fases de investigación y judicialización cuando se evidencian estereotipos de género en el proceso penal o en la consumación de conductas delictivas para garantizar la igualdad y no discriminación de las personas objeto de estudio. Esto implica que la institución mencionada ha asumido el cumplimiento de los parámetros convencionales reseñados anteriormente para emplear de forma

correcta la perspectiva de género en la investigación y proceso penal.

Claramente, esta herramienta institucional no resulta suficiente para garantizar la seguridad jurídica en la aplicación de la perspectiva de género desde los derechos humanos de las personas sexualmente no normativas. Lo anterior, debido a que, tal como lo afirma el jurista colombiano Maurício Albarracín (2007), en Colombia existe una tendencia generalizada en asumir los casos en los que se evidencia estereotipos de género en contra de la población LGBTIQ+ como un crimen pasional, lo que evidencia una falta o poco empeño en las investigaciones o ausencia de técnicas investigativas especializadas al analizar el prejuicio como posible motivación de la consumación del delito.

Del mismo modo, agrega Albarracín, es importante aplicar la perspectiva de género en el proceso penal, cuando se evidencian estereotipos de género en razón a la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, debido a que la investigación penal no puede desarrollarse apresuradamente evadiendo información que permite concluir que el delito fue motivado por el prejuicio. Pues, impediría examinar si la consumación del delito está relacionada con la orientación sexual o identidad de género de la víctima (Albarracín et al, 2007)

Por lo tanto, al existir aquel vacío jurisprudencial, no existen reglas claras sobre el tratamiento que deben aplicar los operadores jurídicos en el proceso penal, tampoco existen instrumentos legislativos que regulen el desarrollo y aplicación del enfoque de género en materia LGBTIQ+ como sí sucede con la violencia de género en contra de la mujer con la expedición de la Ley 248 de 1995 y la Ley 1257 de 2008. Esto quiere decir, como se mencionó anteriormente, que, debido a esa ausencia de normas, los jueces puedan llegar a incurrir en la propagación de los estereotipos de género dentro de un proceso penal, por lo que, para evitar esto, es imperativo que se apliquen los parámetros convencionales desarrollados por las entidades del Sistema Interamericano de Derechos Humanos con el fin de proteger los derechos de las personas de la comunidad LGBTIQ+ dentro del proceso penal.

4.2.2. Situación actual en los juzgados penales y las consecuencias prácticas de la falta de parámetros internos sobre perspectiva de género en población LGBTIQ+

En el asunto penal en el cual se juzga el homicidio de Andrea Rozo Rolón, mujer trans y defensora de los derechos humanos de las mujeres trans, la defensa del procesado se centró en demostrar un supuesto error de tipo, en el entendido que no se puede encuadrar la conducta en el tipo penal de feminicidio, debido a que el sujeto pasivo es una persona de sexo masculino y no una mujer, tal como lo indica la norma (Neira, 2023). Si bien el proceso penal no ha concluido a través de sentencia definitiva, ya sea condenatoria o absolutoria, el Juzgado 05 Penal de Control de Garantías de Bucaramanga ordenó la libertad al procesado por vencimiento de términos conforme al numeral 6 del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal, pues transcurrieron más de 150 días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio sin que se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente (Neira, 2023).

En el mencionado proceso judicial se identifican diversos yerros y consecuencias debido a la falta de directrices jurisprudenciales y legales para aplicar la perspectiva de género en el proceso penal cuando la víctima es una persona de la población LGBTIQ+.

(i) Los juristas siguen utilizando argumentos desde la identidad de género de la víctima para obtener o motivar sentencia absolutoria.

Aun cuando no hay un pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la posibilidad de que una mujer trans sea sujeto pasivo del tipo penal de feminicidio, a través de un control de convencionalidad se puede superar aquel vacío jurisprudencial, pues, como se mencionó anteriormente, la identidad de género de las personas es una categoría protegida por la Convención Interamericana de Derechos Humanos lo que implica que debe ser respetada y garantizada por los Estados (Corte IDH, OC-24, 2017). Entonces, al aplicar la perspectiva de género conforme a los parámetros convencionales, se concluye que una mujer trans puede ser víctima del tipo penal de feminicidio cuando los hechos y pruebas así lo demuestren, ya que una mujer trans es vulnerable de sufrir doble discriminación: por su identidad de género y por ser mujer (Corte IDH, caso Vicky Hernández vs. Honduras, 2021).

(ii) El otorgamiento de la libertad por vencimiento de términos por transcurrir más de 150 días

sin que se haya celebrado lectura de fallo demuestra una vulneración al debido proceso y al derecho a la administración de justicia.

Conforme a la consulta del proceso de radicado 68001600015920220240900, en el cual se juzga el homicidio cometido contra Andrea Roza Rolón, la audiencia de imputación de cargos se celebró el día 26 de marzo de 2022; sin embargo, a la fecha de realizada la presente investigación, se evidenció que no se ha celebrado audiencia de lectura de fallo.

A través de un control de convencionalidad difuso, a falta de parámetros legales y jurisprudenciales, se colige que no se aplicaron correctamente los criterios convencionales sobre la perspectiva de género desde una mirada de la población LGBTQ+. Esto debido a que, tal como lo manifiesta la Corte IDH, en los casos en que la víctima sea una persona de la población sexualmente no normativa, es imperativo que se aplique una debida diligencia reforzada donde se investigue y juzgue de forma diligente y adecuada, puesto que existe un contexto de impunidad general por los hechos de violencia por prejuicio, especialmente contra las mujeres trans defensoras de derechos humanos (Corte IDH, caso Vicky Hernández vs. Honduras, 2021).

Además, en palabras de la Corte IDH, el derecho de acceso a la justicia contempla la investigación, juzgamiento y reparación de las víctimas o sus familias en un tiempo razonable para conocer la verdad de lo sucedido y sancionar a los responsables (Corte IDH, caso Vicky Hernández vs. Honduras, 2021). De lo contrario, resultaría en una vulneración de los artículos 8.1 y 25, en relación con el artículo 1.1, de la Convención Americana de Derechos Humanos, por la falta de la debida diligencia y la discriminación por inaplicación de investigar y sancionar sin perspectiva de género (Corte IDH, caso Vicky Hernández vs. Honduras, 2021).

Se infiere que, pese a la existencia de un vacío jurisprudencial sobre la perspectiva de género en cuestiones penales de personas de la comunidad citada, no implica per se la existencia de un vacío normativo para conocer de estos casos, cumpliendo con las obligaciones constitucionales y convencionales explicadas anteriormente para aplicar el enfoque de género.

Obsérvese la sentencia de radicado 412986000591201700156 de 3 de diciembre de 2018 del Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Garzón, Huila. En ella, el Juez condenó por feminicidio agravado al procesado por asesinar a una mujer trans, destacando que "pese a identificar a la víctima como Luis Ángel Ramos Claros, que en principio respondería a una víctima de sexo masculino, se presentó con claridad, que la identidad de género de esta correspondía a la femenina (...) Luis Ramos era una mujer trans" (pág. 10)

Además, advierte el precitado Juzgado, que la identidad de género está cimentada en una protección constitucional como lo es la dignidad humana, por lo cual resulta imperante su garantía y protección en un proceso penal. Entonces, con base en la interacción de la víctima en sus relaciones personales y familiares, asimismo, en su proyecto de vida, se llega a la conclusión de que la víctima es una mujer trans víctima de feminicidio conforme a la valoración probatoria realizada por el operador jurídico. A estas conclusiones se llegó gracias a la correcta aplicación de la perspectiva de género desde una visión de los derechos humanos de las personas de la población LGBTQ+.

Para finalizar, con ocasión a la falta de seguridad jurídica sobre la perspectiva de género en población con orientación sexual e identidad de género no normativa, en la ciudad de Barranquilla existe confusión sobre la tipificación del feminicidio motivado por la identidad de género cuando la víctima es una mujer transgénero. Nótese la argumentación de uno de los operadores jurídicos de la Rama Judicial al negar la aplicabilidad del feminicidio en mujeres transgénero afirmando que:

[...] el concepto de mujer es aquella persona que tiene las características de una mujer, que nace mujer; ahora, para mí solo eso es considerado mujer [...], pero hay otras concepciones que se refieren [a] aquellas personas que por decisión hacen lo posible para realizar todas unas actividades y acciones en su cuerpo para atribuirse esas condiciones y características para ser mujer; yo dudo que eso sea feminicidio en esa situación [...] (Simanca, 2020, p. 7)

Como se mencionó anteriormente, este problema fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Vicky Hernández vs. Honduras al afirmar que en los casos de homicidio en contra de una mujer transgénero debido a la violencia de género se debe implementar la Convención Belém Do Pará durante la investigación y judicialización de este delito. Esto permite que en el juicio de tipicidad la conducta pueda subsumirse dentro del tipo penal de feminicidio, siempre y cuando se cumplan con los elementos objetivos y subjetivos del tipo.

En resumen, se puede evidenciar en la práctica del derecho penal colombiano una confusión y poca aplicación de la perspectiva de género cuando se evidencia violencia por prejuicio en contra de

las personas sexualmente no normativas, pues este tema ha sido estudiado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde una interpretación restrictiva en casos de violencia de género en contra de la mujer. Por ello, resulta urgente que el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, como órgano de cierre, abarque la aplicación de la perspectiva de género en el que las personas en estudio puedan ser sujetos de dicho instrumento para contribuir con la interpretación de la ley penal desde el principio de igualdad y no discriminación.

5. Conclusiones

La violencia en contra de las personas de la población LGBTIQ+ se sustenta en prejuicios y percepciones negativas hacia ellas, los cuales tienen como objetivo comunicar un mensaje de exclusión y subordinación, igualmente, impedir el reconocimiento y goce efectivo de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Esta forma de discriminación de género puede ser propagada por los operadores jurídicos dentro del procedimiento penal a través de falsos raciocinios sobre el género.

Por tal razón, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con base en el principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha entendido la identidad de género, orientación sexual y expresión de género como categorías protegidas por la Convención, sobre la cual se han desarrollado diversos parámetros convencionales conforme a la debida diligencia dentro de la investigación penal. Esto implica que los Estados Parte tienen obligaciones internacionales para prevenir, erradicar y sancionar la violencia por prejuicio en contra del grupo poblacional en estudio, evitando la propagación de patrones negativos de género.

Para cumplir con estas obligaciones internacionales, tanto la CIDH como la Corte IDH han aconsejado a los Estados de la Región Americana aplicar la perspectiva de género como herramienta idónea para eliminar la violencia por prejuicio y la discriminación de género en contra de las personas de la población LGBTIQ+ en el proceso penal. Sin embargo, debido a las características particulares de esta forma de discriminación, esta herramienta debe establecer reglas específicas que tomen en cuenta el contexto histórico y actual del cual son víctimas las personas sexualmente no normativas.

Con base en lo anterior, el ordenamiento jurídico colombiano, a través de las decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no ha implementado a cabalidad estos parámetros convencionales, toda vez que esta Corporación asumió una interpretación restrictiva de la perspectiva de género, al ser entendida como un instrumento hermenéutico para erradicar la violencia en contra de la mujer por el hecho de serlo. Sin embargo, como se replicó en el transcurso del texto, las personas con orientación sexual, identidad de género y expresión de género no hegemónica también son víctimas de los patrones negativos segmentados en una sociedad heteronormativa por lo que dicha herramienta debe ser extendida a este grupo.

Aun cuando la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia asumió una cláusula residual dentro de una de sus decisiones, esta no resulta suficiente para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales provenientes del SIDH y de la Constitución Política con base en su artículo 13. Pues, las reglas jurisprudenciales desarrolladas por la jurisdicción penal sobre la perspectiva de género han sido construidas únicamente sobre el contexto de violencia contra la mujer, lo que dificulta la aplicación en otras poblaciones víctimas de la violencia de género.

Por consiguiente, a la espera de que existan nuevos pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia o la creación de instrumentos legislativos sobre perspectiva de género en población LGBTIQ+, los jueces penales deberán aplicar un control de convencionalidad con el fin de garantizar la protección de los derechos humanos de este grupo dentro del proceso penal.

Referencias bibliográficas

- Aarnio, A. (2002). Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política
- Aguirre Román, J. O. (2008). La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate ius-filosófico. *Opinión Jurídica*, 7(13), 139-162.
- Albarracín, M & Noguera, M. (2007) Derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y trans-generistas 2006-2007. Colombia Diversa.
- Albarracín, M. (2017) Homofobia sin fronteras. DeJusticia.
- Colombia Diversa (2014) Cuando el prejuicio mata: informe de derechos humanos de lesbianas, gay, bisexuales y personas trans en Colombia. Colombia Diversa.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2014) Comunicado de prensa No. 153A.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). Violencia contra personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021) Comunicado de prensa No. 198
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Corlett, S., Di Marco, D., & Alicia, A. (2021). ¿Cómo se manifiesta la heteronormatividad en las organizaciones? Un acercamiento desde la literatura científica. *Atención a la diversidad afectivo-sexual, corporal y de género. Evidencias recientes*, 115-124.
- Corte Constitucional de Colombia. Sala de Revisión de Tutela (2014). Sentencia T-967. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional de Colombia. Sala de Revisión de Tutela (2023). Sentencia T-028. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas
- Corte Constitucional de Colombia. Sala de Revisión de Tutela. (2021) Sentencia T-068. Magistrado Ponente Diana Fajardo Rivera.
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Segunda de Revisión (2023). Sentencia T-27. Magistrado Ponente: Juan Carlos Cortés Gonzáles.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva 24 de 2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Caso Azul Rojas Marín y otra vs Perú.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). *Caso Vicky Hernández vs Honduras*
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal (2023) Sentencia SP045. Magistrado Ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil (2021) Sentencia SC3462. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal (2016) Auto AP2329. Magistrado Ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. (2022) Sentencia SP2649. Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. (2023). Sentencia SP056. Magistrado Ponente: Hugo Quintero Bernate.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. (2020) Auto AP641. Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal (2020) Sentencia SP3274. Magistrado Ponente: Patricia Salazar Cuéllar.
- Díaz, M. (2019) Lenguaje jurídico claro y tutela judicial efectiva. *Revista Saber y Justicia*, 1, 54-63.
- Escobar, S. (2016). Del odio al prejuicio: reflexiones sobre la subjetividad y su prueba en los instrumentos penales antidiscriminación. *Estudios Socio-Jurídicos*, 18(2), 175-202.

- Fleishman, J (2020). *The Stonewall generation: lgbtq elders on sex, activism & aging*. Skinner House Books. USA.
- Gómez Dueñas, M. C., (2012). Sexualidad y violencia. Crímenes por prejuicio sexual en Cali. 1980 - 2000. *Revista CS*, (10), 169-205.
- Gómez, M (2008). Violencia por prejuicio. En C. Motta y M. Sáez (eds.), *La mirada de los jueces*, Tomo 2, pp. 89-190. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Gros, E. (2015) Judith Butler y Beatriz Preciado: una comparación de dos modelos teóricos de la construcción de la identidad de género en la teoría queer. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*. 16(30), 245-260
- Jaramillo Bolívar, C., & Canaval Erazo, G. (2020). Violencia de género: Un análisis evolutivo del concepto. *Universidad y salud*, 22 (2), 178-185.
- Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Garzón, Huila. Sentencia del 3 de diciembre de 2018, rad. 412986000591201700156.
- Neira, S. (2023). Por vencimiento de términos quedó en libertad el presunto asesino de una lideresa trans en Santander. *Infobae*.
- Orjuela Ruiz, A. (2012). El concepto de violencia de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. Volumen 23.
- Romero Acevedo, T. & Forero Sanabria, K. (2020) *Cartilla Género*. Ministerio de Justicia de Colombia.
- Simanca Gale, M (2020). Aplicabilidad del tipo penal de feminicidio por identidad de género en caso de muertes de mujeres transgénero. Posturas de los jueces penales del circuito de la ciudad de Barranquilla. Universidad Simón Bolívar.
- Varela, N. (2019) *Feminismo para principiantes*. Bogotá: Penguin Random House.
- Vela Orbegozo, B. (2017). ¿Estados modernos en América Latina? En U. E. Colombia, *Lecciones de derecho constitucional: Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

La información fiscal como insumo esencial para el diseño de políticas y acciones que eliminen las brechas de género

Autora

Agustina O'Donnell*

Cómo citar este artículo

O'Donnell, A. (2024). La información fiscal como insumo esencial para el diseño de políticas y acciones que eliminen las brechas de género REV. IGAL, II (2), p. 62-73.

*Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires
<https://orcid.org/0009-0006-6352-7506>

RESUMEN

En el trabajo se propone analizar la importancia que tiene dar a publicidad a la ciudadanía la información vinculada a la situación de las mujeres, en particular en el ámbito laboral y socio-económico que es donde persiste la desigualdad con los hombres y mujeres y se acentúan las denominadas brechas de género —en el acceso al mercado laboral, brecha de ingresos y brecha de activos—.

Esa fue la recomendación que para los países de la Región hizo la Organización de Estados Americanos (OEA) en la última Ley Modelo de Acceso a la Información Pública 2.0 aprobada en el año 2020.

Para la eliminación de las brechas, puede ser necesario contar con la información sobre la situación económica, patrimonial y financiera de personas y empresas. Dicha información se encuentra en poder de las Administraciones Tributarias, pero tiene, por ley, el beneficio de la reserva o del secreto (disposición referida al secreto fiscal).

La igualdad de género ha sido calificada en los tribunales como una cuestión de interés público relevante y es por ello que el secreto fiscal puede ser calificado en la actualidad como una disposición que puede resultar incompatible con el derecho de acceso a la información, que es un derecho humano que inclusive ha sido reconocido por los países en sus Constituciones, como España y México.

En efecto, el principio de máxima publicidad exige poner a disposición de la ciudadanía la información necesaria para facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la información.

Esa práctica puede contribuir a la erradicación de la histórica y estructural desigualdad en la que se encuentran las mujeres en todo el mundo, aún aquellos países que han incluido la no discriminación por género como una de sus políticas de gobierno.

PALABRAS CLAVE:

TRANSPARENCIA- ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA- SECRETO FISCAL- BRECHAS DE GÉNERO- DESIGUALDAD DE GÉNERO

ABSTRACT

The paper proposes to analyze the importance of publicizing information related to the situation of women, particularly in the labor and socio-economic sphere, which is where inequality between men and women persists and the so-called gender gaps are accentuated —in access to the labor market, income gap and asset gap. That was the recommendation made to the countries of the region by the Organization of American States (OAS) in the latest Model Law on Access to Public Information 2.0 approved in 2020.

In order to eliminate the gaps, it may be necessary to have information on the economic, patrimonial and financial situation of individuals and companies that is in the possession of the Tax Administrations, but which has, by law, the benefit of reserve or secrecy (provision referring to tax secrecy).

Gender equality can be qualified as a matter of relevant public interest and that is why tax secrecy can currently be qualified as a provision incompatible with the right of access to information, which is a human right that has even been recognized by countries in their Constitutions, such as Spain and Mexico.

Indeed, the principle of maximum publicity requires making available to citizens the information necessary to facilitate the exercise of the right of access to information and thus involve the whole of society in the eradication of the historical and structural inequality in which women find themselves throughout the world, even in those countries that have included gender non-discrimination as one of their government policies.

KEYWORDS:

TRANSPARENCY - ACCESS TO PUBLIC INFORMATION - TAX SECRECY - GENDER GAPS
GENDER INEQUALITY

1. Introducción

El derecho de acceso a la información pública como lo conocemos hoy constituye una herramienta esencial en la realización de procesos de accountability, al investir a personas como jueces/as de los denominados intereses públicos relevantes, como los referidos a la materia fiscal, sobre los cuales ya existen precedentes judiciales, y a las cuestiones de género, que son a los que se refiere este trabajo.

La primera normativa sobre transparencia y acceso a la información fue sancionada en Suecia en el año 1776, un país que ocupa todos los años los primeros lugares de los rankings de países con mejores democracias —Democracy Index—. En su origen, se obligaba al gobierno a dar respuesta a todas las solicitudes de información que presentaran los ciudadanos y las ciudadanas sin costo alguno, práctica que no difiere de la forma en que las leyes garantizan el ejercicio del mismo derecho en la actualidad (Martínez). Esta medida fue de tal importancia en Suecia que parte de la doctrina ubica en ella los cimientos de un país que históricamente es de los menos corruptos del mundo, rasgos que muchos atribuyen, entre otros factores, a que las decisiones de sus gobernantes estuvieron siempre a la vista de la ciudadanía.

Según el Índice Global sobre la Brecha de Género del World Economic Forum (WEF) para el año 2023, es también uno de los países en los que, si bien no se ha logrado la igualdad entre el hombre y la mujer, la brecha de acceso al trabajo es menor a la de muchos otros países.

En el resto del mundo, la transparencia recién comenzó a preocupar a los gobernantes y a ocupar las agendas legislativas a finales del siglo XX, en el que la adoptaron 40 naciones; algunos, inclusive, legislaron el derecho de acceso a la información pública en sus Constituciones, como México y España.

Pero no me quiero detener en este trabajo en el proceso, ni en la relevancia del derecho al acceso a la información pública en las democracias actuales, porque sobre ello ya no existe discusión, inclusive es un derecho humano reconocido como tal en gran parte de los países de la región (O'Donnell 2022).

A lo que quiero referir es el insumo principal que permite ejercer este derecho, que es la información, y a un tipo particular, que es la información que tienen las Administraciones Tributarias en sus sistemas a partir de las declaraciones juradas que presentan los contribuyentes y la que obtienen por el ejercicio de las tareas de fiscalización que lleva a cabo para controlar el cumplimiento que dan a los impuestos que rigen su actividad y su situación patrimonial.

2. La transparencia de la información fiscal y los intereses públicos relevantes: la igualdad de género como interés público relevante.

Ya se destacó en el apartado anterior la relevancia del derecho de acceso a la información pública en las democracias actuales, considerado como una herramienta o un derecho llave para el ejercicio de otros derechos que involucran procesos ciudadanos de rendición de cuentas, que caracterizan a las democracias de calidad.

En doctrina se ha dicho que:

El bien jurídico fundamental tutelado en todos los nuevos derechos es la protección del régimen democrático y de los derechos humanos y, dentro de ellos, el acceso a la información es un derecho fundamental para dicho contenido. Nada existe en democracia más importante que la participación popular y una de las formas más eficaces y previa a cualquier acción es la toma de conocimiento acerca de la información. La información y la participación tienen su grado máximo de actuación cuando pueden servir para un efectivo control popular. Por ello, la sumatoria de participación y acceso a la información coloca en inmejorable condición al control popular, ya que lo torna efectivo y accesible a todos, dentro de una dinámica constante de acción cotidiana (Pierini 1999).

Como explica en Argentina el Profesor Abramovich,

Un segundo abordaje de las posibilidades de conceptualización de la información parte de su consideración ya no como presupuesto de ejercicio de un derecho individual, sino de su carácter de bien público o colectivo. En este sentido, la tematización de la información no se limita a las dimensiones de tipo individual, sino que cobra un marcado carácter público o social. Funcionalmente, este carácter público o social tiende a relevar el empleo instrumental de la información no como —o no sólo como— factor de autorrealización personal,

sino como mecanismo o andamiaje de control institucional, tanto frente a autoridades públicas como frente a particulares cuya situación de poder de injerencia o inducción permite la determinación de conductas de otros particulares o su misma subordinación (Abramovich 2000).

Este autor destaca la publicidad de los actos de gobierno como forma de contralor del gasto de fondos públicos, precisamente, por estar involucrados los impuestos pagados por los contribuyentes.

Como ya se dijo, las Administraciones Tributarias son grandes yacimientos de información, tanto por los datos que declaran los contribuyentes, como los que obtiene de terceros, como bancos y escribanías, a partir del ejercicio de las facultades que las leyes le asignan para asegurar la percepción de recursos públicos.

Las bases de datos se nutren de datos obtenidos por las Administraciones Tributarias en el ejercicio de sus funciones de verificación y contralor, recopilados y almacenados sobre los contribuyentes, pero también sobre determinados sectores productivos e industriales, por zonas del país, etc.

Por último, hoy en día las Administraciones Tributarias capturan datos a gran escala —big data— que procesan mediante la utilización de herramientas de inteligencia artificial. Los datos pueden ser desagregados con diferentes fines y usos, en lo que aquí interesa, por motivos de sexo también.

Toda esta información es de suma utilidad para diferentes objetivos vinculados a la desigualdad de género y las brechas que ésta produce.

En Argentina, en el Informe *El aporte de los cuidados al PBI. Las brechas de género en la economía argentina* realizado por el Ministerio de Economía de la Nación sobre la información del año 2022, se concluyó que la brecha de empleo fue de casi 19 puntos, mientras que la brecha de ingresos total fue de 22,5% y de 34,1% en el sector informal (Mecon 2022).

Es por ello que contar con información desagregada por género es de suma relevancia para formular políticas públicas, programas, planes y acciones concretas cuyas destinatarias sean las mujeres. En especial, porque las políticas tributarias, del mismo modo que la asignación de recursos a gastos públicos, no son neutrales al género, sino que por el contrario tienen efectos diferentes en hombres y mujeres según sus características socioeconómicas y, en particular, los roles asignados a cada uno de ellos.

En este sentido, Rodríguez Enríquez señala que,

La Economía Feminista ha venido mostrando desde hace tiempo que la dinámica económica y las políticas económicas no son neutrales en términos de género. Por el contrario, se montan en una estructura social atravesada por las relaciones de género y, en consecuencia, se ven determinadas por, y a su vez determinan, las diferentes posiciones que varones, mujeres e identidades diversas ocupan como personas trabajadoras, consumidoras, productoras y propietarias de activos económicos (Rodríguez Enríquez 2021).

Así, para eliminar las brechas de género y diseñar en consecuencia políticas públicas tendientes a la igualdad es de suma importancia conocer la composición de las nóminas laborales de las empresas, si dentro de ellas se pagan sueldos iguales a hombres y mujeres por el mismo cargo y/o tarea. Es necesario también conocer si hombres y mujeres utilizan por igual las exenciones u otra clase de beneficios fiscales; si la deducción de la pareja como carga de familia en el impuesto a la renta que prevén muchos sistemas tributarios de la Región la utilizan hombres y mujeres o si son mayoritariamente los hombres los que deducen del impuesto a las mujeres que no tienen ingresos o los que tienen son insuficientes para su subsistencia.

De las fuentes de información fiscales, pueden obtenerse datos sobre la titularidad de los activos y conocer si hombres y mujeres poseen patrimonios en proporciones similares o si existe una brecha de activos que debe analizarse, no solo por la cantidad de bienes sino por el valor que representan (Strada 2021). Cuántas mujeres son propietarias de los inmuebles en los que viven, las deudas que recaen sobre los mismos —si hay deducción por créditos hipotecarios en el impuesto a las ganancias, por ejemplo— y conocer a través de dicho dato el endeudamiento de las mujeres, otro de los factores que contribuyen a mantener la brecha de desigualdad.

Así se pone de manifiesto en el Primer informe sobre endeudamientos, géneros y cuidados en la Argentina, elaborado por la CEPAL y el Ministerio de Economía de la Nación de Argentina (Cepal 2023).

Los sistemas de las Administraciones Tributarias pueden ser útiles también para determinar si hombres y mujeres soportan en igual o similar medida los impuestos indirectos, es decir los que gravan la compra de bienes de primera necesidad y los consumos y servicios en general destinados a educación, salud y alimentación, debido a las normas sociales de género que atribuyen roles diferentes a hombres y mujeres, que pueden producir desigualdades tributarias por razones de género.

Agrego, que contar con este tipo de información también puede revelar en/de qué manera incide este gravamen en los hogares monomarentales, con jefatura de hogar en manos de mujeres, los principales afectados por el fenómeno de la feminización de la pobreza.

La producción de información a partir de las bases de datos de las Administraciones Tributarias es, entonces, fundamental.

En efecto, cuando Rodríguez Enríquez se refiere a la incidencia tributaria en la desigualdad de género, menciona precisamente las dificultades que existen en su análisis debido a la falta de información desagregada por sexo (Rodríguez Enríquez 2021).

También para generar estadísticas tributarias y profundizar los estudios de la pionera Stotsky en orden a eliminar los denominados sesgos de género fiscales, tanto explícitos como implícitos, que pueden existir en las legislaciones de cada uno de los impuestos que mantienen a la mujer en una situación de desventaja, en especial en los ámbitos laboral y socioeconómicos en general (Stotsky 2005).

En este sentido, Rodríguez Enríquez señala que,

Para evaluar si los sistemas tributarios refuerzan o no estructuras y patrones tradicionales y discriminatorios, y analizar sus implicancias en relación con las brechas de desigualdad de género y con la autonomía económica de las mujeres, es posible analizar cuatro dimensiones: la existencia o no de sesgos explícitos e implícitos de género; la incidencia tributaria según dimensiones relevantes para el análisis de género; la manera en que los tributos generan o no incentivos o desincentivos para ciertos comportamientos (consumos, participación laboral, etc.); y el impacto indirecto de incentivos tributarios a la inversión (Rodríguez Enríquez 2021)

La misma información puede ser utilizada para la elaboración de los denominados presupuestos con perspectiva de género o amigables al género, considerados como herramientas efectivas para la igualdad al facilitar la etiquetación de los gastos de modo que sus destinatarias sean las mujeres (Ruiz 2007).

Los presupuestos tampoco son neutrales al género. Al contrario, tienen impactos diferenciados en hombres y mujeres porque unos y otras tienen diferentes necesidades derivadas de los roles socialmente asignados, y, en especial, de la consideración de la contribución que las mujeres hacen en el interior de los hogares al trabajo reproductivo no remunerado. Como dice Coello, si esa contribución no remunerada no se tiene en cuenta en el diseño del presupuesto puede aumentarse la carga de las mujeres a las tareas domésticas y al cuidado, aumentando así las desigualdades entre hombres y mujeres derivadas de la división sexual del trabajo (Coello 2016).

En el Informe de la ONU Mujeres, Presupuestos con enfoque de género. Una hoja de ruta para su implementación desde las experiencias de América Latina. América Latina y el Caribe,, se hace referencia a tres aspectos para la reducción de las brechas de género en el ámbito fiscal: por un lado, el análisis del presupuesto mediante herramientas que evalúen tanto los ingresos (los sesgos de género explícitos o implícitos en los sistemas tributarios) como los gastos desde una perspectiva de género; por otro, la incorporación de la perspectiva de género en el análisis de los diversos momentos del ciclo de planificación y presupuesto, es decir en la forma en que se formula, aprueba, ejecuta y controla el presupuesto público; por último, la generación y producción de información y de datos que permitan el seguimiento y control público y social de la ejecución del presupuesto (ONU Mujeres 2023).

Se concluye en dicho Informe que para fortalecer la transparencia y rendición de cuentas en los presupuestos con enfoque de género, una estrategia fundamental es incidir en los instrumentos del denominado gobierno abierto, mediante la generación de datos sobre la ejecución presupuestaria como el impacto de estos gastos etiquetados en la vida de las mujeres (ONU Mujeres 2023).

3. Las brechas de género en la Ley Modelo de Acceso a la Información Pública 2.0 de la OEA

Fue precisamente con miras al cumplimiento de estos propósitos que en la Ley Modelo Sobre Acceso a la Información Pública 2.0, aprobada en el año 2020 por la Asamblea General de la OEA, que es el texto modelo de muchos países de la región, se recomienda a los Estados que den a publicidad y permitan el acceso de la ciudadanía a toda la información referida a las brechas de género. De ese modo, con esa información desglosada por sexo, en forma de estadísticas, por ejemplo, la ciudadanía cuenta con un insumo esencial para el ejercicio de sus derechos, tales como proponer políticas públicas para la erradicación de tales brechas, tanto en el ámbito fiscal (impuestos) como financiero (gastos), entre ellas medidas de acción positiva¹.

A partir de esa información pueden también cuestionar políticas públicas que se presumen neutrales al género y que no lo son, precisamente, porque en ellas no se tuvo en cuenta una visión de género al implementarlas.

La ley modelo, en su art. 6°, apartado E), inciso a), dispone que los Estados deben publicar en sus propios portales de internet, Información relevante y necesaria para promover una mayor equidad de género, como, por ejemplo, el cálculo de la brecha salarial, la información sobre programas existentes que benefician a las mujeres, estadísticas o indicadores con relación a la inclusión laboral, la salud, entre otros.

Cabe recordar que esta ley constituye la actualización de la denominada Ley Modelo Interamericana Sobre Acceso a la Información publicada en el año 2010, cuyo propósito es promover buenas prácticas en materia de ejercicio de este derecho como forma y con el propósito que los países fortalezcan sus propios sistemas democráticos y alcancen, en definitiva, democracias de calidad.

Así, Rodríguez Enríquez expresa que,

Las desigualdades de género se expresan en las dinámicas económicas de diferentes formas. La más visible es el acceso diferencial a los ingresos y los activos económicos. La evidencia demuestra que, en todo el mundo, las mujeres y las personas LGBTI+ perciben ingresos monetarios promedios menores que los varones y tienen menor acceso y control sobre activos económicos. La estructura y política tributaria, como cualquier otra política económica, puede contribuir a cerrar esas brechas de desigualdad o, por el contrario, puede hacerlas persistentes, o incluso agravarlas (Rodríguez Enríquez 2021).

4. Algunos obstáculos en el camino de las brechas de género: La información económica y patrimonial se encuentra amparada por el secreto fiscal

Las Administraciones Tributarias constituyen grandes yacimientos de información sobre la situación económica y patrimonial de los contribuyentes. Los datos que éstos vuelcan en las declaraciones juradas que deben presentar para cumplir con el deber constitucional de contribuir, dan cuenta de ingresos y activos o patrimonios, también sobre consumos, tanto de personas humanas, empresas y organizaciones, que revelan, su capacidad contributiva.

Esa información no es de acceso público, porque forma parte de la intimidad de las personas. Las únicas excepciones que habilitan a la Administración Tributaria a compartir la información de los contribuyentes es que la requirieran los jueces y las juezas en procesos penales por delitos criminales comunes —obviamente para que sirvan de prueba en las investigaciones—, y en los juicios de familia en los que se debaten cuestiones patrimoniales y para los cuales la información obrante en los registros fiscales también era, y aún es, de suma relevancia, en particular, para la mujer. Ella es quien más hace uso de esta excepción².

¹En Argentina, las medidas positivas están receptadas en el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional. Allí se dispone que corresponde al Congreso Nacional:

"Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

²La excepción al secreto fiscal fue incorporada a la Ley Nacional de Procedimiento Tributario con el propósito de impedir el fraude en la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal, el ocultamiento de los ingresos y de la capacidad económica de quien debe alimentos y demás cuestiones patrimoniales en procesos de familia.

Las leyes establecen el principio de reserva de esa información, denominado también como *secreto fiscal*³.

Se trata del derecho del secreto del tener, como le llaman en México las profesoras Issa Luna Pla y Ríos Granados, que analizaron en detalle el instituto del secreto fiscal en dicho país (Luna Pla 2010) y concluyeron que el secreto fiscal, en determinados casos, puede ser incompatible con el derecho de acceso a la información.

Sin embargo, el paradigma de la transparencia implica una visibilización de la información de tal magnitud y entidad que se produce a pesar de que otras leyes, como las fiscales, establezcan una regla contraria, la del secreto, reserva o confidencialidad de la información con trascendencia y/o implicancia tributaria.

Ese proceso de apertura de la información se ha configurado esencialmente en los Tribunales.

En el presente trabajo se mencionan precedentes judiciales de Argentina, México y Costa Rica en los que se vinculó a la información tributaria con el concepto intereses públicos relevantes que justificaron una mayor transparencia de dicha información.

Así, si se califica a las brechas de género en la categoría de interés público relevante, las bases de datos tributarias pueden erigirse como una fuente valiosa de información, en cumplimiento, además, a los propósitos perseguidos en la Ley Modelo de Acceso a la Información Pública 2.0. y los tratados internacionales como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, en inglés) cuyo propósito es promover y proteger los derechos de las mujeres para que sean económicamente autónomas y que no sean víctimas de violencia, en particular, violencia económica y patrimonial.

Ello, sin restar operatividad al secreto fiscal sino de merituar el interés exclusivamente individual que tal disposición tutela con relación al interés público comprometido en la publicación de determinados datos, juicio de ponderación que corresponde realizar a la Administración Tributaria a la que le es solicitada la información y, en caso de negativa, a la Agencia de Acceso a la Información Pública y/o a la justicia.

5. Antecedentes judiciales sobre transparencia y acceso a la información fiscal en Argentina, México y Costa Rica.

En este apartado me refiero a precedentes jurisprudenciales de los últimos años en la Región, en los que la justicia hizo lugar a reclamos concretos de la ciudadanía sobre mayor transparencia y acceso de la información en materia fiscal, tanto respecto del origen de los ingresos tributarios, como de su destino o aplicación a gastos fiscales.

Todos ellos tienen como común denominador la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa "Claude Reyes" (2006).

En dicha oportunidad, el Tribunal hizo lugar al planteo de Chile de acceder a información de índole ambiental que no era pública y aprovechó la oportunidad para asentar como principio fundante el de la máxima publicidad de todos los actos de gobierno y que la información que obra en poder de las agencias estatales no es propiedad de ella, sino de la ciudadanía.

5.1. Argentina

En Argentina, existe desde hace unos años una tendencia en los tribunales a admitir el acceso a la información fiscal cuando considera que su propósito es la publicidad y transparencia de lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina en una sentencia del año 2014 denominó como intereses públicos relevantes o de particular trascendencia (Fallos 337:256), categoría que tiene las cuestiones vinculadas al deber de contribuir, tanto en su faz tributaria como presupuestaria, es decir el origen de los ingresos y el destino de los gastos.

En el año 2012, en una causa en la que se reclamaban datos sobre los destinatarios de partidas presupuestarias destinadas a publicidad oficial, es decir gasto público, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que el derecho de acceso a la información pública es un derecho humano fundamental. Señaló en este sentido:

En una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información

³En Argentina, el art. 101 de la Ley Nacional de Procedimiento Tributario —Ley 11.683— establece que:

"Las declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presentan a la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, y los juicios de demanda contenciosa en cuanto consignen aquellas informaciones, son secretos. Los magistrados, funcionarios, empleados judiciales o dependientes de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, están obligados a mantener el más absoluto secreto de todo lo que llegue a su conocimiento en el desempeño de sus funciones sin poder comunicarlo a persona alguna, ni aun a solicitud del interesado, salvo a sus superiores jerárquicos".

es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones (párr. 92, del caso Claude Reyes y otros, citado), pues [...] El actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas (Fallos 335:2393).

Y agregó en dicha oportunidad que "El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación de la gestión pública a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso" (Fallos 335:2393).

Del mismo modo y a partir de este precedente, otros tribunales en Argentina en sus sentencias hicieron lugar a pedidos de información sobre beneficios tributarios, montos y destinatarios, es decir, sobre el origen del ingreso tributario, al considerar que por tratarse de excepciones al deber general de contribuir no podían sustraerse del control público (ACIJ 2022).

Dijeron allí los jueces de la Cámara que,

el Tribunal se ha encargado de poner de relieve la importancia del derecho de acceso a la información pública como una de las manifestaciones del principio de publicidad de los actos de gobierno que, si bien no está enumerado expresamente en la Constitución de la Nación, ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su jurisprudencia como derecho de naturaleza social, que garantiza a toda persona —física o jurídica, pública o privada— el conocimiento y la participación en todo cuanto se relaciona con los procesos políticos, gubernamentales y administrativos y se evidencia, en tanto enderezado a la obtención de información sobre los actos públicos (arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional), como inherente al sistema republicano y la publicidad de los actos de gobierno (ACIJ 2022).

Recordaron además en dicho precedente que el conflicto de intereses entre el la intimidad del particular titular de la información y el interés público en dar a publicidad información de índole relevante en un sistema republicano y democrático de gobierno, debía resolverse por aplicación del juicio de ponderación, con arreglo al cual cuanto mayor sea el grado de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro, citando para ello a Robert Alexy en Teoría de los Derechos Fundamentales (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2º ed. en español, 2017, p.138 y ss.).

Agregaron en la sentencia que,

aun en la hipótesis de que existiera un conflicto entre las normas que amparan la información pretendida con el secreto fiscal (art. 101 de la ley 11.683, modificado por el art. 222 de la ley 27.430 y la disposición AFIP 98/2009), por una parte, y las que exigen su divulgación (art. 32 de la ley 27.275, art. 8º, inc. 2º, ap. i, del decreto 206/17, y criterios orientadores e indicadores de mejores prácticas en la aplicación de la ley 27.275), lo cierto es que la AAIP efectuó un meduloso juicio de ponderación respecto del que, prima facie, no cabe predicar una arbitrariedad manifiesta (ACIJ 2022).

Y concluyeron que,

aunque pudiera encontrarse justificada en el caso la aplicación de alguna de las excepciones a la divulgación de información previstas por la ley, como es el caso del secreto fiscal previsto en el artículo 101 de la ley 11.683, de todos modos si el interés público comprometido es mayor al daño que podría generar su publicación, entonces corresponde brindar acceso a la información (ACIJ 2022).

El fundamento principal de la decisión que allí se adopta es que se trata de contribuyentes con un "tratamiento impositivo especial", que en razón de su giro comercial obtienen beneficios impositivos por excepción al principio general de igualdad que rige en materia tributaria. Ello implica, según este criterio jurisprudencial, que las personas que gozan de beneficios fiscales tienen una menor expectativa de resguardar la privacidad de sus datos patrimoniales porque, a la misma vez el resto de la ciudadanía tiene derecho a acceder a la información sobre el uso del beneficio y sobre sus beneficiarios.

Por último, en la sentencia comentada se señala que,

De tal manera, no es admisible la negativa de su difusión y escrutinio público fundada en la necesidad de resguardar la privacidad de tales beneficiarios, puesto que ello desatendería el interés público que constituye el aspecto fundamental de la solicitud de información efectuada, máxime cuando los datos requeridos fueron obtenidos por la demandada de manera lícita y en cumplimiento de sus funciones estatales (ACIJ 2022).

Es decir, consideró la Cámara en esta decisión que la información no estaba alcanzada por el deber de reserva o secreto fiscal.

5.2. México

La relación entre el derecho de acceso a la información y el secreto fiscal fue objeto de análisis en una sentencia emblemática emitida por la Suprema Corte de Justicia de México, también en el año 2012, que se originó en un reclamo de FUNDAR ante la negativa de la Administración Tributaria de proporcionarle el listado de los contribuyentes a los que se les había cancelado y condonado deudas fiscales en el año 2007.

Si bien en dicha oportunidad, por mayoría se rechazó la acción, los votos de algunos ministros —Zaldívar De Lelo y Sánchez Cordero— dieron cuenta de la necesidad de realizar una interpretación evolutiva del secreto fiscal para hacerlo compatible con el derecho fundamental de acceso a la información que puede ser retomada en próximos precedentes.

En palabras de Zaldívar De Lelo, el secreto fiscal, incorporado a la legislación fiscal nacional mexicana en el año 1938,

surgió en un contexto histórico en el que se entendía que toda la información fiscal bajo resguardo de las autoridades tributarias estaba protegida por una obligación de sigilo. No obstante, esta manera tan amplia de interpretar los alcances del secreto fiscal es incompatible con el desarrollo legislativo y jurisprudencial del derecho de acceso a la información, que obliga a concebir el secreto fiscal de forma más restrictiva, de tal manera que solo incluya una parte de la información tributaria que está en posesión de las autoridades hacendarias (Zaldívar de Lelo 2015).

Agrega en su exposición que un menor rigor en la interpretación del secreto fiscal contribuye a hacer más transparente el proceso de toma de decisiones de las autoridades fiscales y permite la rendición de cuentas de una facultad que la ley tributaria le otorga con un amplio margen de actuación, como es la condonación de deudas de los contribuyentes. En definitiva, dice este autor permite conocer aspectos relacionados con la actuación de la autoridad en el ámbito de la administración de los recursos públicos (Zaldívar de Lelo 2015).

Puede decirse así que, en México, al igual que en Argentina, se encuentra en proceso de democratización de uno de los institutos más importantes del derecho tributario, que es el secreto fiscal o el deber de reserva que recae sobre sus agentes y beneficia a los contribuyentes, proceso en el que la información fiscal constituye también un insumo esencial en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y por su intermedio, de otros derechos.

5.3. Costa Rica

En el año 2020, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en un reclamo presentado por el Observatorio de Transparencia Fiscal contra el Ministerio de Hacienda, reconoció el derecho de la ciudadanía a conocer el listado de las empresas grandes contribuyentes con incumplimientos a sus obligaciones fiscales en los últimos 10 años.

Dijo para ello que,

Sobre el particular, cabe resaltar que, la información solicitada por la parte recurrente está revestida de interés público. Nótese que lo requerido versa principalmente sobre las actuaciones de control y fiscalización de la Administración Tributaria; es decir, la información requerida es esencialmente la elaborada por ésta con motivo del ejercicio de sus competencias, con respecto a las empresas clasificadas como "grandes contribuyentes" que han sido objeto de un control extensivo durante el periodo comprendido entre enero 2010 a diciembre 2019, y cuáles han sido los hallazgos, es decir, si hubo o no algún ajuste de los impuestos reportados por la empresa durante el periodo auditado, y en cuanto a las acciones cobratorias posteriores emprendidas o no (Res. N° 2020013372).

Unos años antes, en 2018, en un proceso en el que se debatía el acceso a la nómina de empresas grandes contribuyentes que en los últimos 10 años habían reportado pérdidas o cero ganancias, ya había señalado el mismo tribunal que,

Las razones anteriores, resultan plenamente aplicables para el caso de los impuestos, pues no cabe duda que la evasión fiscal, el no pago oportuno de los impuestos y otras prácticas indebidas desde el punto de vista ético y jurídico, socavan las bases del Estado social de Derecho, toda vez que con ello se impide que la Administración Pública financian con ingresos corrientes los gastos corrientes que conlleva la prestación servicios públicos de calidad; además, contribuye a agravar la

situación fiscal del gobierno central. Por consiguiente, todo lo relativo al nombre de los contribuyentes y los responsables, al monto que pagan por concepto de tributos, así como a su morosidad, es asunto que tiene un marco interés público y constituye información pública; información que en manos de los ciudadanos constituye una importante herramienta para el ejercicio de la democracia participativa en una materia que afecta a todo el colectivo social (Res. N° 18694).

Se advierte así la existencia de procesos de judicialización similares en los tres países que tienen un objetivo en común, cual es el levantamiento de los obstáculos que recaen sobre la publicidad de la información fiscal al considerarlo como un insumo necesario para el ejercicio del derecho de acceso a la información.

6. Conclusiones

En sus últimos libros, el Profesor argentino Tulio Rosembuj destaca que el interés fiscal no es solamente de los fiscos encargados de la recaudación de los impuestos, sino de la ciudadanía también. Entiende en este sentido que el interés fiscal no es un interés exclusivamente de la Administración Tributaria sino que es también del contribuyente a quien también le preocupa que se reúnan los recursos tributarios establecidos en las leyes. Acuña para ello el concepto de *democracia fiscal*.

El impuesto es hoy una cuestión de solidaridad antes que de autoridad enfática: la seguridad humana y la dignidad son las bases del sistema político, moral, ético y jurídico. No se trata solo de la defensa de la seguridad del Estado Nación de la agresión externa, sino, también, de la protección de la vida cotidiana de las personas, la seguridad humana (Rosembuj 2022).

En efecto, el derecho ciudadano de acceder a la información obrante en las Administraciones Tributarias solo puede entenderse si se concibe que el interés no es solo de ellas, ni de los gobiernos que deben prestar los servicios públicos esenciales, sino de la ciudadanía, titular y dueña de la información. En ese objetivo, los tribunales han tenido un rol decisivo al permitir la publicidad de la información cuando existen intereses públicos relevantes que lo exigen.

Dar a publicidad información relevante para poner de manifiesto las diferentes brechas de género, en la forma que propone la última ley modelo de transparencia de la OEA, favorece los procesos de rendición de cuentas en manos de la ciudadanía y la formulación de políticas y acciones en diferentes ámbitos, no solamente en los diseños de presupuestos públicos amigables a las mujeres, sino en medir la verdadera capacidad contributiva que tienen para ser contribuyentes de los impuestos.

Sirve, asimismo, para conocer el comportamiento de las empresas en relación a las mujeres, por ejemplo, integración de sus nóminas y salarios, y del mismo modo el rol asignado a éstas en las empresas, en particular en las empresas familiares, en las que muchas veces no perciben sueldos ni honorarios por sus tareas (Dubois Favier 2022).

Es por ello que las brechas de género entre hombres y mujeres en el acceso al mercado laboral y de ingresos, puede ser uno de esos ámbitos que se califiquen de interés público relevante. Es decir, en la medida que se considere que se trata de una materia en la que hay comprometido un interés de trascendencia, o un interés que incumbe a la ciudadanía en general, tener acceso a la información obrante en las Administraciones Tributarias puede ser fundamental.

Existe, entonces, una relación entre el derecho de acceso a la información y el objetivo de cerrar las brechas de género ya que una parte de la información relevante con dicho propósito no es pública, ya que se encuentra amparada por el beneficio del secreto fiscal.

Para terminar, Neuman, en su Informe para la UNESCO Promoción de la equidad de género en el derecho de acceso a la información, recuerda que en la CEDAW, el derecho de acceso a la información de las mujeres solo se menciona respecto de los derechos reproductivos, pero agrega que este derecho también es fundamental para la efectividad de otros allí promovidos, como el derecho a participar en la vida pública y política, en la vida económica y social y los derechos de las mujeres rurales (Neuman 2022).

Un mayor acceso a la información económica y patrimonial, en particular de las empresas y organizaciones, podría ser una herramienta que contribuya a reducir las brechas de género que afecta a las mujeres y, en definitiva, constituiría un secreto fiscal más democrático, propio de democracias de calidad en las que las personas persiguen un fin común que es la justicia social, en especial en países con desigualdades históricas pronunciadas como las que tienen las mujeres en Latinoamérica y América Central.

Referencias

Bibliografía

- Abramovich, V. & Courtis, C. (2000). El acceso a la información como derecho. *Anuario de Derecho a la Comunicación*, 1(1), 163-17.
- Coello Cremades, R. (2016). Presupuestos con perspectiva de género en América Latina: una mirada desde la economía institucionalista y feminista.
- Dubois Favier, E.; Spagnolo, L. (2022) La vulnerabilidad en las empresas familiares. Disponible en www.duboisfaverspagnolo.com
- Martínez, R. G. Antecedentes de la ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental. línea], *Secretaría de Gobernación-Unidad General de Asuntos Jurídicos, México*, 3. Disponible en <http://ordenjuridico.gob.mx/Congreso/pdf/39.pdf>
- Neuman, L. (2022). Promoción de la equidad de género en el derecho de acceso a la información.
- O'Donnell, A. (2022). Acceso a la información pública y secreto fiscal. *EDIAR, Buenos Aires*.
- Pla, I. L., & Granados, G. R. (2010). *Transparencia, acceso a la información tributaria y el secreto fiscal: desafíos en México*. Instituto Federal de Acceso a la Información y protección de Datos.
- Pierini, A. B., & Lorences, V. H. (1999). *Derecho de acceso a la información: por una democracia con efectivo control ciudadano; acción de amparo*. Ed. Univ.
- Rodríguez Enríquez, C. M., & Méndez Santolaria, N. (2021). Tributación y justicia de género: perspectivas desde el caso argentino.
- Rosembuj, Tulio (2022). Impuesto, coacción y el impacto moral de la ley. Disponible en www.elfisco.com
- Ruiz, y. J. (2007). Los presupuestos con enfoque de género: una apuesta feminista a favor de la equidad en las políticas públicas. *Cuadernos de Trabajo Hegoa*, (43).
- Strada, Julia, Lechter, Hernán (2021). Economía con perspectiva de género. De la brecha salarial a la brecha patrimonial, CEPA.
- Stotsky, J. G. (2005). Sesgos de género en los sistemas tributarios. *Pazos, M.: Política Fiscal y Género. Instituto de estudios Fiscales*, Madrid, 42.
- Zaldívar Lelo de Larrea, A, "Transparencia tributaria y secreto fiscal: un caso de colisión de derechos fundamentales", en Peschard Mariscal J. (2015). A diez años del derecho de acceso a la información en México: Nuevos paradigmas para su garantía. *A*, 10.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Costa Rica

Res. N° 2020013372

Res. N° 18694

- Corte Interamericana de Derechos Humanos

Claude Reyes y otros vs. Chile.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Fallos 335:2393

Fallos 337:256

- www.cij.gov.ar

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, causa "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia s/ amparo" (ACIJ), sentencia del 26.5.2022.

Otras fuentes de información

Informe El aporte de los cuidados al PBI. *Las brechas de género en la economía argentina* (2022), Ministerio de Economía de la Nación. Disponible en www.argentina.gob.ar.

Informe *Índice Global sobre la Brecha de Género*. World Economic Forum (WEF). Disponible en www.weforum.org.

Primer informe sobre endeudamientos, géneros y cuidados en la Argentina. CEPAL y Ministerio de Economía de la Nación de Argentina. Disponible en www.cepal.org.

Presupuestos con enfoque de género. Una hoja de ruta para su implementación desde las experiencias de América Latina. América Latina y el Caribe (2023). ONU Mujeres. Disponible en www.unwomen.org.

¿Es útil la laicidad para la defensa de los derechos sexuales y reproductivos en América Latina en la era postsecular?

Autora

Pauline Capdevielle*

Cómo citar este artículo

Capdevielle, P. (2024). ¿Es útil la laicidad para la defensa de los derechos sexuales y reproductivos en América Latina en la era postsecular?.
REV. IGAL, II (2), p. 74-87.

*Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
<https://orcid.org/0000-0002-7298-8850>

RESUMEN

En diferentes partes de América Latina, se ha asumido acríticamente la relación necesaria entre laicidad y defensa de los derechos sexuales y reproductivos. Sin embargo, una mirada tanto empírica como teórica hace dudar de una vinculación mecánica entre ambos. Este texto examina una baraja de argumentos para abrir una reflexión sobre la utilidad de la narrativa de la laicidad en la región en pro de la defensa de una robusta agenda de género, en el marco de una sociedad postsecular, es decir, caracterizada por la dilución de las categorías tradicionales asociadas con lo secular y lo religioso. Concluye que la laicidad debe ser examinada de manera lúcida en cada contexto sociopolítico, para identificar sus áreas de oportunidad pero también sus límites.

PALABRAS CLAVE:

LAICIDAD, RELIGIÓN, DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS.

ABSTRACT

In different parts of Latin America, the necessary relationship between secularism and the defense of sexual and reproductive rights has been uncritically assumed. However, both an empirical and theoretical view casts doubt on a mechanical link between the two. This text examines a deck of arguments to open a reflection on the usefulness of the narrative of secularism in the region in favor of the defense of a robust gender agenda, within the framework of a post-secular society, that is, characterized by the dilution of the traditional categories associated with the secular and the religious. It concludes that secularism must be examined lucidly in each socio-political context, to identify its areas of opportunity but also its limits.

KEYWORDS:

SECULARITY, RELIGION, SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS

1. Introducción

En algunos países como México, se da por sentado que la laicidad es un ingrediente necesario a la plena garantía de los derechos sexuales y reproductivos. Se enfatiza que la laicidad, al separar claramente las esferas de lo político y de lo religioso, constituye un dique eficaz a la propensión de las iglesias en ocupar el espacio democrático e imponer sus posturas al conjunto de la ciudadanía. Se argumenta que el Estado laico promueve la autonomía moral de las personas, es decir, su capacidad y libertad para tomar decisiones libres de todos dogmatismos, en particular de índole religiosa. La laicidad, de esta manera, lograría contener las pretensiones de las instituciones religiosas hegemónicas tradicionalmente hostiles a las libertades en materia de sexualidad, reproducción y familia, y favorecería la consolidación de un ordenamiento jurídico neutro e incluyente.

El objetivo de este trabajo es problematizar y cuestionar este supuesto que es objeto de un amplio consenso en los sectores laicos y en las corrientes feministas con amplia visibilidad en diferentes partes de América Latina. Desde luego, no se trata de cuestionar la pertinencia del Estado laico y de la autonomía entre el Estado y las iglesias. Aparecen como conquistas irrenunciables de la sociedad a favor de un proyecto democrático, emancipador e igualitario. De manera general, la prudente distancia entre lo político y lo religioso se presenta hoy en día como un umbral mínimo de legitimidad democrática y de respeto a los derechos humanos en Occidente. Sin embargo, lo cierto es que la relación entre la laicidad y la agenda de género¹ aparece más compleja que la activación de una palanca mecánica que abra un vasto espacio a las libertades sexuales y reproductivas siempre que fuese garantizado el principio de separación. Ya que, si bien es cierto que los avances que se lograron en América Latina se llevaron a cabo en Estados que se definen como laicos, lo contrario no es necesariamente cierto: muchos países de la región que tienen cláusulas constitucionales de separación o de secularidad no garantizan umbrales mínimos de respeto a derechos humanos en materias relacionadas con la autonomía sobre el cuerpo.

En este sentido, mi hipótesis de trabajo es que la laicidad puede ser útil a la promoción de los derechos sexuales y reproductivos en algunos contextos nacionales, pero no en todos, y que su análisis debe tomar en cuenta elementos tanto empíricos como epistemológicos. Por lo tanto, es necesario cuestionarla y problematizarla para entender tanto sus áreas de oportunidad como sus límites o incluso sus facetas menos productivas para la consolidación de un marco regional plenamente garantista en materia de derechos sexuales y reproductivos³. Lo anterior significa tener una mirada crítica en torno a un principio que ha sido paradójicamente sacralizado por determinadas corrientes intelectuales que quieren ver en la laicidad un factor clave para la emancipación del ser humano frente a la religión entendida como un sistema institucionalizado y jerárquico, basado en creencias y prácticas aceptadas acríticamente por parte de la feligresía (Nyhagen, 2017, p. 498). Así las cosas, la postura de este trabajo es considerar la laicidad como un dispositivo jurídico en el tablero argumentativo que constituye la institución del Derecho, buscando darle mayor efectividad para la defensa de una robusta agenda de género.

De tal manera que este texto busca poner en perspectiva algunos argumentos empíricos y teóricos para repensar una laicidad al servicio de los derechos sexuales y reproductivos. Se combina un acercamiento jurídico de índole lógico-formal con aspectos socio-empíricos para ahondar en la complejidad del principio de laicidad, entendido a la vez como una configuración institucional entre el Estado y las iglesias, una narrativa y un conjunto de prácticas políticas, sociales y culturales.

El trabajo se articula de la siguiente manera: en un primer apartado, se muestra un panorama de la situación regional en materia de laicidad y derechos sexuales y reproductivos; en un segundo momento, reconstruye los vínculos analíticos entre laicidad y defensa de una agenda de género, enfatizando casos exitosos; en el tercero, se examinan algunos argumentos de esta relación presentada como simbiótica pero que ostenta en realidad una serie de obstáculos de diferente naturaleza. Finalmente, las conclusiones insisten en la necesidad de repensar la laicidad en una sociedad postsecular.

¹Entiendo de manera genérica la agenda de género como la promoción y defensa de los derechos de las mujeres y de las personas LGBTI, orientadas hacia la igualdad, la autonomía y el empoderamiento a partir de una mirada interseccional e incluyente.

²Los derechos sexuales y reproductivos:

se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones o violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. (Naciones Unidas, 1994).

2. Laicidad y derechos sexuales y reproductivos en América Latina

En América Latina, la historia de la laicidad no fue sino la lucha para la consolidación de los Estados nacionales frente al peso histórico de la Iglesia católica, la cual fungía como fuente de legitimidad estatal, institución de registro civil y poderoso actor económico, además de disciplinar las conciencias y los cuerpos (Gaytán Alcalá, 2018). Tras la independencia de los nuevos Estados, surgieron conflictos entre ambas instituciones, que algunos países resolvieron mediante la firma de concordatos y otros con la proclamación de repúblicas laicas. En este contexto, la laicidad aparecía como un proyecto ideológico orientado a la separación entre el Estado y la Iglesia para gestionar un espacio público a partir del concepto de ciudadanía y construir una serie de derechos y libertades que consolidaba la soberanía del Estado en detrimento de la institución eclesiástica, en una región marcada por fuertes desigualdades (Gaytán Alcalá, 2018).

Durante los siglos XIX y XX, pocos Estados latinoamericanos lograron culminar y consolidar el proyecto laico, siendo a la fecha los referentes regionales México, Uruguay y Cuba. Por lo demás, muchos países conocieron vaivenes respecto a la configuración Estado-Iglesia, y terminaron por reconocer a la segunda una posición privilegiada a nivel político y jurídico (Blancarte, 2008). Sin embargo, en las últimas décadas, la región ha transitado por un fenómeno de laicización de sus constituciones nacionales, al afianzarse un consenso político regional en torno a la necesaria autonomía entre el Estado y las instituciones religiosas y el reconocimiento de la libertad para sostener creencias y participar en actos de culto, sin discriminaciones.

Hoy en día, la mayoría de las cartas políticas de los países latinoamericanos establecen principios de laicidad, secularidad o independencia entre Estado e iglesias, principalmente Cuba, Ecuador, México, Nicaragua, Perú, Uruguay, Venezuela, Guayana y Honduras³. Sin embargo, llama la atención que, en muchos casos, estas fórmulas de secularidad convivan con preámbulos con referencias a Dios, educación religiosa en las escuelas públicas y concordatos con la Iglesia católica. Es por ejemplo el caso de Venezuela, que plasma un principio constitucional de autonomía entre el Estado y las iglesias, invoca la protección de Dios en su preámbulo y mantiene un concordato con el Vaticano. Ecuador, por su parte, se presenta como un Estado laico al mismo tiempo que invoca el "nombre de Dios" en su preámbulo, además de aludir a la Naturaleza y a la Pachamama.

Este andamiaje propio a cada país puede resultar sorprendente. Gargarella (2019) se refiere a ello con una "estrategia acumulativa" que presenta como un rasgo del constitucionalismo latinoamericano. Explica que, en muchos casos, para dirimir los conflictos de valores persistentes entre conservadores y liberales, se optó por plasmar las diferentes posturas en el texto constitucional. Un claro ejemplo de esta estrategia es precisamente en materia de relaciones entre el Estado y las iglesias (Gargarella, 2019).

Otros países han construido su régimen de convivencia entre el Estado y las iglesias de manera singular. En Colombia, si bien la Constitución de 1991 no menciona el carácter laico del Estado, ha sido identificado como tal por la Corte constitucional, la cual ha llevado a cabo un importante y sofisticado desarrollo jurisprudencial en la materia (Aguirre y Peralta, 2021). Por su lado, Brasil se presenta como un Estado mínimamente laico, que prevé la posibilidad de recibir una educación religiosa en escuelas públicas y que tolera en una amplia medida las expresiones religiosas en la arena democrática (Rudas, 2022).

La situación de Chile es más ambigua todavía pues pese a haber formalizado la separación entre el Estado y la Iglesia católica en 1925, el país nunca fue considerado plenamente laico, ni en los textos, ni en la práctica. La Constitución actual se limita simplemente a garantizar el derecho a la libertad de conciencia y de religión. En Argentina tampoco existe un consenso en torno al carácter laico del Estado. Mientras algunas voces enfatizan el proceso de laicización del país en las últimas décadas (Arlettaz, 2017), otras subrayan que la Iglesia católica sigue gozando de personalidad de derecho público, y que esta situación de privilegio y excepcionalidad ha sido reafirmada de manera constante en la jurisprudencia (Saldívia, 2019).

Ahora bien, lo cierto es que, a pesar de la tendencia a la laicización constitucional del continente, el fenómeno ha ido de la mano con una importante injerencia de las instituciones religiosas en los asuntos públicos, combinada con un proceso de reconfesionalización de la esfera pública por parte de los mismos actores políticos. En otras palabras, es posible identificar dos movimientos convergentes: por un lado, la incursión decidida de las iglesias en la política, y por el otro, la utilización del recurso religioso por parte de los gobernantes regionales.

³Se deja fuera del análisis los países caribeños de tradición anglosajona, que tienden a guardar silencio sobre la configuración de las relaciones Estado-iglesias.

Respecto al primero, la democratización de América Latina ha generado un incremento de la presencia de las iglesias en el terreno de la deliberación democrática, que se hace evidente con el surgimiento de partidos políticos evangélicos y de bancadas religiosas, cuya estrategia consiste en colocar adherentes en puestos de representación popular en diferentes fuerzas partidistas, para lograr alianzas y bloquear iniciativas que atentan en contra de ciertos valores religiosos y morales (De la Torre, 2020).

Por su lado, la Iglesia católica, ya des-institucionalizada, ha utilizado diversas estrategias para no perder terreno político y moral, mediante el cabildeo a nivel local y nacional, la movilización de la sociedad civil y la secularización de sus discursos en materia familiar, educativa, sexual y reproductiva. La otra cara de la reconfesionalización del espacio político es la utilización importante, por parte de los líderes políticos y sin importar las adscripciones partidistas e ideológicas, de la narrativa religiosa, en un contexto de desgaste de la representación democrática y del Estado de derecho en la región. La recuperación de la veta de la religión ha de examinarse también en la persistencia del fenómeno populista, el cual se presenta como elemento estructural de la construcción de la ciudadanía en América Latina (Eisenstadt, 2013).

La paradoja es la siguiente: mientras los actores políticos no tienen tapujos en utilizar discursos y símbolos abiertamente confesionales, las instituciones religiosas recurren, por su parte, a un lenguaje cada vez más secularizado, descartando, en mayor o menor medida, las referencias a los dogmas y a los textos revelados, generando una dilución de lo secular y de lo religioso en la esfera pública. De tal manera que el carácter laico de las constituciones termina por agotarse en un simple formalismo desconectado de lo real, en el marco de culturas de la (i) legalidad que dejan espacio a prácticas inscritas en el margen de la ley o incluso en contradicción con el propio texto constitucional⁴.

Gaytán (2018) ha propuesto ahondar en la cultura política como concepto bisagra entre laicidad y secularización. Es útil, por ejemplo, para explicar las brechas que existen en América Latina entre la teoría constitucional y las prácticas políticas cotidianas de los gobernantes, que no dudan en movilizar el registro de la fe para capitalizar sus aspiraciones políticas, en una curiosa mezcla de moral privada y construcción política colectiva (Pecheny & De la Dehesa, 2011, p. 44).

De esta manera, la endeble laicidad latinoamericana —entre secularización de las constituciones y reconfesionalización de la política— debe entenderse a partir de las especificidades regionales e incluso nacionales. Una suerte de laicidad criolla, que Jean-Pierre Bastian (2007) describe como corporatista para subrayar las relaciones entre el Estado y los viejos y nuevos grupos religiosos, en el marco de relaciones clientelares donde se negocia el voto de los fieles a cambio de una relación privilegiada con el Estado. Asimismo, tal vez la cautela de los gobiernos respecto a las temáticas que pueden entrar en conflicto con los sentimientos religiosos de la población se explica menos en términos propiamente religiosos que en cálculos electorales.

Lo anterior se aprecia particularmente en las políticas sexuales y en la agenda de género. La correlación entre un alto grado de laicidad y una garantía eficaz de los derechos sexuales y reproductivos no pasa la prueba de un examen riguroso (Católicas por el Derecho a Decidir, 2020). Ciertamente, los Estados que lograron avanzar en la materia, en particular respecto al emblemático derecho al aborto, ostentan un alto grado de laicidad, tanto en los textos como en las prácticas. Es el caso de México, Uruguay, Cuba, Colombia y en menor medida, Argentina.

Pero como se adelantaba, invertir los términos de la ecuación da un resultado significativamente diferente. Es decir, muchos Estados que plasmaron en sus constituciones fórmulas de separación o alusiones a un principio de laicidad sostienen al mismo tiempo enfoques punitivos sobre estas cuestiones, por ejemplo, en Ecuador, Venezuela o Nicaragua. El caso de Honduras es particularmente ilustrativo: menciona el principio de laicidad en su Constitución a la par que prohíbe de manera absoluta el aborto con base en la sacralidad de la vida humana. En 2021, se adoptó una reforma al artículo 67 de la Constitución para cerrar la posibilidad de cualquier avance sobre el tema⁵.

⁴Sobre este tema, véase la obra de Mauricio García Villegas (2010), Normas de papel: *La cultura del incumplimiento de las reglas*.

⁵La Reforma al Artículo 67 de la Constitución de 1982 del 21 de enero de 2021 establece lo siguiente:

Al que está por nacer se le considerará nacido para todo lo que le favorezca dentro de los límites establecidos por la Ley.

Se considera prohibida e ilegal la práctica de cualquier forma de interrupción de la vida por parte de la madre o un tercero al que está por nacer, a quien debe respetársele la vida desde su concepción.

Lo dispuesto en este artículo de la presente Constitución, sólo podrán reformarse por una mayoría de tres cuartas partes de los miembros del Pleno del Congreso Nacional, sus disposiciones no perderán vigencia o dejarán de cumplirse cuando sea supuestamente derogado o modificado por otro precepto constitucional. Serán nulas e inválidas las disposiciones legales que se creen con posterioridad a la vigencia del presente Artículo que establezcan lo contrario. (Constitución de Honduras, 1982)

3. La laicidad al servicio de los derechos sexuales y reproductivos

Ciertamente, una mirada empírica muestra muchas ambivalencias respecto al binomio laicidad-derechos sexuales y reproductivos. Para ahondar en la discusión, es necesario voltear a la dimensión argumentativa del primer término. La laicidad se define tradicionalmente como un arreglo político-jurídico basado en un principio de separación o de autonomía entre el Estado y las iglesias, y orientado a la garantía de la autonomía de las personas (Zanone, 2015).

De acuerdo con la Declaración Universal de la Laicidad en el Siglo XXI —documento académico que busca encontrar el núcleo del ideal laico— se presenta como la armonización, en diversas coyunturas sociohistóricas y geopolíticas, de los tres principios [...]: respeto a la libertad de conciencia y a su práctica individual y colectiva; autonomía de lo político y de la sociedad civil frente a las normas religiosas y particulares; no discriminación directa o indirecta hacia los seres humanos (Baubérot, Milot & Blancarte, 2005). Desde esta perspectiva, constituye una herramienta que ha buscado históricamente garantizar a las personas su libertad de conciencia y de religión ante los dogmas de las religiones hegemónicas.

Sin embargo, en América Latina, la libertad de las personas para definir libremente las creencias y ejercer el culto se ha vuelto un tema sumamente pacífico, especialmente cuando se definen en términos cristianos. En cambio, se afirma hoy en día que las principales tensiones respecto a lo secular y lo religioso se despliegan en materia de igualdad y de liberación sexual, es decir, entre ordenamientos abiertos y garantes de los derechos de las mujeres y de las personas LGBTI+ versus sociedades religiosas, intolerantes y rigoristas en materia de moral sexual (Inglehart & Norris, 2004).

Sin duda alguna, este tópico ha contribuido a que la relación entre laicidad y defensa de la agenda de género se haya recibido de manera entusiasta en América Latina, dando lugar a diferentes iniciativas regionales como la Campaña en contra de los Fundamentalismos⁶ o la Red Libertades Laicas⁷. A nivel académico sobre todo, la mayoría de los trabajos han tomado como punto de partida la idea de que laicidad y género van necesariamente de la mano, siendo la defensa de los derechos sexuales y reproductivos consubstanciales al Estado laico y al principio de separación entre el Estado y las iglesias (Salazar Ugarte, 2015; Cruz Parceró, 2017; Blancarte, 2012).

Importantes figuras del feminismo latinoamericano han ratificado esta idea, señalando que los avances en la materia solo se han podido lograr en ámbitos seculares que lograron expulsar a las instituciones clericales del espacio público (Lamas, 2012). Este postulado ha sido retomado también por los sectores laicos históricos, que encontraron en el terreno de lo sexual un nuevo campo de batalla para confrontar las pretensiones de participación de las instituciones religiosas en el renovado juego democrático.

La idea de que la laicidad es útil para la defensa de una agenda de género encuentra su raíz en el pensamiento ilustrado que ha hecho énfasis en el concepto de autonomía moral de las personas, la separación entre el Estado y las iglesias, la privatización de lo religioso, el antidogmatismo y el espíritu crítico como vía para la emancipación humana⁸. La tradición liberal comparte varios de estos postulados, pero sobre todo hace hincapié en la idea de que la separación entre el Estado y las iglesias permite a las personas desplegar un amplio espacio de soberanía para definir sin injerencias sus convicciones fundamentales y pautas de moralidad, especialmente en lo sexual y reproductivo, ámbito que ha sido tradicionalmente ocupado por las religiones.

Los feminismos universalista, liberal y marxista/materialista han comulgado en buena medida con esta visión, además de haber desarrollado estudios que enfatizan el carácter patriarcal de las grandes tradiciones religiosas, razones por las cuales se ha adjudicado la idea de una incompatibilidad intrínseca entre los derechos de las mujeres y la religión (Lagarde, 2015). Este feminismo anticlerical ha tenido buena recepción en América Latina, al haberse nutrido de las pugnas ideológicas entre liberales y conservadores en diferentes países de la región.

El segundo elemento que alimenta la asociación entre laicidad y género es el protagonismo conservador que ha manifestado el clero en América Latina. Asimismo, en muchos países de la región, las instituciones religiosas se han posicionado de forma estridente en contra de iniciativas a favor del derecho al aborto, la educación integral sobre sexualidad, el derecho a la identidad de gé-

⁶ Ver Articulación Feminista Marcosur, Campaña en contra de los fundamentalismos, <https://www.mujeresdelsur-afm.org/documento-campana-contra-los-fundamentalismos/>

⁷ Ver Red Libertades Laicas (2008). Memorias de Ponencias. I Foro Centroamericano de Libertades Laicas. Asociación por el Derecho a Decidir.

⁸ En la actualidad, una de las voces que más defiende la postura ilustrada respecto a las religiones es la autora somali-neerlandesa-estadounidense Ayann Hirsi Ali, véase sus libros *Infel* (2006) o *Nómada. Del Islam a Occidente, un itinerario personal y político* (2010).

nero autopercibido, la anticoncepción de emergencia, la eutanasia, para solo mencionar algunas.

Lo anterior ha sido particularmente evidente tras los avances a nivel internacional, impulsados por las conferencias internacionales de El Cairo y Beijing a mediados de los años 90 (Kisling, 2015), acontecimientos que han generado el surgimiento de una contraofensiva conservadora en la región, liderada por la Iglesia católica y por nuevas denominaciones cristianas (Morán Faúndes, 2018; Vaggione, 2005; Troncoso & Stutzin, 2019; Ruibal, 2014).

El caso de Centroamérica es particularmente ilustrativo, en donde se establecieron alianzas entre gobiernos e instituciones religiosas para obstaculizar el avance del movimiento feminista, las cuales se tradujeron por la eliminación del aborto terapéutico en Nicaragua, El Salvador y Honduras o el retroceso en materia de fertilización in vitro en Costa Rica (Sagot, 2012). Así las cosas, la laicidad se vuelve una herramienta reactiva frente a la persistencia de lo religioso como poder fáctico (Jaime, 2016, p. 176), para frenar el avance del conservadurismo legal en la región y exigir políticas públicas desvinculadas de las posturas religiosas (Jaime, 2016; Valdivieso Ide, 2017, p. 57).

La pertinencia de la laicidad como herramienta útil para la defensa de una agenda de género se puede encontrar también en la labor del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Capdevielle, 2022). Asimismo, la Corte interamericana ha desplegado una argumentación de índole laica en diferentes pronunciamientos y sentencias, en particular, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* y en la Opinión Consultiva 24/17. En el primer caso, la Corte recusó la decisión del Supremo costarricense que había prohibido la técnica de reproducción asistida conocida como fecundación in vitro, al considerar que la manipulación de embriones humanos afectaba su derecho a la vida. Haciéndolo, se alejaba de las posturas bioéticas conservadoras impulsadas desde el Vaticano, que consideran que existe un ser humano completo desde el momento mismo de la fertilización, el cual ha de gozar de los mismos derechos que una persona nacida. La Corte Interamericana, al contrario, argumentó que la cuestión del inicio de la vida humana tiene múltiples respuestas y que dotar a los embriones de atributos metafísicos es una creencia particular que no puede ser impuesta a las personas que no la comparten (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CoIDH], 2012).

En la Opinión Consultiva 24/17, la Corte interamericana examinó los derechos de las personas LGBTI+ a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular la cuestión del derecho a la identidad autopercibida y el matrimonio igualitario. Señaló explícitamente el papel de las posturas religiosas conservadoras en la situación histórica y sistemática de discriminación y violencia que padece dicho colectivo, enfatizando que en muchos casos la "oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas" (CoIDH, 2017, p. 84). Observó que si bien las creencias religiosas son protegidas por el derecho internacional y revisten una importancia fundamental para las personas creyentes, no pueden servir de parámetro de interpretación de los derechos humanos. La Corte concluyó afirmando la existencia de un principio de separación que implica que en las "sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte es reconocer la esfera en la cual cada uno de estos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro" (CoIDH, 2017, p. 85).

Consagró por lo tanto una lectura laica de los derechos humanos, que corresponde a su vez a una visión garantista y contramayoritaria de los mismos y a la idea de la laicidad como no imposición de creencias particulares a toda la sociedad. Por su lado, la Comisión interamericana también ha llamado la atención, en diferentes informes, sobre la existencia de grupos anti-derechos de orientación religiosa que se han consolidado en la región ante las políticas incluyentes en materia sexual y reproductiva, y que participan de la situación de opresión que padecen algunos grupos, especialmente, las personas LGBTI+ (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

Finalmente, es importante señalar que el principio de laicidad ha tenido impacto en determinados procesos judiciales y legislativos a nivel nacional, al lograr dotarse de una operabilidad jurídica, es decir, al transitar de una mera fórmula constitucional de tipo programático a un principio plenamente jurídico, que genera obligaciones concretas para los Estados. El caso de México es paradigmático, puesto que el principio de laicidad ha sido activado por la Suprema Corte en dos sentencias de septiembre de 2021 que descriminalizaron el aborto e identificaron un derecho constitucional a decidir sobre el cuerpo para las mujeres y las personas gestantes.

En la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, la Corte realizó una lectura interdependiente de los derechos humanos de autonomía, derecho a la salud, igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, entre otros, pero sobre todo movilizó el principio de laicidad, que presentó como uno de los "ejes centrales de la sentencia" y condición para el derecho a tomar decisiones sobre el cuerpo (Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN], 2021, p. 32). Explicó que la laicidad es indispensable a la garantía de los derechos reproductivos al ser "un mecanismo de reivindicación de la razón sobre el dogma, y consecuentemente un proyecto de emancipación intelectual que conlleva el reconocimiento de la libertad y autonomía de las personas en cuanto a la definición de sus convicciones y creencias" (SCJN, 2021, p. 35).

En Uruguay, se considera que la despenalización del aborto fue posible en el marco de un Estado con una sólida trayectoria laica y una cultura política secularizada (Moreira, 2011). En Argentina, a pesar de no gozar de un reconocimiento constitucional, la narrativa de la laicidad fue utilizada tanto por las personas legisladoras como por la población en general para argumentar a favor de la legalización del aborto. Felitti Et Prieto (2018) mostraron cómo el primer intento de despenalización del aborto en 2018, profundizó la presencia del discurso de la laicidad en la arena democrática y amplió la utilización del tema de la laicidad por parte de las feministas, permitiendo alianzas entre diferentes sectores laicos de la sociedad.

4. Posturas críticas en sociedad postsecular

Ahora bien, han surgido en la academia y desde el activismo voces más críticas respecto a la laicidad y su potencial como herramienta para la consolidación de una agenda de género. Sin lugar a duda, este "desencantamiento" respecto a la laicidad ha de leerse en el marco de la relativización del paradigma de la secularización en boga en los años 60 y 70, que pronosticaba el declive irremediable de la religión o en el mejor de los casos, su privatización (Habermas, 2008, Beckford, 2012; Vaggione, 2013; Garzón Vallejo, 2014). La laicidad, en este marco de análisis, constituía la respuesta institucional a dicho modelo explicativo de la relación entre política y religión. En este sentido, existía una gran confianza respecto a su capacidad de contener la religión en la esfera privada y de arbitrar los conflictos que pudieran surgir de las reminiscencias de lo confesional en la esfera pública.

Sin embargo, es de constatar que las religiones gozan de buena salud en los albores del siglo XXI, especialmente en América Latina. Frente al fenómeno de revitalización y desprivatización de lo religioso que conocemos hoy en día (Casanova, 2000), se utiliza cada vez más el concepto de postsecularidad, el cual busca enfatizar las deficiencias del paradigma de la secularización y subrayar las nuevas configuraciones entre la política, las instituciones religiosas, la sociedad y las personas (Vaggione, 2013).

El sociólogo británico James A. Beckford (2012) propone seis usos principales a dicha categoría: *i*) como crítica al concepto de secularización, el cual no habría sido más que una confusión entre lo analítico y lo ideológico; *ii*) como oportunidad para repensar la laicidad y la teoría de la secularización, a partir de una integración dinámica y fructífera entre lo secular y lo religioso, que permite superar algunos obstáculos epistémicos tales como la dicotomía público-privado; *iii*) como reencantamiento de la cultura, especialmente en el ámbito artístico con la exploración de la magia y el encanto; *iv*) como resurgir de lo religioso en la esfera pública, al considerar que el proceso de secularización no se tradujo en un declive de la religión, ni tampoco en la privatización de las creencias; *v*) como desarrollo conceptual impulsado por Jürgen Habermas, quien considera la postsecularidad como concepto útil para estudiar la adaptación de los Estados al alto perfil público que ostenta hoy la religión, y la búsqueda de un balance entre ciudadanía compartida y diferencias culturales, y finalmente *vi*) como grupo de ideas que considera que lo postsecular ha de utilizarse, principalmente, para la consolidación de Estados y sociedades que han superado la disyuntiva entre lo secular y lo religioso.

En este sentido, la mirada sociológica del concepto de postsecularidad nos obliga a matizar la contundencia teórica construida alrededor de la laicidad y del principio de separación. Como ya se mencionó, el estudio de los movimientos sociales en torno a lo sexual ha mostrado que los actores religiosos han modificado sus estrategias de incidencia de tal forma que logran cada vez más escapar de la esfera de acción de la laicidad. Es lo que Vaggione (2009) ha conceptualizado como "secularismo estratégico" para enfatizar: *i*) la modificación de los discursos, pasando de

narrativas religiosas a discursos basados en los derechos humanos y la bioética; *ii*) el cambio de actores, sustituyendo el protagonismo del clero por el papel de las organizaciones de la sociedad civil –asociaciones provida y profamilia, *influencers*, *think tanks*, universidades confesionales, etc. (Saldivia, 2013; Lemaitre, 2013). Lo anterior ha significado una relativización del alcance del principio de laicidad, al diluir la distinción tradicional entre lo religioso y lo secular, lo institucional y lo social.

La presencia de discursos conservadores expresados en claves seculares es particularmente desafiante, puesto que responde al mandato liberal según el cual se puede participar plenamente en el ejercicio de la razón pública siempre que se hace en un lenguaje entendible por toda la ciudadanía, más allá de las adscripciones religiosas o morales particulares (Vázquez, 2013). En este sentido, la laicidad cae en su propia trampa al no poder evacuar estos discursos de la esfera de deliberación pública. Desde lo jurídico, la utilización del discurso de los derechos humanos para defender una agenda hiperconservadora también es problemática como lo ilustró la reciente experiencia estadounidense en materia de derecho al aborto y la revocación de la jurisprudencia *Roe Vs. Wade*. Como bien argumentaban los *Critical Legal Studies* los derechos humanos conllevan una alta carga de indeterminación, y es bien posible que su interpretación no sea más que una cuestión política.

El concepto mismo de laicidad tampoco escapa de esta ambigüedad, siendo también un concepto en pugna entre sectores laicos y religiosos, en particular, mediante los conceptos de laicidad positiva y de libertad religiosa (De la Torre, 2023). La bioetización de los discursos –que surge con fuerza a partir de la creación por Juan Pablo II en 1998 de la Pontificia Academia para la Vida– se inscribe en la misma veta estratégica de secularización de los discursos (en particular los debates bioéticos sobre inicio y final de la vida), terreno que se ha vuelto todavía más resbaloso con la convergencia de algunas posiciones conservadores con el feminismo radical (en particular la rispida controversia sobre procesos de transición de las personas trans).

En un mismo sentido, la recuperación de las posturas religiosas conservadoras por parte de organizaciones de la sociedad civil que se presentan como aconfesionales ha permitido fundamentar democráticamente la agenda de la ciudadanía religiosa y ocupar esta zona gris que Habermas califica de esfera pública informal (Jaramillo Marín, 2010). La discusión en torno a la denominada "ideología de género" participa de esta misma tendencia, que resultó ser sumamente eficaz al destapar los miedos colectivos relativos a un colapso de los fundamentos sociales (Bárceñas, 2018).

En otra dirección, han ocupado cada vez más el terreno argumentativo las disidencias religiosas (Vaggione, 2005) y las nuevas teologías incluyentes. En América Latina, Católicas por el Derecho a Decidir ha logrado difundir un discurso alternativo al de la jerarquía católica, buscando reconciliar género y religión a partir de nuevas hermenéuticas. Otros grupos ecuménicos han ganado visibilidad como Otras Cruces o Diakona, además de haberse multiplicado pequeños grupos locales y/o digitales, orientados al acompañamiento y diálogo entre sus miembros. En algunas universidades de inspiración religiosa se han creado cátedras de teología feminista, como en el caso de Universidad Iberoamericana en México (institución jesuita).

Estas nuevas narrativas no se posicionan en contra del Estado laico; al contrario, utilizan este registro discursivo en cuestiones relativas a la democracia, los derechos, el Estado de derecho, etc. Sin embargo, suponen un obstáculo epistemológico para la laicidad, puesto que el Estado laico tradicional rechaza los relatos de índole religiosa en la esfera pública. Estos grupos, cuyas voces pueden resultar fundamentales para desmantelar la opresión y la discriminación, plantean nuevas preguntas analíticas relativas a su recepción y su lugar en el marco del Estado laico.

Otra dificultad importante es relativa a los desencuentros entre la teoría de la laicidad y diferentes corrientes feministas. Como ya se ha visto, la laicidad puede resultar útil para defender la agenda de los derechos sexuales y reproductivos, desde una mirada instrumental o estratégica. Sin embargo, lo anterior no debe ocultar tensiones teóricas. En primer lugar, y retomando las aportaciones feministas de los años 70, dicho principio puede aparecer como sospechoso al basarse sobre una defensa férrea de la autonomía, concepto que ha sido señalado como una ficción jurídica construida a partir de una visión androcéntrica de la cual las mujeres han sido excluidas históricamente y que respalda los intereses de los varones (Capdevielle & Arlettaz, 2019, Del Prado, 2018).

También, la laicidad, al expulsar lo religioso de la esfera pública no haría sino reafirmar la excluyente dicotomía público-privado (Felitti & Prieto, 2018) y ahondar en la superposición de dicotomías que han asociado el secularismo con lo masculino, lo racional, la imparcialidad y la emancipación versus la religión como lo femenino, lo emotivo, la parcialidad y finalmente la subordinación (Nyhagen, 2017). Asimismo, algunas feministas como (2013) han desarrollado el argumento según el cual la laicidad (secularismo) lejos de ser consustancial a los derechos de las mujeres, habría contribuido históricamente a consolidar un orden político basado en la diferencia sexual y la expulsión de las mujeres del espacio público.

En este sentido, la modernidad y la ciencia no habrían hecho más que tomar el relevo de la religión en la empresa de dominación y opresión de las mujeres (Scott, 2013). Sería hasta una época relativamente reciente, y en particular en el marco de la confrontación de Occidente con el islam, que el modelo laico hubiera acogido el discurso de la defensa de la causa femenina, fungiendo éste como nuevo criterio de distinción entre sociedades ilustradas y fundamentalistas.

Esta postura surge en el marco de los *Critical Secular Studies*, paradigma que surge en Estados Unidos a finales de los años 90, buscando hacer hincapié en el carácter ideológico y falsamente neutro del secularismo. A partir de textos pioneros —*Why I Am Not a Secularist* (2000) de William E. Connolly y *Formations of the Secular: Christianity, Islam and Modernity* (2003) de Talal Asad— este enfoque crítico enfatiza la idea de la laicidad como un dispositivo estatal de poder que reforma las creencias religiosas, define el alcance de lo público y lo privado, impone subjetividades (Mahmood, 2009), determina cuáles religiones son aceptables y cuáles no (Asad, 2003) y justifica lógicas imperialistas y discriminatorias, en particular en contra de los musulmanes (Said, 2003).

Asimismo, corrientes feministas posmodernas (Cady y Fessende, 2013) han cuestionado fuertemente la relación entre los procesos de secularización y los avances en materia de políticas de género, buscando complejizar dicha relación al hacer hincapié en las ambigüedades de las identidades seculares y religiosas. Uno de los argumentos más interesantes refiere a las consecuencias contraproducentes de la separación entre lo político y lo religioso, en particular, la idea de que los actores religiosos y seculares se empoderan recíprocamente, polarizando el debate e impidiendo avances concretos en materia de derechos humanos.

Igualmente, la exclusión de lo religioso de la esfera política habría compelido a las instituciones religiosas a radicalizar sus posturas en temas tradicionalmente considerados como privados, tales como la familia, la sexualidad y la reproducción (Cady y Fessende, 2013). En un mismo sentido, la defensa de una separación estricta puede contribuir a oscurecer vastos espacios de convergencia entre lo secular y lo religioso. Asimismo, la custodia de lo confesional sobre lo sexual no sería una característica inherente de la religión sino un rasgo del Estado laico, empeñado en expulsarla de lo público.

Por su lado, el feminismo decolonial —que busca visibilizar las experiencias de las mujeres en contextos de imposición colonial mediante la intersección del género, raza y poder— también ha hecho aportaciones críticas a la laicidad y su relación con los derechos de las mujeres. Serene Khader (2016) cuestiona la idea de acuerdo con la cual la opresión de las mujeres se inscribe necesariamente en la cultura y la religión, tópico inscrito en la narrativa de la Ilustración. Considera, en cambio, que lo tradicional no es necesariamente patriarcal y que las cosmovisiones seculares no son las únicas hospitalarias para el feminismo. Aboga a favor de una postura sobre los efectos normativamente aceptables de las prácticas, en lugar de sus orígenes percibidas, como paso previo a la elaboración de un feminismo compatible con la preocupación anti-imperialista y alternativo al feminismo ilustrado, cuyos postulados de liberación de la mujer pueden justificar la destrucción de formas tradicionales de vida.

Aunado a lo anterior algunas voces queer han empezado a examinar críticamente la existencia del *Western Sexual Exceptionalism* (Puar, 2007), es decir, la idea según la cual Occidente sería tolerante respecto a las expresiones de la diversidad sexual mientras el resto del mundo estuviese atrapado en la represión sexual y la homofobia como consecuencia de sus creencias y prácticas religiosas. Asimismo, para el *Queer of colour critique*, la narrativa de la liberación sexual y de los derechos en Occidente serviría de pantalla para opacar la idea de la modernidad como proceso colonial y racista (Khan, 2020). Al contrario, es urgente cuestionar la idea según la cual la única liberación posible pasa por la transgresión de las normas religiosas, y preguntar cómo debe lidiar lo queer con la instrumentalización de sus subjetividades en pro de un proyecto colonial.

Para concluir este breve panorama del estado de la discusión, cabe mencionar un último punto argumentativo, que refiere al propio principio de separación conceptualizado como la delimitación y autonomía entre los asuntos del Estado y los de las iglesias y su recíproca autonomía. Si bien esta visión permite en cierta medida evacuar las posturas religiosas de lo público, tiene un ángulo ciego, esto es, las posibles discriminaciones que pueden llevarse a cabo dentro de las organizaciones religiosas. Este problema conceptual se hizo patente en el Caso Pavez Pavez vs. Chile (CoIDH, 2022) resuelto en 2022 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La señora Pavez se había desempeñado durante 22 años como profesora de religión católica en una escuela pública en Chile. Sin embargo, en 2007 le fue revocado su certificado de idoneidad otorgado por su jerarquía católica, al haberse difundido que vivía con otra mujer. Presentó un recurso de protección, el cual fue rechazado por la justicia chilena. Durante las audiencias públicas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los representantes del Estado chileno hicieron valer que el otorgamiento del certificado de idoneidad —necesario para impartir la asignatura de religión— era una prerrogativa de las instituciones religiosas relacionadas con sus derechos a la libertad religiosa y a enseñar su doctrina. El Estado chileno debía reconocer esta libertad y abstenerse de ingerirse, de acuerdo con el principio de separación entre el Estado y las iglesias.

La Corte reconoció la vulneración de los derechos de la profesora Pavez, especialmente en lo referente a su derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual. Sin embargo, la sentencia no logró aportar una solución satisfactoria a la pregunta de si las iglesias tienen o no un derecho a discriminar dentro de esta esfera propiamente eclesial que se ha conceptualizado tradicionalmente como fuera del alcance del Estado. La Corte se limitó a mencionar que, en materia de educación pública, el Estado chileno debía aplicar un estricto criterio de no discriminación, dejando abierta la pregunta de si las instituciones privadas con carácter confesional tienen derecho a incurrir en actos discriminatorios.

5. Conclusiones

Al terminar este recorrido argumentativo, se ha de llegar a la conclusión de que no existe una correlación teórica ni empírica indiscutible entre la laicidad y los derechos sexuales y reproductivos. Lo anterior, sin embargo, no debe necesariamente encaminarnos a descartar por completo la narrativa de la laicidad para la defensa de los derechos. Sigue teniendo, en determinados contextos, una importante resonancia política, social e incluso cultural, además de jurídica como en México. Más bien, es necesario pensar la laicidad con lucidez, es decir, ser conscientes de sus áreas de oportunidad, pero también de sus limitaciones en función de los contextos locales, sin perder de vista la finalidad, que es la defensa de políticas sexuales y reproductivas incluyentes y emancipadoras para las personas.

Lo anterior constituye una tarea impostergable en un contexto postsecular, que se manifiesta en una mayor visibilidad de lo religioso en lo público, en la transformación de las estrategias y actores del activismo conservador religioso, la consolidación de teologías progresistas, y de manera general, la dilución de la categoría tradicional secular-religioso. En este sentido, es fundamental seguir pensando en una laicidad acorde con los desafíos contemporáneos, una laicidad postsecular, desacralizada, orientada a la inclusión de todas las personas y la defensa férrea de sus derechos.

Referencias

- Aguirre, J. Y Peralta, C. A. (2021). La Constitución Política de 1991 y la diversidad religiosa: un análisis de la discusión doctrinal sobre la laicidad del Estado colombiano. *Revista Derecho del Estado*, 50, 135-164. <https://doi.org/10.18601/01229893.n50.06>.
- Arlettaz, F. (2017). Religiones y Estado en Argentina, entre la Constitución y el derecho internacional. *Derecho, Estado y Religión*, 3, 45-76.
- Asad, T. (2003). *Formations of the Secular. Christianity, Islam, Modernity*. Stanford University Press.
- Bárceñas Barajas, K. (2018). Pánico moral y de género en Brasil: Rituales jurídicos y sociales de la política evangélica para deshabilitar los principios de un Estado laico. *Religião e Sociedade*, 38(2), 85-118. <https://doi.org/10.1590/0100-85872018v38n2cap03>
- Beckford, J. A. (2012). SSSR Presidential Address. Public Religions and the Postsecular: Critical Reflections. *Journal for the Scientific Study of Religion*, 51(1), 1-19.
- Baubérot, J., Milot, M. Y Blancarte, R. (2005). Déclaration universelle sur la laïcité au XXIe siècle. En *Gouvernement de la République Française*.
- Blancarte, R. (2008). Laicidad y laicismo en América Latina. *Estudios sociológicos*, XXVI(76), 139-164. https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2018/01/declaration_universelle_sur_la_laicite_au_xxie_siecle.pdf.
- Cady, L. Y Fessende, T. (2013). *Religion, The Secular and the Politics of Sexual Difference*. Columbia University Press.
- Capdevielle, P. (2022). Hacia un principio latinoamericano de laicidad: acercamientos conceptuales y prácticos en M. X. Dávila y N. Chaparro, *Estrategias de resistencia para defender y reflexionar sobre la laicidad en América Latina*. DeJusticia.
- Capdevielle, P. Y Arlettaz, F. (2018). Laicidad y derecho legal al aborto en M. J. Medina Arellano, María de Jesús y P. Capdevielle (Ed.), *Bioética laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Casanova, J. (2000). *Religiones públicas en el mundo moderno*. PPC. Cáticas por el Derecho a Decidir (2020). *Informe sobre laicidad y derechos sexuales y reproductivos*. CDD, Cátedra Extraordinaria "Benito Juárez". <http://catedra-laicidad.unam.mx/sites/default/files/Laicidad%20Informe%20DSR.pdf>
- Comisión Interamericana De Derechos Humanos (2018). 2018, *Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>.
- Connolly, W. (1999) *Why I Am Not a Secularist*. University of Minnesota. (2012). Género, mujeres y Estado laico en J.A. Cruz Parceró, R. Vázquez y A. M. Tepichin Valle (Ed.), *Género, cultura y sociedad*. Fontamara. Constitución Política de Honduras. Decreto número 131. 20 de enero de 1982. Honduras.
- Corte Interamericana De Derechos Humanos (2012). *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Corte Interamericana De Derechos Humanos (2017). *Opinión Consultiva OC 24-17*. 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- Corte Interamericana De Derechos Humanos (2022). *Caso Pavez Pavez vs. Chile*. Sentencia del 4 de febrero de 2022. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf
- Cruz Parceró, J. A. (2017). *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos, México*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4746/12.pdf>.

- De La Torre, R. (2023). La laicidad en México desafiada por la libertad religiosa: dilemas contemporáneos en P. Capdevielle y P. Salazar, *El Estado laico mexicano a treinta años de la reforma constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Eisenstadt, S. (2013). América Latina y el problema de las múltiples modernidades. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 58(218), 153-164.
- Felitti, K. Y Prieto, S. (2018). Configuraciones de la laicidad en los debates por la legalización del aborto en la Argentina: discursos parlamentarios y feministas (2015-2018). *Salud colectiva*, 14(3), 405-423.
- Garzón Vallejo, I. (2014). Postsecularidad: ¿un nuevo paradigma de las ciencias sociales? *Revista de Estudios Sociales*, 50, 101-112. <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/res50.2014.11>.
- Gaytán Alcalá, F. (2018). La invención del espacio político en América Latina: laicidad y secularización en perspectiva. *Religião e Sociedades*, 38(2), 119-149.
- Habermas, J. (2008). El resurgimiento de la religión, ¿un reto para la autocomprensión de la modernidad? *Diánoia* 53(60), 3-20.
- Jaime, M. (2016). Discursos pastorales, políticas públicas y respuestas feministas: reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en Perú", en A. Godois de Castro Tavares, J. Báez, M. Jaime, L. Chávez, A. L. De Giorgi, R. Viruez, A. López, M. Sánchez y T. Díaz Canlas, *Movimientos de mujeres y lucha feminista en América Latina y el Caribe*. CLACSO.
- Jaramillo Marín, J. (2010). El espacio de lo político en Habermas. Alcances y límites de las nociones de esfera pública y política deliberativa, *Manizales*, 7(1), 55-73.
- Khader, S. (2016). Do Muslim Women Need Freedom? Traditionalist Feminisms and Transnational Politics. *Politics & Gender*, 12(4), 727-753. <http://doi:10.1017/S1743923X16000441>
- Khan, A. (2020). Queer secularity. *Lambda nordica*, 25(1), 133-139. <https://doi.org/10.34041/ln.v25.626>
- Kissling, F. (2015). Género, sexualidad y Estado laico en M. Bovero, D. Valadés, Ph. Portier y F. Kissling, *Cuatro visiones sobre la laicidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Lagarde, M. (2015). *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas* (5ª ed.). CIEG-UNAM.
- Lamas, M. (2012). Dimensiones de la diferencia en J. A. Cruz Parceró, R. Vázquez y A. M. Tepichín Valle (Ed.), *Género, cultura y sociedad*. Fontamara.
- Lemaitre Ripoll, J. (2013). *Laicidad y resistencia*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Red Libertades Laicas (2008). *Memorias de Ponencias*. I Foro Centroamericano de Libertades Laicas. Asociación por el Derecho a Decidir.
- Mahmood, S. (2009). Religious Reason and Secular Affect: An Incommensurable Divide? *Critical Inquiry*, *Critical Inquiry*, 35(4), 836-862. <https://doi.org/10.1086/599592>
- Morán Faúndes, J. M. (2018). Religión, secularidad y activismo heteropatriarcal: ¿qué sabemos del activismo opositor a los derechos sexuales y reproductivos en América Latina? *Revista estudios de género*, *La ventana*. *Revista de estudios de género*, 5(47), 97-138.
- Moreira, C. (2011). Despenalización del aborto y representación política en el laico Estado uruguayo: moral/voluntad privada vs. moral/voluntad pública en N. Johnson, A. López Gómez, G. Sapriza, A. Castro y G. Arribelz (Ed.), *(Des)penalización del aborto en Uruguay: prácticas, actores y discursos. Abordaje interdisciplinario sobre una realidad compleja*. Universidad de la República Uruguay y Comisión Sectorial de Investigación Científica.
- Naciones Unidas (1994). Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo.

- Norris, P. Y Inglehart, R. (2006). *Sacred and Secular. Religion and Politics Worldwide*. Cambridge University.
- Nyhagen, L. (2017). The lived religion approach in the sociology of religion and its implications for secular feminist analyses of religion. *Social Compass*, 64(4), 495-511. <https://doi.org/10.1177/0037768617727482>.
- Puar, J. (2007). *Terrorist Assemblages: Homonationalism in Queer Times*. Duke University Press.
- Rudas, S. (2022). *Evangélicos y laicidad mínima en Brasil: discusiones desde la filosofía política*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Ruibal, A. M. (2014). Feminismo frente a fundamentalismos religiosos: mobilização e contra-mobilização em torno dos direitos reprodutivos na América Latina. *Revista Brasileira de Ciência Política*, 14, 111-138. <https://doi.org/10.1590/0103-335220141405>
- Sagot, M. (2012). ¿Un paso adelante y dos atrás? La tortuosa marcha del movimiento feminista en la era del neointegrismo y del 'fascismo social' en Centroamérica en A. Carosio, *Feminismo y cambio social en América Latina*. CLACSO.
- Said, E. (2003). *Orientalismo*. Debolsillo.
- Salazar Ugarte, P., Barrera Rosales, P., Chorny Elizalde, V., Gaitán Uribe, A., Martín Reyes, J. Y Salmorán Villar, M. (2015). *La República laica y sus libertades. Las reformas a los artículos 24 y 40 constitucionales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Saldivia Menajovsky, L. (2013). *Laicidad y diversidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- (2019). El problemático reconocimiento de la Corte Suprema Argentina de la Escuela Pública como espacio religioso. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 44(98), 17-34.
- Scott, J. W. (2013) "Secularism and Gender Equality, (2013), en CADY, Linell E. y FESSENDE, Tracy, *Religion, The Secular and the Politics of Sexual Difference*, New York, Columbia University Press.
- Suprema Corte De Justicia De La Nación. Pleno. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017; 7 de septiembre de 2021. México.
- Troncoso, L. Y Stutzin, V. (2019). La agenda heteropatriarcal en Chile: Cruces entre política, moral y religión en la lucha en contra de la "ideología de género". *Revista Nomadías*, 28, 9-41.
- Vaggione, J. M. (2005). Reactive Politicization and Religious Dissidence: The Political Mutations of the Religious. *Social Theory and Practice*, 31(2), 233-255.
- (2009) *Sexualidad, Religión y Política en América Latina*. CONICET.
<https://sxpolitics.org/wp-content/uploads/sites/2/2009/10/sexualidad-religion-y-politica-en-america-latina-juan-vaggione.pdf>
- (2013). *Laicidad y sexualidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Valdivieso Ide, M. (2017). Propuestas feministas en los procesos constituyentes latinoamericanos de las últimas décadas en M. Sagot Rodríguez (Ed.), *Feminismos, pensamiento crítica y propuestas alternativas en América Latina*. CLACSO.
- Vázquez, R. (2013). *Democracia y laicidad activa*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Zanone, V. (2015). *Laicismo en N. Bobbio, N. Matteuci, y G. Pasquino (Ed.), Diccionario de política (12ª reimpresión, t. II)*. Siglo XXI.

Análisis de políticas públicas sobre el trabajo de cuidados no remunerado en Puerto Rico

Autoras

Esther Vicente Rivera*

Marilucy Gonzáles**

Patricia Otón Olivieri***

Yanira Reyes Gil****

Cómo citar este artículo

Vicente Rivera, E., González Báez, M., Otón Olivieri, P. y Reyes Gil, Y. (2024). Análisis de políticas públicas sobre el trabajo de cuidados no remunerados en Puerto Rico. *REV. IGAL*, (II) 2, p. 88-105.

*Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico. ORCID: 0009-0001-7960-6675

** Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico. ORCID: 0009-0003-7095-9575

*** Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico. ORCID: 0009-0006-2027-6495

****Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico. ORCID: 0009-0008-3091-2728

RESUMEN

El cuidado es esencial para el sostenimiento de la vida en las sociedades contemporáneas y se provee primordialmente por las mujeres y las niñas, sin compensación económica. En este artículo sobre políticas públicas de trabajos de cuidado no remunerado se demuestra que la protección del derecho y los servicios de cuidados, requieren que el Estado ofrezca soluciones a las necesidades de quienes reciben los cuidados y de quienes los proveen. En este artículo se estudiaron diversos ámbitos, entre éstos: infraestructura, servicios y prestaciones sociales y apoyos que proporcionan los lugares de trabajo a las personas que además de trabajar asalariadamente, proveen cuidados. Se analiza si existen políticas que evidencien la responsabilidad estatal de proteger y prestar el apoyo necesario a los trabajos de cuidado remunerado y no remunerado, y si las que existen se implementan de manera adecuada y cabal. Tras una investigación mixta, mediante el uso de una Tabla de Puntuación desarrollada por Oxfam, de grupos focales y de entrevistas semiestructuradas, se concluye que, a pesar de que en Puerto Rico existen algunas políticas públicas éstas no reconocen, valoran, compensan ni redistribuyen el trabajo de cuidados.

PALABRAS CLAVE:

TRABAJO DE CUIDADOS NO REMUNERADO Y REMUNERADO; POLÍTICAS PÚBLICAS, I
NFRAESTRUCTURA, SERVICIOS SOCIALES, NEOLIBERALISMO, PRIVATIZACIÓN.

ABSTRACT

Care is essential to sustaining life in contemporary societies and is provided primarily by women and girls, without financial compensation. This article on public policies of unpaid care work demonstrates that the protection of the right and care services require the State to offer solutions to the needs of those who receive care and those who provide it. In this article, various areas were studied, including infrastructure, social services and benefits, and supports that workplaces provide to people who, in addition to working for a salary, provide care. It analyzes whether there are policies that demonstrate the state's responsibility to protect and provide the necessary support to paid and unpaid care work, and whether those that exist are implemented adequately and fully. After a mixed methods research, through the use of a Scorecard developed by Oxfam, focus groups and semi-structured interviews, the conclusion is that, although there are some public policies in Puerto Rico, they do not recognize, value, compensate or redistribute care work..

KEYWORDS:

UNPAID AND PAID CARE WORK; PUBLIC POLICIES, INFRASTRUCTURE, SOCIAL SERVICES,
NEOLIBERALISM, PRIVATIZATION.

1. Introducción y marco teórico

El cuidado aplica a todo el ciclo de vida y atraviesa el ámbito público y privado. Todas las personas necesitamos cuidados para vivir. Los cuidados se refieren a una función social que integra actividades, bienes y relaciones destinadas a asegurar la vida y el bienestar de las personas. Las personas cuidadoras proveen servicios esenciales para la vida como: alimentación, higiene, limpieza, acompañamiento, cuidado a la niñez, salud (Rico y Robles, 2016), mientras se llevan a cabo otras actividades domésticas en el hogar o luego de trabajar asalariadamente fuera del hogar. Por lo tanto, involucran activos económicos, físicos y emocionales. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) divide las labores de trabajo de cuidados en dos actividades principales: "las actividades de cuidado directo, personal y relacional, como dar de comer a un bebé o cuidar de un cónyuge enfermo, y las actividades de cuidado indirecto, como cocinar y limpiar" (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2018).

El acercamiento a los cuidados, en tanto derecho humano, implica varias dimensiones: derecho a cuidar, a recibir cuidados, a proveer cuidados y al autocuidado (Torres Santana, 2021). Ello requiere evaluar aspectos independientes del trabajo asalariado formal que involucran la redistribución de las tareas de cuidado y responsabilizar a todas las partes relacionadas, incluyendo a las personas cuidadoras, a quienes reciben cuidados, los Estados, el sector privado, las familias y comunidades.

Históricamente se ha responsabilizado a las mujeres y las niñas por las tareas de cuidado. Esta delegación desproporcionada de las tareas de cuidado por género continúa experimentándose en la actualidad. Un informe de Oxfam publicado en enero de 2020, poco antes de la pandemia del Coronavirus, indicaba que las mujeres y las niñas en el mundo, especialmente las que viven en condiciones de pobreza y marginación, dedicaban 12,500 millones de horas diarias al trabajo de cuidados sin remuneración. Además, estimaba que el valor monetario anual de ese trabajo alcanzaba la cantidad de US\$10.8 billones (Coffey et al., 2020). Algunos países han establecido estudios de tiempo para estimar la medida en que el trabajo de cuidados impago aporta a la reproducción de los sistemas socioeconómicos. La conclusión de muchos de esos estudios es que gran parte de quienes realizan trabajo de cuidados no reciben compensación alguna y muchas veces integran los grupos más empobrecidos y con mayores desventajas. Se estima que los trabajos de cuidados no remunerados o mal remunerados contribuyen entre un 20 a un 25% del producto interno bruto de los países estudiados (OIT, 2018).

La falta de pago o reconocimiento del valor de los trabajos de cuidado no significa que no sea trabajo: ese trabajo asegura con tiempo, esfuerzo y recursos que quienes trabajan por salario (o lo harán en otro momento de su vida) se reproduzcan como trabajadores y trabajadoras. La compensación salarial no es lo que define el trabajo. El trabajo de cuidados se realiza a costa del tiempo, la seguridad, la salud y las posibilidades de desarrollo de quienes lo realizan.

Algunos países de la región se han movido para ofrecer protecciones sociales y laborales para las personas dedicadas al trabajo de cuidados remunerado y no remunerado, tanto en el sector formal como en el informal (Confederación Sindical Internacional. (s. f.), Care Economy). Por ejemplo, en República Dominicana se estableció un proyecto piloto para que los servicios de cuidado en el hogar se conviertan en trabajos formales con salario mínimo, cubierto por la normativas laborales y seguridad social (Confederación Sindical Internacional. (s. f.), p. 6).

El país que más adelantos ha experimentado en temas de protección social del trabajo de cuidados es Uruguay, donde se instituyó un Sistema Nacional Integrado de Cuidados mediante la Ley N° 19.353 de diciembre de 2015. Este sistema comprende un conjunto de prestaciones sociales, coordinación y consolidación de servicios de cuidados para todas las personas que los necesiten (Ministerio de Desarrollo Social de Uruguay, s. f.). Entre sus objetivos se encuentra formalizar y proteger los servicios a las personas que se dedican al cuidado. Este sistema incluye normativas para garantizar el derecho al cuidado y la protección social de las personas cuidadoras como: licencias maternales, paternales, parentales y de cuidados, políticas para el balance vida-familiar-empleo, transferencias monetarias para cuidadoras, reconocimiento previsional, capacitación, programas de respiro y acompañamiento, normativa laboral y de seguridad social para cuidadoras remuneradas (CISS-Bienestar, 2022). Estas medidas pretenden proteger tanto a las personas cuidadoras en el sector formal como en el informal, lo que se busca

conseguir a través del registro nacional y la sindicación de las personas que se dedican al trabajo de cuidados.

El trabajo de cuidados remunerado y no remunerado en la mayoría de las ocasiones está conectado. Esto quiere decir que las personas que se dedican al trabajo de cuidados o a cualquier otro tipo de trabajo remunerado, en su mayoría mujeres, también están encargadas de las responsabilidades de cuidado no remunerado. Esta conexión que se ha llamado "círculo de trabajo de cuidados no remunerado-trabajo de cuidados remunerado" (OIT, 2018, p. 2), también tiene impacto en las posibilidades de que estas personas se inserten o logren desarrollar su máximo potencial en los espacios de trabajo compensado.

La literatura que se ha desarrollado recientemente sobre este tema indica que actualmente estamos viviendo una crisis de cuidados debido a que cada vez existe menos garantía de que podamos recibir cuidados u ofrecerlos, ni de que podamos sostener la vida individual y colectiva (OIT, 2018). Uno de los fenómenos sociales que influyen en esta crisis es el envejecimiento de la población.; es decir, el probable aumento del número de personas adultas en edad avanzada con mayores grados de dependencia. Otro asunto que agrava la crisis de los cuidados es la privatización de los servicios y el retraimiento de los Estados de sus funciones sociales. Esto sobrecarga especialmente a las mujeres, afecta la incorporación de las mujeres a los mercados de trabajo asalariado y disminuye el tiempo disponible para los cuidados.

El trabajo de cuidados es un factor determinante de la desigualdad y la subordinación, que a su vez se alimenta de la división sexual del trabajo. El derecho al cuidado, uno de los derechos humanos más importantes por su tangencia con la vida digna, amerita una división distinta de las tareas y responsabilidades necesarias para garantizarlo (Pautassi, 2018).

La literatura sobre estos temas es contundente al denunciar que la mayoría de las mujeres que se dedican al trabajo de cuidados son de sectores que viven en condiciones de pobreza, mujeres negras o indígenas y mujeres inmigrantes. En un estudio encomendado por la CEPAL y realizado por María Elena Valenzuela, María Lucía Scuro e Iliana Vaca Trigo se señala que:

El trabajo doméstico remunerado ha sido tradicionalmente en América Latina una importante fuente de ocupación para las mujeres, principalmente para aquellas provenientes de hogares pobres, indígenas y afro-descendientes y de sectores rurales, en un entrecruzamiento de desigualdades de género, clase, raza y territorio. Sus condiciones laborales son precarias y se caracterizan por la informalidad, desprotección y bajos salarios.

Crecientemente las mujeres migrantes provenientes de otros países de la región están ocupando este espacio laboral. A una escala global, los cuidados circulan a través de la feminización de las migraciones y el establecimiento de cadenas globales de cuidado. En América Latina se han conformados corredores migratorios para el cuidado a partir de la emergencia de polos de desarrollo en torno a centros urbanos en países de mayores ingresos, cuyas demandas de cuidado no son satisfechas por la mano de obra local, dando un impulso a la migración intrarregional (Valenzuela, Scuro y Vaca Trigo, 2020, p. 7).

Las personas migrantes que se dedican al trabajo de cuidados, por lo general proceden de países en donde sufrían condiciones de violencia, extrema pobreza y exclusión por razones de raza, etnia, religión o clase social. Por estar en situación migratoria irregular y por las necesidades económicas que experimentan, se ubican en trabajos de cuidados de manera informal. Esto las coloca en situación de mayor vulnerabilidad ante condiciones abusivas y les limita las posibilidades de obtener remedios ante estas violaciones.

Desde esta mirada investigamos y analizamos las políticas públicas que afectan los trabajos de cuidados en Puerto Rico de forma directa e indirecta. Este artículo resume parte del análisis de los hallazgos y conclusiones de la investigación realizada por las coautoras .

2. Metodología

Este artículo surge de la investigación que realizamos las coautoras, se llevó a cabo entre octubre de 2022 y octubre de 2023. Estudiamos y evaluamos las políticas públicas en Puerto Rico relacionadas al trabajo de cuidados en sus diversas definiciones. La investigación se llevó a cabo utilizando una metodología mixta.

¹ Para el análisis de todos los ámbitos de política pública puede consultar el informe de las coautoras, González Baéz, M., Otón Olivieri, P., Reyes Gil, Y. y Vicente, E. (2024, febrero). Políticas Públicas y el Trabajo de Cuidados en Puerto Rico [Informe]. .

2.1. Método cuantitativo: La Tabla de Puntuación de las Políticas de Cuidado

Para el componente cuantitativo de la investigación se utilizó la *Tabla de Puntuación de las Políticas de Cuidado de Oxfam*, que es una herramienta para evaluar el progreso hacia un entorno de políticas que propician los trabajos de cuidados que ha sido utilizada en otros países (Oxfam, s.f.).² La tabla de puntuación incluye indicadores, preguntas o criterios que parten de una definición del trabajo de cuidados amplia que incluye el trabajo remunerado y el no remunerado. Fue elaborada en el marco de las 5Rs³ que persiguen: (1) el **reconocimiento** y la visibilización de la contribución de todas las formas de trabajo; (2) la **reducción** de las tareas de cuidado no remunerado para que quienes las realizan, para que dispongan de más tiempo para incorporarse a otros aspectos de la vida social, política y económica; (3) la **redistribución** de las tareas de cuidado entre las mujeres y los hombres, el gobierno, las empresas, las comunidades y los hogares; (4) la **representación** mediante la inclusión efectiva de las personas que proporcionan cuidados y las que los reciben en el desarrollo de los presupuestos, la planificación, la toma de decisiones y el diálogo social en torno a los cuidados; y (5) la **recompensa o remuneración** adecuada y las protecciones a las trabajadora y los trabajadores de cuidados.

La Tabla de Puntuación se divide en tres secciones. Para la investigación solamente se utilizaron las dos secciones con los ámbitos que se explican a continuación. La Sección 1- Políticas públicas sobre el trabajo de cuidados no remunerado incluye los siguientes ámbitos: Infraestructuras de apoyo a los trabajos de cuidados (5 indicadores); Servicios de cuidados (8 indicadores) y Prestaciones de protección social en relación con los cuidados (4 indicadores). Por su parte, la Sección 2- Políticas públicas sobre el trabajo de cuidados remunerado, incluye los siguientes ámbitos: Condiciones laborales (5 indicadores); Normativas del lugar de trabajo (3 indicadores); Protecciones para trabajadoras y trabajadores inmigrantes (1 indicador) y Derecho a la sindicación (1 indicador).

Cada indicador contiene una serie de criterios (18 o 21) formulados como preguntas y están organizados por los siguientes temas de las políticas públicas: existencia de una política pública; accesibilidad y alcance; presupuesto y administración; reglamentación y seguimiento y diseño e impacto. Los indicadores y criterios de la Tabla permiten detectar si las políticas públicas prestan atención a grupos y poblaciones con la mayor probabilidad de ser desatendidos y excluidos. También permiten medir si incorporan estrategias para recoger los datos desglosados por características tales como: edad, género, orientación sexual, creencias religiosas/origen étnico o raza, ingresos, discapacidad, situación migratoria, ubicación (contexto urbano/rural). Por último, permiten determinar el nivel de participación efectiva de las mujeres y de las organizaciones defensoras de derechos en el proceso de diseño, creación y monitoreo de la implantación de las políticas públicas.

2.2. Métodos cualitativos: Grupos focales y Entrevistas a personas expertas

Para el componente cualitativo de la investigación se llevaron a cabo tres grupos focales: dos grupos con 15 mujeres dedicadas a proveer servicios de cuidados⁴, uno en un pueblo costero cerca del área metropolitana, Loíza, y el otro en un pueblo de la montaña, Aibonito. El tercer grupo focal se llevó a cabo con ocho mujeres representantes de cinco organizaciones no gubernamentales defensoras de los derechos de las mujeres y proveedoras de servicios⁵.

Para los tres grupos focales se elaboró una guía tomando como base los temas atendidos en la Tabla de Puntuación. El objetivo era recopilar información acerca de la opinión de las participantes sobre la efectividad y la implementación de las múltiples leyes y reglamentos que inciden sobre el trabajo de cuidados.

² Esta herramienta fue desarrollada por un grupo integrado por: Oxfam, Centro Internacional de investigación sobre la mujer (ICRW) - Asia, la Federación Internacional de Trabajadores del Hogar (FITH), Africa Leadership Forum, UK Women's Budget Group, Ciudadanía Bolivia, Padare Men's Forum Zimbabwe, ¡Uganda Women's Network and Youth Alive! Kenya. Tabla de puntuación de las políticas de cuidados: Herramienta para evaluar el progreso de los países hacia un entorno de políticas propicio [Documento PDF]. 6

³ Diane Elson planteó por primera vez "las 3R" que luego fueron ampliadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como "las 5R" para incluir la "representación" y la "recompensa". Estas han sido adoptadas ampliamente por defensoras y defensores de los derechos de las mujeres como marco para conseguir que las políticas aborden el trabajo de cuidados (tanto remunerado como no remunerado). Elson, D. (2017) y Organización Internacional del Trabajo. (2019).

⁴ Conforme al acuerdo de confidencialidad a las mujeres participantes en los tres (3) grupos focales se les garantizó el anonimato. En el informe de la investigación se citan expresiones de las participantes, pero no se identifican por nombre a las participantes.

Como parte de la metodología cualitativa también se realizaron cuatro entrevistas a personas expertas en el Plan de Ajuste Fiscal de la Junta de Supervisión Fiscal⁶. Cabe señalar que esta Junta fue nombrada por el gobierno de Estados Unidos, para atender el asunto del impago de la deuda y la quiebra del gobierno de Puerto Rico (Puerto Rico Oversight, Management and Economic Stability Act of 2016, Pub. L. No. 114–187, 130 Stat. 549 (2016)). Las investigadoras consideramos esencial conocer de parte de estas personas expertas su opinión para determinar cómo el proceso de restructuración de la deuda en Puerto Rico afecta las políticas públicas y las áreas objeto de estudio de la Tabla de Puntuación.

2.3. Procedimiento:

Como parte del procedimiento de la investigación se recopilaron y verificaron las políticas públicas existentes en Puerto Rico que inciden sobre los cuidados por cada criterio⁷. Para ello se utilizaron las siguientes fuentes: la Constitución de Puerto Rico; las leyes; los reglamentos; las órdenes ejecutivas o administrativas; los informes gubernamentales; los estudios publicados; las reseñas en páginas de internet de las agencias gubernamentales y artículos de prensa⁸.

Luego de recopilar los documentos antes mencionados⁹, para cada indicador contestamos los criterios de evaluación y asignamos la puntuación, conforme al grado de cumplimiento con el criterio¹⁰. El próximo paso fue sumar la puntuación total obtenida por cada indicador¹¹; se dividió ese número entre el total de criterios aplicables a la política estudiada y se calculó el porcentaje del indicador. Con ese porcentaje se corroboró el grado de transformación del ámbito de la política estudiada, para lo cual se utilizó la escala que se presenta en la Tabla 1:

TABLA 1 - Grado de Transformación de las Políticas Públicas de Cuidados

Porcentaje	Puntuación global	Grado en que las políticas son transformadoras de los cuidados
0%	0	No existen políticas al respecto.
1-20%	1	Existen políticas al respecto, pero no son transformadoras.
21-40%	2	Existen políticas públicas con potencial de ser transformadoras, pero no protegen a todas las poblaciones o la implantación es muy limitada; por lo que el nivel de transformación también lo es.
41-60%	3	Existen políticas públicas con potencial de ser transformadoras, pero la implantación es limitada y el nivel de transformación también lo es.
61-80%	4	Existen políticas al respecto y son transformadoras, pero de manera moderada.
81-100%	5	Existen políticas al respecto y son transformadoras en gran medida.

⁵ Las organizaciones no gubernamentales defensoras de los derechos de las mujeres que participaron en este grupo focal fueron: Taller Salud, Matria, Organización Puertorriqueña de la Mujer Trabajadora (OPMT), Centro de la Mujer Dominicana y Casa Juana de Comerio, Puerto Rico.

⁶ Las personas expertas entrevistadas fueron: Rolando Emmanuelli, abogado y doctor en Derecho que litiga pleitos en defensa de los derechos del pueblo ante la corte especial creada por el Congreso de Estados Unidos para atender la quiebra de Puerto Rico; Eva Prados, abogada activista por los derechos económicos, sociales y culturales y Portavoz del Frente Ciudadano por la Auditoría de la Deuda; José Caraballo Cueto, doctor en economía y profesor universitario; y Daniel Santamaría, licenciado en Economía por la Universidad de Barcelona y maestría en Administración Pública, por la Universidad de Columbia en Nueva York y maestría en Ciencia de Datos. Las personas expertas entrevistadas autorizaron a las investigadoras a utilizar en el informe final y en las actividades de divulgación sobre la investigación, la información y opinión que expresaron en la entrevista, identificándoles por su nombre.

⁷ Para la identificación y recopilación de las políticas públicas se contó con la valiosa colaboración de un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

⁸ Cabe señalar que para nuestra investigación no se estudiaron las políticas de Estados Unidos que inciden sobre Puerto Rico. En julio de 2023, se presentó la investigación: Oxfam. (2023). US Care Policy Scorecard: Assessing Federal Unpaid and Underpaid Care Policies in the US.

⁹ La lista de todos los documentos examinados se encuentra en el Anejo 2 del Informe de la investigación, González Baéz, M., Otón Olivieri, P., Reyes Gil, Y. y Vicente, E. (2024, febrero). Políticas Públicas y el Trabajo de Cuidados en Puerto Rico [Informe].

¹⁰ Para calificar o asignar puntuación a las políticas de acuerdo con los criterios de los indicadores se utilizó la siguiente escala: Sí = 1; Parcialmente = 0.5; No = 0 y No aplica.

¹¹ La puntuación total obtenida equivale al número de respuestas en las que se calificó numéricamente como "sí (1)" o "parcialmente (0.5)".

Finalmente, para el análisis de los resultados se llevó a cabo una triangulación de los resultados en el que se integraron al informe los resultados de la Tabla de Puntuación, los comentarios que surgieron en los grupos focales y las opiniones de las personas expertas, según expresadas durante las entrevistas.

3. Análisis de políticas públicas que impactan los cuidados

En este artículo presentamos una selección de los ámbitos de política pública estudiados en nuestra investigación (González Baéz, M., et al., 2024). En esta sección exponemos el análisis de las políticas públicas seleccionadas.

3.1. Infraestructuras físicas de apoyo a los cuidados no remunerados

Las políticas públicas relacionadas a la infraestructura analizadas en esta sección fueron: la provisión de agua corriente, electricidad en el hogar, instalaciones de saneamiento, transporte público y tecnologías y equipamiento para ahorrar tiempo y dinero. Disponer de estos servicios esenciales puede reducir el tiempo y la intensidad de las tareas domésticas y de cuidados, especialmente en comunidades rurales y de bajos ingresos. La reducción de estas tareas contribuye a liberar tiempo para que las personas cuidadoras puedan estudiar, realizar un trabajo remunerado, participar en actividades políticas, cívicas o sociales. También les permite atender sus propias necesidades de salud emocional o física y participar de forma más igualitaria en la vida familiar y comunitaria.

Con relación al agua corriente, evaluamos 16 criterios sobre el acceso a este servicio. En total el indicador obtuvo 4 puntos, lo que representa un 25% del total de puntuación posible. Conforme a la métrica establecida en la Tabla de puntuación, un 25% implica un grado de transformación de 2, esto implica que existen políticas con potencial de ser transformadores, pero no protegen a todas las poblaciones o la implantación es muy limitada; por lo que su nivel de transformación también lo es.

Existe una ley y un reglamento de distribución del agua que promueve la distribución equitativa con prioridad al consumo doméstico y humano. También hay reglamentación dirigida a dar prioridad a las poblaciones desatendidas o excluidas. Sin embargo, en las poblaciones de las zonas rurales montañosas y en algunas zonas costeras las comunidades no reciben el agua provista por la agencia estatal concernida, Autoridad de Acueductos y Alcantarillados. Debido a esta situación muchas comunidades rurales han recurrido a crear y operar sistemas de acueductos locales mediante pozos colectivos de acueducto rural. Existen 150 acueductos rurales que sirven a 130,000 habitantes aproximadamente (Autoridad de Acueductos y Alcantarillados de Puerto Rico, Ley 136 de 3 de junio de 1976; Acueductos Rurales Non-PRASA. (s. f.) y Centro de Periodismo Investigativo, 2022).

Abona a la limitada capacidad transformadora de la política pública en torno al agua el hecho de que el Plan Fiscal, esbozado por la Junta de Supervisión Fiscal para atender la deuda pública, establece un aumento de la tarifa que paga la ciudadanía por el servicio y el acceso al agua. Además, la agencia gubernamental ha requerido de fondos del gobierno de Estados Unidos que no son recurrentes para poder cumplir con sus obligaciones, debido a que la asignación presupuestaria destinada al servicio de agua no es suficiente.

Las participantes en los grupos focales expresaron claramente los problemas que confrontan con el suministro de agua corriente. A la pregunta planteada por las facilitadoras sobre cuál era su opinión sobre los servicios que se pagan y que maneja el gobierno como el agua, entre otros, una de las integrantes del grupo de Aibonito, ubicado en la zona rural montañosa, indicó:

El agua sí [es inestable, se va] pero el agua más que la luz.

El problema del agua siempre afecta al cuidador y al paciente, porque acuérdate que al paciente hay que bañarlo todos los días, asearlo todos los días. A la vez que no tenemos el servicio de agua pues tenemos que entonces estar cogiendo agua para tener agua, para calentar en la estufa, para poderlos bañar a ellos.

Las entrevistas realizadas con personas expertas también proveyeron datos sobre cómo se han afectado los servicios esenciales tan necesarios para poder atender las necesidades de las personas que necesitan cuidados. En torno al servicio de agua corriente uno de los entrevistados señaló:

El Plan Fiscal implica inherentes aumentos en los costos y menor calidad de los servicios esenciales tales como el agua potable, la energía eléctrica, la transportación, la salud y la educación.

Mediante el aumento en los costos de los servicios esenciales todas las personas aportamos al pago de la deuda de manera directa. (Daniel Santamaría, 2022)

El otro ámbito seleccionado para este artículo es el acceso a electricidad segura y asequible en el hogar. Este es un servicio esencial indispensable para la atención de las personas que necesitan cuidados. Además, reduce el tiempo y el esfuerzo que requieren las tareas domésticas ya que permite utilizar equipos eléctricos como máquinas de lavar ropa, refrigeradores para mantener los alimentos y las medicinas en buenas condiciones, hornos eléctricos y aspiradoras para la limpieza, entre otros. También facilita el uso de la tecnología para hacer citas médicas, ayudar con las tareas escolares y permite proveer mejor atención y cuidados durante horas nocturnas.

Este indicador se evaluó mediante 16 criterios, obtuvo 5 de puntuación para un 31.2% y un grado de transformación de 2. Esto implica que, aunque existen políticas públicas con capacidad de ser transformadoras sobre el acceso de electricidad en el hogar, la implantación de estas es muy limitada y el nivel de transformación también lo es.

Este es un indicador especialmente relevante en Puerto Rico debido al proceso de privatización del servicio de electricidad, que había sido operado por una corporación pública atada al gobierno, la Autoridad de Energía Eléctrica, en adelante la AEE. Al presente este ente se encuentra inmerso en un proceso de bancarrota controlado por la Junta de Supervisión Fiscal y encaminado a pagar a los acreedores en lugar de ampliar el acceso al servicio. Tras el paso de dos huracanes por Puerto Rico, uno categoría 4, en septiembre de 2017, se evidenció la condición precaria y la falta de mantenimiento de las instalaciones de electricidad, lo que provocó que muchas comunidades estuvieran sin servicio de electricidad por meses, situación que aún se manifiesta con recortes del servicio cada día.

Aunque existen instalaciones eléctricas en todo el país, incluso en áreas montañosas, el servicio es inestable. Además, la privatización del servicio de energía eléctrica ha generado graves problemas en la prestación de servicios. Se ha planteado que el proceso de privatización implicó la pérdida de personal especializado y las dos empresas privadas que contrató el gobierno, una a cargo de la distribución de la energía (LUMA) y la otra encargada de la generación de la energía (GENERA PUERTO RICO), no cuentan con el conocimiento especializado ni manejan el equipo existente para ofrecer un mejor servicio, sino que este ha empeorado. Se han creado por ley entidades gubernamentales, el Negociado de Energía y la Autoridad de Asesoría Financiera y la Agencia Fiscal de Puerto Rico (AF-FAF), a las que se les ha delegado la supervisión y la reglamentación de la calidad, la accesibilidad y fiabilidad de los servicios provistos por las empresas privatizadoras. Sin embargo, debido a la falta de transparencia del Estado y de las empresas privadas, no se ha podido documentar su efectividad. La situación de la bancarrota también ha afectado el acceso a subsidios para reducir el costo del servicio provisto a comunidades de bajos ingresos y poblaciones en situación de vulnerabilidad, como la de adultos mayores y las personas con diversidad funcional. De igual forma, ha retrasado el proceso de cambio del sistema a uno más respetuoso del ambiente mediante el uso de la energía solar y otras formas de generación de energía sustentable.

Existe una política pública para el suministro de energía eléctrica a todo el país y hay disposiciones legales de la Ley de la AEE que crean subsidios a diversas poblaciones desatendidas y excluidas, tales como las personas que viven en residenciales públicos (vivienda pública), personas que reciben el subsidio gubernamental para los alimentos, las personas envejecientes, estudiantes y para las que utilizan equipo médico para salvar la vida, como respiradores, camas de posición entre otras. No obstante, estos subsidios se utilizan para garantizar que las personas cumplan con el pago de las tarifas; es decir, la persona ha de pagar por el servicio y si no lo hace, el estado transfiere el monto del beneficio para cubrir el pago a la AEE. De otra parte, sectores pudientes también reciben subsidios, tales como las industrias y organizaciones como iglesias, industria turística y otros.

No hay política pública para dar acceso gratuito a la energía eléctrica. Los aumentos en las tarifas aprobados por el gobierno supuestamente para lidiar con el proceso de privatización y para atender el pago de la deuda pública son uniformes para toda la población, por lo que son de naturaleza regresiva y el impacto resulta mayor para las personas de bajos ingresos. Ante la precariedad de la infraestructura que provoca un servicio inconsistente y no confiable, la población que tiene recursos económicos puede recurrir a la compra de generadores de electricidad, el combustible necesario para operarlos o placas solares. No obstante, la población de pocos recursos económicos, o la de clase trabajadora media, no puede acceder a estos mecanismos privados para proveerse el servicio de electricidad. El gobierno no ha promovido la participación en la discusión, elaboración o diseño de las políticas públicas sobre el servicio de electricidad, la privatización o sobre la

reestructuración de la deuda de la AEE, de la ciudadanía, de las mujeres, de las personas cuidadoras ni de las comunidades más afectadas por las limitaciones del servicio de electricidad.

Las cuidadoras que participaron en los grupos focales hablaron extensamente sobre la falta de acceso confiable a la energía eléctrica, el impacto en los trabajos de cuidado y la necesidad de recurrir a generadores eléctricos. Explicaron claramente la conexión entre el servicio de electricidad en el hogar y las dificultades que plantea el no tenerlo para las tareas de cuidados y para las personas que los necesitan.

4. Servicios de cuidados no remunerado

La evaluación del ámbito de política de servicios de cuidado incluyó diversos servicios relacionados al cuidado de las personas. Se incluyeron los siguientes servicios: públicos de salud; de atención y educación de la primera infancia; de cuidado y educación de estudiantes; de cuidados para adultos mayores; de cuidados para personas con necesidades de cuidado adicionales. Además, se estudiaron los siguientes indicadores: servicios de cuidado y educación a estudiantes (5-15 años); servicios de cuidado y educación a estudiantes con diversidad funcional (educación especial), servicios de salud sexual y reproductiva y servicios de prevención, intervención y protección contra la violencia de género.

La disponibilidad de servicios de cuidados y de educación de estudiantes (5-15 años) impacta la carga de los trabajos de cuidados no remunerados que recaen en las mujeres. En este indicador se incluyeron criterios sobre el acceso y la calidad, elementos que son relevantes para la redistribución de parte de este trabajo hacia el ámbito de la esfera pública o gubernamental. En Puerto Rico este aspecto es particularmente importante por la situación confrontada por las escuelas en el país que se han visto afectadas por los cierres provocados por los huracanes en 2017, los terremotos en el 2019 y luego, la pandemia en el 2020. Además, a partir de las medidas de austeridad impuestas se han cerrado una cantidad considerable de escuelas.

La investigación evaluó 21 criterios sobre los servicios de cuidados y educación de estudiantes (5-15 años). En total, el indicador obtuvo 10 puntos, lo que representa un 48% del total de la puntuación posible. De acuerdo con la métrica establecida en la Tabla de puntuación, un 48% equivale a un grado de transformación de 3. Este resultado significa que en Puerto Rico existen políticas públicas con potencial de ser transformadoras, pero la implantación es limitada y el nivel de transformación también lo es.

En el Artículo II, Sección 5 de la Constitución de Puerto Rico, se garantiza a toda persona el derecho "a una educación que propenda al pleno desarrollo de su personalidad"; que "[h]abrará un sistema de instrucción pública el cual será libre y enteramente no sectario" y que "[l]a enseñanza será gratuita en la escuela primaria y secundaria y, hasta donde las facilidades del Estado lo permitan, se hará obligatoria para la escuela primaria" (Constitución de Puerto Rico, 1952). Además, en Puerto Rico hay varias leyes aplicables a la educación como, por ejemplo, la Ley Núm. 173-2016, *Ley para el Licenciamiento de Establecimientos de Cuidado, Desarrollo y Aprendizaje de los Niños y Niñas en Puerto Rico*; la Ley Núm. 85-2018, según enmendada, *Ley de Reforma Educativa de Puerto Rico*, además de varios reglamentos.

En las leyes antes mencionadas se alude a la crisis económica en el país y la necesidad de educar a toda la ciudadanía. Sin embargo, no hay referencia específica a las personas que trabajan en el sector informal. Como parte de las iniciativas implantadas en Puerto Rico para la recuperación académica del año escolar 2022-2023, se estableció que el Departamento de Educación continuará con el proyecto Refuerzo Académico Extendido (RAE).

El propósito del proyecto RAE es cerrar las brechas de aprendizaje y de rendimiento causadas por la pandemia del COVID-19 para disminuir el rezago académico (Normas para la organización y el funcionamiento general del Proyecto Refuerzo Académico Extendido 2022-2023, 26 de julio de 2022). Este proyecto es sufragado con los Fondos de Ayuda para Emergencias de Escuelas Primarias y Secundarias (ESSER III, por sus siglas en inglés). Está dirigido a estudiantes de nivel primario (kínder a 8vo) y secundario (9no a 12mo) y cuenta con cuatro modelos de horarios extendidos de 2 horas y de 3 horas. Esto ciertamente es una iniciativa que promueve la asistencia para los progenitores encargados de supervisar y asistir a sus hijos e hijas en las tareas escolares. Sin embargo, en este proyecto no se alude a la jornada de trabajo de los progenitores. Tampoco se encontraron datos para verificar si se está implantando en todas las escuelas de Puerto Rico.

En cuanto al presupuesto del Departamento de Educación, agencia encargada de implantar esta política se encontró que:

[E]se presupuesto aumentó un poco en los últimos años mientras se implementaba un programa de austeridad severa que incluyó el cierre de casi una tercera parte de las escuelas públicas y la reducción en materiales y equipo a las escuelas. Esa aparente contradicción se explica porque, por un lado, el personal administrativo creció mientras se reducía el personal docente y porque, por otro lado, el cierre masivo de escuelas conllevó aumentos en las partidas de transportación y mantenimiento de las escuelas, lo que no se traduce necesariamente en mejores condiciones de estudios para la niñez pobre que compone cerca del 78% del estudiantado del DE. Mientras, partidas que sí encuentra la literatura que pueden beneficiar al aprovechamiento académico tal como los materiales y equipo, se redujeron durante el periodo 2018 a 2020. Un sondeo preliminar a las maestras del sistema público encontró que no aparenta haber mucha disponibilidad de materiales y equipo en las escuelas, obligándolas a aportar con dinero de su propio peculio para subsanar esa escasez. (Caraballo-Cueto, 2021)

Muchos de los programas existentes en Puerto Rico se nutren de fondos que provienen del gobierno de Estados Unidos y no son fondos de Puerto Rico. Toda esta información confirma la insuficiencia del presupuesto del Departamento de Educación para atender e implantar adecuadamente la política de servicios de cuidados y educación para estudiantes (5-15 años). Además, hay una carencia de los recursos humanos necesarios para implantar esta política. Hay datos disponibles que demuestran que "el costo por estudiante que se realiza en Puerto Rico no rinde un aprovechamiento académico que vaya acorde con el patrón mundial y que mientras ha habido un proceso de austeridad en los materiales y equipos para las escuelas, el DE aumentó el personal administrativo" (Caraballo-Cueto, 2021). Este dato sugiere también que la administración de los fondos es deficiente o sus prioridades están desenfocadas.

Las personas expertas entrevistadas también abordaron la situación de esta política pública. Por ejemplo, Eva Prados indicó que todos los planes fiscales que ha revisado, incluyendo el del Departamento de Educación reflejan recortes a las agencias en su mayoría. A esos efectos explicó lo siguiente:

Todos estos Planes Fiscales que hemos visto del Gobierno Central y de los recortes en las agencias en su mayoría que brindan servicios esenciales, el recorte... el cierre de escuelas públicas... Todas están... todas estaban, buscaban, todas buscan encontrar recursos económicos para pagar lo que es la deuda del Gobierno Central. Y ese Plan de Ajuste, también a su vez tuvo que ver con las pensiones de los maestros, de la judicatura y del Gobierno Central. (2022)

José Caraballo Cueto sostuvo que "parte o gran parte de los recortes se han dado en el área de la educación". Durante su entrevista fue muy detallado sobre el cierre de las escuelas del Departamento de Educación en Puerto Rico y lo comparó con lo que ha estudiado en otras jurisdicciones. A continuación, se incluye lo que nos explicó sobre este asunto:

Se han cerrado un tercio de las escuelas en Puerto Rico en menos de cuatro años. Eso ha sido el cierre más intenso que he visto en la literatura internacional. No ha habido otra jurisdicción que haya pasado por un proceso tan rápido y doloroso como Puerto Rico. Y, en esos cierres, incluyen cierres pues de escuelas donde se ofrecían servicios de preescolar. Con esos cierres, pues entonces esos cuidados de menores de edad, que le permitían sobre todo a muchas madres pues poder acceder al mercado laboral, porque decían bueno, ya tengo quien me cuide mi hijo, mi hija, ya entonces yo puedo utilizar tiempo para cuidados míos o para acceder al mercado laboral o acceder a los servicios médicos. Pues, ocurren esos cierres, se me hace más difícil conseguir ese cuidado para mis hijos o hijas y ahí pues entonces me afecto porque pues entonces ahora se me hace más difícil acceder a los servicios médicos que necesito o acceder al mercado laboral. Y es curioso que estas trabas que se le ponen a las personas o barreras que se le ponen, barreras no monetarias y a veces hasta monetarias que se le ponen a las personas, pues después entonces el mismo Plan Fiscal dice que Puerto Rico tiene una baja participación laboral y no ven la contradicción. No ven la contradicción de que yo estoy haciéndole la vida más difícil a las personas y pues si se la hago más difícil, más difícil se le va a hacer acceder al mercado laboral. (2022)

El otro aspecto seleccionado para este artículo es la provisión y el acceso a servicios de cuidados para adultos mayores. Esto es importante no solo para mejorar la salud de estas personas y

garantizarles una vida digna, sino también para apoyar a sus familiares y a sus cuidadoras y cuidadores. Este indicador incluye criterios acerca de la asequibilidad, seguridad y calidad de estos servicios. Además, al igual que todos los indicadores de esta política, se evalúa si esta permite que se redistribuya la responsabilidad por los cuidados de adultos mayores del seno familiar hacia el gobierno.

La investigación evaluó 18 criterios sobre los servicios de cuidados para adultos mayores. En total el indicador obtuvo 8.5 puntos, lo que representa un 47.2% del total de la puntuación posible. Según la métrica establecida en la Tabla de puntuación, un 47.2% equivale a un grado de transformación de 3. Este resultado significa que en Puerto Rico existen políticas públicas con potencial de ser transformadoras, pero la implantación es limitada y el nivel de transformación también lo es.

En la Sección 1 del Artículo II de la Constitución de Puerto Rico se reconoce como parte de la Carta de Derechos que "la dignidad del ser humano es inviolable" y establece que todos los seres humanos son iguales ante la ley (Constitución de Puerto Rico, 1952). Además, existen varias leyes relativas a esta política. Estas políticas públicas contienen disposiciones dirigidas a garantizar que los servicios de atención a los adultos mayores estén disponibles y sean accesibles para el conjunto de la población. Sin embargo, nada en las leyes examinadas ni en los reglamentos dispone que sean gratuitos y accesibles para los grupos de bajos ingresos. Los servicios de auxiliares para las personas de edad avanzada están sujetos a que se demuestre la necesidad del servicio, o sea que la persona no pueda valerse por sí misma para su cuidado personal, manejo del hogar y que carece de familiares que puedan atender sus necesidades o los existentes están imposibilitados de hacerlo. Para las personas adultas mayores de bajos ingresos, la Ley Núm. 168-2000 procura que los hijos e hijas contribuyan a su sostenimiento. Este programa no llega a las zonas y poblaciones más desatendidas y a las personas en mayor riesgo de exclusión porque no necesariamente los familiares de las personas adultas mayores cuentan con recursos para colaborar en el sostenimiento económico de estos y estas.

Según estimados de población del Censo de 2020, había 880,693 personas de más de 60 años (Oficina del Procurador de Personas de Edad Avanzada, 2022). En Puerto Rico es muy probable que las y los adultos mayores con necesidades de cuidados sean muchos más que los 4,024 que al presente están recibiendo servicios bajo el Departamento de la Familia. Por ello entendemos que el gobierno no cuenta con los recursos humanos y las capacidades técnicas suficientes para aplicar esta política.

El impacto de las medidas de austeridad en los servicios de cuidados a personas adultas mayores fue abordado por una de las personas expertas entrevistadas. En opinión de José Caraballo Cueto:

Así que... las personas, hoy día en Puerto Rico tenemos cada día más una población adulta mayor en Puerto Rico porque la población está envejeciendo rápidamente en Puerto Rico y hay pues menos nacimientos y hay más personas migrando en edad productiva y en edad reproductiva también. De forma tal que el segmento poblacional que más está creciendo es ese segmento de adultos mayores. Pues si ya eso es una realidad demográfica, eso es un hecho, eso es algo que yo no puedo debatirlo y yo no hago nada con el Plan Fiscal para atender esa realidad pues yo sé entonces que voy a estar afectando esas poblaciones más porque las estoy dejando, lo que llamarían en inglés "underserved", que es las que estoy sirviendo por debajo de lo que necesitan. (2022)

En las entrevistas se documenta que las políticas de cuidados de adultos mayores es un servicio esencial. Por ello, la sociedad civil debe estar pendiente del manejo del presupuesto, de la asignación de fondos públicos que deben ir dirigidos a atender estos servicios entre los servicios esenciales. El enfoque debe ser que primero deben establecerse cuáles son los servicios esenciales y luego, la aportación de fondos públicos necesaria para proveerlos.

5. Prestaciones de protección social en relación a los cuidados no remunerados

En esta sección discutimos el tema de las políticas públicas relacionadas a las prestaciones sociales que reciben o no las personas encargadas de los cuidados que no reciben remuneración. Las prestaciones sociales se refieren a aquellas protecciones para personas en situaciones de vulnerabilidad que buscan atender desigualdades por razón de pobreza y exclusión. La CEPAL establece que los sistemas de protección social buscan "construir sociedades más justas e inclusivas, y a garantizar niveles mínimos de vida para todos" (Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL], s. f.).

² Esta interpretación de la perspectiva de género se puede ver en diferentes sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, véase las sentencias SP919-2020, SP922-2020, SP931-2020, SP1270-2020, SP1729-2020, SP3002-2020, SP3274-2020, SP4624-2020, SP1289-2021, SP1793-2021, SP3614-2021, SP3583-2021, SP5451-2021 y SP849-2022.

Las responsabilidades de cuidado limitan el acceso que tienen las mujeres a algunas protecciones sociales, particularmente cuando se realizan en el trabajo informal o en los propios hogares. En estas circunstancias las mujeres y niñas por lo general se encuentran sin protección ante situaciones de enfermedad, embarazo, desempleo y vejez. Los indicadores analizados fueron: pensión pública; políticas de transferencias monetarias en relación con los cuidados; comidas en comedores escolares o cupones para alimentos para estudiantes; y programas de obras públicas sensitivas.

Uno de los indicadores aborda el tema de las pensiones de retiro en el trabajo no remunerado. Las pensiones de retiro son prestaciones esenciales para garantizar condiciones de vida mínimas durante la vejez. Las mujeres que se dedican al trabajo de cuidados no remunerado o en sus propios hogares por lo general no cuentan con protecciones sociales para la vejez y por lo tanto nunca pueden retirarse de estas labores, lo que afecta su salud y la dignidad de sus vidas.

En la investigación se evaluaron 20 criterios sobre el sistema público de pensiones. En total el indicador obtuvo 0 puntos, lo que representa un 0% del total de puntuación posible. Conforme a la métrica establecida en la Tabla de puntuación, un 0% implica un grado de transformación de 0 lo que indica que no existen políticas públicas al respecto. Los resultados indican claramente que en Puerto Rico no existen políticas públicas de protección social para las mujeres que se dedican al trabajo de cuidados informal o en sus propios hogares.

A las personas que trabajan en el sector informal no se les garantiza una pensión pública. Estas personas dependen de la asistencia gubernamental que es limitada y está condicionada a las aportaciones del gobierno de los Estados Unidos. Existen leyes que establecen un sistema de retiro para personas empleadas por el gobierno central, corporaciones públicas; en el empleo privado es opcional; y no existen leyes para las personas que trabajan en el sector informal. Esto implica que estas personas se encuentran sin protección alguna durante la vejez. Tampoco existen políticas públicas en Puerto Rico que protejan a las personas que no trabajan asalariadamente o que trabajan en el sector informal por razón de enfermedad, invalidez, edad avanzada, desempleo o fallecimiento.

Las medidas de austeridad impuestas por la Junta de Supervisión Fiscal afectan las pensiones de retiro de las personas empleadas del gobierno. Esto tiene un impacto también en los cuidados, en la medida en que estas personas tendrán que utilizar lo poco que recibirán en el cuidado de familiares que ya no recibirán dinero por los recortes. Estas medidas ponen a las personas encargadas del cuidado y a las personas que necesitan de cuidados en una situación precaria que afecta sus condiciones de vida. Eva Prados nos indicó:

[P]ero también tienes el caso de la que... de la pensionada, que misma decía, óyeme, parte de mi pensión se va a tener que ir a cubrir las necesidades de esta persona a quien yo, a mi esposo, a mi hermana, a mi mamá porque de repente su pensión se va a ver más afectada. Porque, por ejemplo, podemos tener personas de la empresa privada que van a tener que utilizar su pensión de la empresa privada para ayudar a su familiar para cubrir sus necesidades. Así que se encarece también la... o sea, esto va a implicar una, un... ay, no sé como decirle, pero un recorte de alguna manera también a las pensiones de las personas y las mujeres del sector privado que tengan sus propias fuentes de ingreso o el encarecimiento que eso va a significar para la vida del cuidador, que pues sabemos que en esa etapa los costos de salud son mayores. Estamos hablando de muchas hospitalizaciones, muchos medicamentos, un montón de cosas en esa etapa. Este...ya lo que tiene que ver con esos otros temas sí, relacionado a la deuda, tendría de nuevo pensar en qué expectativas hay de que eso requiera unos recursos económicos. (2022).

6. Lugares de trabajo que apoyan los cuidados no remunerados

En este ámbito se estudiaron las medidas que favorecen la conciliación entre la vida personal y la laboral. Las políticas públicas que establecen el derecho a las licencias por enfermedad, maternidad y paternidad, horarios flexibles, tiempo y espacio para la lactancia, medidas preventivas y de protección contra la violencia de género y centros de cuidado en los lugares de trabajo, tienen un efecto positivo en los trabajos de cuidado no remunerados que llevan a cabo los y las trabajadoras. Por ejemplo, el reconocimiento de las licencias por maternidad, paternidad y por enfermedad, y los esquemas de trabajo flexibles contribuyen a mejorar el equilibrio entre el trabajo remunerado o asalariado y las responsabilidades de cuidados no remuneradas.

Por otro lado, el ofrecer flexibilidad a hombres y mujeres en su papel de cuidadores (tanto de niñas y niños como de adultos) facilita la redistribución del trabajo de cuidados y la conciliación

entre las responsabilidades del trabajo remunerado y las de los cuidados no remunerados. También favorece la salud física y mental de las trabajadoras y trabajadores y mejora la capacidad de los empleadores para contratar y retener mano de obra.

Se espera que las licencias remuneradas por maternidad y paternidad incentiven y apoyen un rol igualitario por parte de los hombres como proveedores de cuidados, redundando en el que las mujeres tengan acceso a empleos seguros y a tiempo completo, reduciendo a su vez la brecha salarial de género. Por lo que las licencias por maternidad y paternidad deben ser universales, y ofrecer cobertura a hombres y mujeres tanto en el sector formal como en el informal, independientemente de su sexo, identidad de género y orientación sexual, o de si son padres/madres biológicos o adoptivos.

Los indicadores estudiados para esta política fueron: licencia remunerada por enfermedad; licencia remunerada por maternidad y paternidad de carácter equitativo; horarios de trabajo flexibles; servicios de cuidado infantil en el lugar de trabajo; lactancia en el lugar de trabajo; prevención de la discriminación, el acoso y la violencia por razones de género en el lugar de trabajo.

En este ámbito seleccionamos dos indicadores: licencia de maternidad y paternidad y acceso a servicio de cuidado diurno para la niñez en el lugar de trabajo. Sobre el primer indicador evaluamos si las políticas públicas sobre licencias de maternidad y paternidad, reconocen las responsabilidades de los progenitores en el cuidado de sus hijos e hijas. Evaluamos si estas licencias proveen tiempo suficiente, remuneración adecuado, si son intransferibles y si incentivan el que tanto los hombres como las mujeres proporcionen los cuidados a sus hijos e hijas. Se entiende que mientras más igualitarias y generosas sean estas políticas, más facilitarán la redistribución del trabajo de cuidados entre hombres y mujeres.

La investigación evaluó 21 criterios sobre el indicador de licencia remunerada por maternidad o paternidad. En total el indicador obtuvo 4.5 puntos, lo que representa un 21% del total de puntuación posible. Conforme la métrica establecida en la Tabla de puntuación, un 21% implica un grado de transformación de 2. Esto significa que existen políticas públicas con potencial de ser transformadoras, pero no protegen a todas las poblaciones o la implantación es muy limitada; por lo que el nivel de transformación también lo es.

Existen políticas públicas sobre licencia remunerada por maternidad y paternidad, *Ley de Protección de Madres Obreras*, según enmendada, Ley Núm. 3 de 13 de marzo de 1942, y la *Ley para la Administración y Transformación de los Recursos Humanos del Gobierno de Puerto Rico*, Ley Núm. 8-2017. Éstas solo cubren un periodo de descanso limitado y diferenciado por el plazo de tiempo de las licencias. En el caso de la licencia por maternidad, la ley provee un periodo máximo de descanso de ocho (8) semanas, puede extenderse cuatro (4) semanas adicionales para el cuidado y atención de la criatura recién nacida. La licencia por maternidad también está disponible en caso de una adopción. Si la persona adoptada cuenta con menos de cinco (5) años de edad, la empleada tendrá los mismos beneficios que se le reconocen a una empleada que ha parido. En el caso de una adopción de un hijo o hija de más de seis (6) años de edad, la licencia por maternidad se reduce a 15 días.

La licencia por paternidad es más limitada que la concedida a las madres obreras. Ésta provee un periodo de tiempo de descanso de 15 días al empleado, que se computa a partir de los siguientes eventos: la fecha del nacimiento de su hijo o hija; la fecha en que recibe en su núcleo familiar a un hijo o hija adoptada. Si el empleado adopta individualmente a una persona menor de cinco años, tendrá un periodo de ocho (8) semanas de descanso. En el caso de que la persona adoptada cuente con seis (6) años o más, el periodo de licencia de paternidad se reduce a 15 días. Si los trabajadores o las trabajadoras quisieran dedicar más tiempo del establecido por la ley para el cuidado de sus hijos o hijas, podrían solicitar una licencia sin sueldo por un periodo máximo de seis (6) meses.

Las licencias por maternidad y paternidad no están disponibles para quienes rinden servicios como contratistas independientes. La política pública contempla, además, la concesión de la licencia por complicaciones prenatales o posteriores al parto, parto prematuro, o muerte de la criatura previo a finalizar el periodo de la licencia. En el caso de un aborto, la empleada solo podrá utilizar la licencia por maternidad si el aborto le produce los mismos efectos fisiológicos que regularmente surgen como consecuencia de un parto, y de acuerdo a la certificación que emita el personal médico que la atendió. Por otro lado, la política no se expresa sobre la gestación por subrogación o algún otro método de reproducción asistida.

Las políticas públicas no disponen para la disponibilidad de esta licencia para las personas que trabajan en el sector informal. Las políticas públicas hacen referencia limitada a la estructura familiar

y no se expresan sobre la orientación sexual de la persona trabajadora. En el caso de la licencia por maternidad, la referencia que se utiliza es el sexo, ya que solo aplica a las mujeres.

El otro indicador seleccionado es el acceso a servicios de cuidado diurno a la niñez en o cerca del lugar de trabajo. Los servicios de cuidado diurno permiten reducir el tiempo de viaje al trabajo y redistribuir el trabajo de cuidados desde las familias al sector privado y al gobierno. Estas políticas deben garantizar que las instalaciones de los centros de cuidado sean asequibles y de calidad, ofrezcan espacios seguros para la niñez y cuenten con personal cualificado y adecuadamente remunerado. Es importante que quienes trabajan en el sector informal, que probablemente tengan menor acceso a centros de cuidados privados, también cuenten con este servicio en el lugar de trabajo.

La investigación evaluó 19 criterios sobre servicios de los centros de cuidado infantil en el trabajo. En total el indicador obtuvo 0.5 puntos, lo que representa un 3% del total de puntuación posible. Conforme a la métrica establecida en la Tabla de puntuación, un 3% implica un grado de transformación de 1. Esto significa que existe una política pública al respecto, pero no es transformadora.

Existe una política pública para el establecimiento de centros de cuidado diurno para la niñez preescolar en las oficinas gubernamentales, *Ley para la creación de centros de cuidado diurno para niños en edad preescolar en los Departamentos, Agencias, Corporaciones o Instrumentalidades Públicas del Gobierno de Puerto Rico* Ley Núm. 84-1999, según enmendada. Esta prestación no se extiende al sector laboral privado. Además, el acceso a los centros de cuidado en las oficinas gubernamentales se ha visto limitado por la falta de fondos para su administración y funcionamiento, provocando que las personas empleadas en el sector gubernamental se vean obligadas a costear el servicio privado.

En una vista pública ante la Comisión de Derechos Humanos y Asuntos Laborales del Senado celebrada en enero de 2022, un representante de la Secretaria del Departamento de la Familia expresó que las agencias gubernamentales incumplen con el mandato de la Ley Núm. 84-1999 e indicó que esa agencia solo tiene cuatro centros de cuidado diurno para la niñez preescolar, tres de los cuales están en San Juan. Explicó que a pesar de que se crearon 13 centros de cuidado diurno en el Departamento de Educación, solamente queda uno abierto.

Un representante del Departamento de Educación explicó que los cierres se deben a la disminución de la matrícula de estudiantes, que ha provocado el cierre de escuelas, y a la falta de fondos recurrentes. Representantes de la Oficina de Gerencia y Presupuesto, la Autoridad de Asesoría Financiera y de la Agencia Fiscal de Puerto Rico y de la Oficina de Administración y Transformación de los Recursos Humanos expresaron que no cuentan con centros de cuidado diurno porque no se ha presentado la necesidad de proveer el servicio. Por otro lado, la situación para las y los trabajadores públicos enfrenta el aumento en los costos de los centros de cuidado privados, algunos de los cuales vienen advirtiendo desde el 2022 sobre el alza en sus costos de matrícula y mensualidad debido a la inflación y al aumento del salario mínimo aprobado (Torres Nieves, V. M., 26 de enero de 2022 y Montalván Ríos, E., 30 de mayo de 2022).

7. Conclusiones

En esta sección presentamos un resumen de algunas de nuestras conclusiones :

A. La mayoría de las personas cuidadoras en Puerto Rico realizan las tareas de cuidados sin paga, en sus hogares o en la economía informal, sin seguridad ni beneficios laborales, de salud ni de pensión de retiro.

B. Las políticas públicas no reconocen, valoran, compensan ni están dirigidas a redistribuir el trabajo de cuidados que todavía recae mayormente en las mujeres.

C. Las políticas y normativas de protección a trabajadoras y trabajadores por lo general excluyen a las personas que se dedican al trabajo de cuidados remunerado en el sector informal o al trabajo de cuidados no remunerado.

D. Concluimos que no existen políticas públicas en Puerto Rico para ofrecer protecciones sociales para personas que se dedican al trabajo de cuidados remunerado en el sector informal ni para aquellas que realizan trabajos de cuidados no remunerados. Esto provoca que estas personas, en su mayoría mujeres, no cuenten con protecciones laborales tales como, licencias por maternidad y paternidad ni acceso a servicios de cuidado infantil en el lugar de trabajo .

E. Por otra parte, las normativas laborales existentes no propenden a la redistribución del trabajo de cuidados, sino a permitir tiempo adicional limitado, para que las mujeres que trabajan

asalariadamente puedan cuidar a sus familiares o personas a su cargo.

F. La crisis fiscal gubernamental y las medidas para atenderla priorizan en el pago de la deuda pública en lugar de establecer la asignación presupuestaria para la provisión de estos servicios esenciales.

G. La imposición de políticas neoliberales de austeridad y privatización reducen los servicios públicos y generan impuestos regresivos que afectan a toda la población, pero tienen un impacto agravado sobre las poblaciones que enfrentan situaciones de vulnerabilidad.

H. Las medidas de austeridad impuestas por las políticas neoliberales impulsadas por la Junta de Supervisión Fiscal y adoptadas por el gobierno de Puerto Rico, impactan directamente tanto el trabajo de cuidados no remunerado como el remunerado. Estas han encarecido o limitado los servicios esenciales como el servicio de energía eléctrica y el servicio de agua corriente o potable, lo que afecta de manera particular a las personas que ofrecen servicios de cuidado y aquellas que viven en áreas rurales con limitados recursos económicos.

I. La falta de servicios de cuidado para la niñez y para las personas envejecientes, provoca que estas necesidades de cuidado sean provistas por las familias, en particular por las mujeres.

J. De otra parte, estas medidas de austeridad también han implicado la reducción en el empleo público, lo que afecta la oferta de servicios gubernamentales.

Concluimos que, a pesar de que en Puerto Rico hay algunas políticas públicas sobre el trabajo de cuidados, éstas no protegen a las personas que prestan estos servicios de forma remunerada en el sector informal ni aquellas que lo realizan sin remuneración, por lo que el nivel de transformación que podrían alcanzar resulta ser limitado. Las políticas públicas no reconocen la contribución de todas las formas de trabajo; tampoco reducen las tareas de cuidado no remunerado para quienes las realiza, lo que les impide incorporarse a otros aspectos de la vida social, política y económica; no redistribuyen las tareas de cuidados equitativamente entre todos los sectores (mujeres, hombres, gobierno, sector privado, familias y comunidades); y no se brinda remuneración justa ni provee protecciones sociales a las personas que se dedican al trabajo de cuidado .

Referencias bibliográficas

- Acueductos Rurales Non-PRASA. (s. f.). Recuperado de <http://www.recursosaguapuertorico.com/Acueductos-NonPRASA.html>.
- Administración de Familias y Niños del Departamento de la Familia. (2010). Reglamento para la prestación del servicio de auxiliares en el hogar a personas de edad avanzada y adultos con impedimentos (Núm. 7931 de 18 de octubre de 2010), Sección 6.2, inciso 1.
- Autoridad de Acueductos y Alcantarillados de Puerto Rico (AAA). (1976). Ley 136 de 3 de junio de 1976. https://www.acueductospr.com/documents/20142/34603/ley_136_3jun76_enmenb.pdf/9e6a1a63-6a41-3e30-44c3-6524876abc9e?t=1573667549820.
- Caraballo-Cueto, J. (noviembre de 2021). Un Análisis de la Inversión en la Educación Pública de Puerto Rico. Observatorio de la Educación Pública en Puerto Rico (CEMGAP), Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras. Recuperado de <https://filantropiapr.org/wp-content/uploads/2022/05/Estudio-2021-JCaraballo.pdf>.
- Centro de Periodismo Investigativo. (2022, 9 de septiembre). Desalentador el proceso para formalizar los acueductos comunitarios. Recuperado de <https://periodismoinvestigativo.com/2022/09/desalentador-el-proceso-para-formalizar-los-acueductos-comunitarios/>
- CISS-Bienestar. (2022). Sistema Nacional Integrado de Cuidados de Uruguay. Recuperado de <https://ciss-bienestar.org/wp-content/uploads/2022/02/sistema-nacional-integrado-de-cuidados-de-uruguay.pdf>.
- Coffey, C., Espinoza Revollo, P., Harvey, R., Lawson, M., Parvez Butt, A., Piaget, K., Sarosi, D., y Thekkudan, J. (2020). Tiempo para el cuidado. El trabajo de cuidados y la crisis global de desigualdad. Oxfam Internacional. Recuperado de <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/620928/bp-time-to-care-inequality-200120-es.pdf>.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (s. f.). Acerca de los sistemas de protección social. Recuperado de <https://dds.cepal.org/proteccionsocial/sistemas-de-proteccion-social/acerca>
- Confederación Sindical Internacional. (s. f.). Care Economy. Recuperado de https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/es_care_economy_-_v3.pdf.
- Constitución de Puerto Rico, 1 LPRA.
- Elson, D. (2017). Recognize, Reduce and Redistribute Unpaid Care Work: How to Close the Gender Gap (pp. 52-61). *Feminist Economics*, 23(1), 52-61. <https://doi.org/10.1177/1095796017700135>.
- González Baéz, M., Otón Olivieri, P., Reyes Gil, Y. y Vicente, E. (2024, febrero). Políticas Públicas y el Trabajo de Cuidados en Puerto Rico [Informe]. Recuperado de <https://www.inter-mujeres.org/informe-politicas-publicas-y-el-trabajo-de-cuidados-en-puerto-rico/> y <https://www.inter-mujeres.org/wp-content/uploads/2024/03/Anejo-2-Fuentes-de-Verificacion-Informe-Inter-Mujeres-Politicas-Publicas-y-el-Trabajo-de-Cuidados-en-Puerto-Rico.pdf>.
- Ley de Asignaciones Complementarias de Respuesta y Alivio por Coronavirus (Coronavirus Response and Relief Supplemental Appropriations, CRRSA), 2021, Ley Pública N.º 116-260, 27 de diciembre de 2020.
- Ley de Ayuda, Alivio y Seguridad Económica por Coronavirus (Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security, CARES), Ley Pública N.º 116-136, 27 de marzo de 2020.
- Ley de Protección de Madres Obreras, según enmendada, Ley Núm. 3 de 13 de marzo de 1942.
- Ley del Plan Estadounidense de Ayuda Económica (ARP) de 2021, Ley Pública N.º 117-2, 11 de marzo de 2021.
- Ley Núm. 76-2013. Ley del Procurador de las Personas de Edad Avanzada del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.
- Ley Núm. 94 de 22 de junio de 1977. Ley de Establecimientos para Personas de Edad Avanzada.

- Ley Núm. 121-2019. La Carta de Derechos de la Persona de Edad Avanzada de Puerto Rico.
- Ley Núm. 168-2000. Ley para el Fortalecimiento del Apoyo Familiar y Sustento de Personas de Edad Avanzada.
- Ley para la Administración y Transformación de los Recursos Humanos del Gobierno de Puerto Rico, Ley Núm. 8-2017.
- Ley para la creación de centros de cuidado diurno para niños en edad preescolar en los Departamentos, Agencias, Corporaciones o Instrumentalidades Públicas del Gobierno de Puerto Rico, Ley Núm. 84-1999, según enmendada. Recuperado de <https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/Recursos%20Humanos/84-1999/84-1999.pdf>.
- Ministerio de Desarrollo Social (Uruguay). (s. f.). Conoce el Sistema Nacional Integrado de Cuidados. Recuperado de <https://www.gub.uy/sistema-cuidados/comunicacion/publicaciones/conoce-sistema-nacional-integrado-cuidados>.
- Montalván Ríos, E. (30 de mayo de 2022). Los centros de cuidado infantil aumentan sus tarifas. El Vocero. Recuperado de https://www.elvocero.com/economia/otros/los-centros-de-cuidado-infantiles-aumentan-sus-tarifas/article_475dc78a-dfa9-11ec-9464-0b6e8fdffca5.html.
- Normas para la organización y el funcionamiento general del Proyecto Refuerzo Académico Extendido 2022-2023. (26 de julio de 2022). <https://intraedu.dde.pr/Comunicados%20Oficiales/202207291655-Firmado.pdf>.
- Observatorio de Igualdad de Género en América Latina y el Caribe. (s. f.). Leyes de cuidado, que recoge la legislación de cuidado existente a nivel nacional y subnacional contenida en las cartas constitucionales y otros instrumentos legislativos. Recuperado de <https://oig.cepal.org/es/leyes/leyes-de-cuidado>.
- Oficina del Procurador de Personas de Edad Avanzada. (2022). Perfil Demográfico de la Población de Edad Avanzada: Puerto Rico y el Mundo, 2022 (p. 21). Recuperado de <https://agencias.pr.gov/agencias/oppea/procuraduriaprogramas/Informacin/Perfil%20Demogr%C3%A1fico%20Personas%20Edad%20Avanzada%20%20PR%20y%20El%20Mundo%202022.pdf>.
- Organización Internacional del Trabajo. (2019). Resumen Ejecutivo: El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_633168.pdf.
- Organización Internacional del Trabajo. (2019). El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_737394.pdf.
- Oxfam, et al., Tabla de puntuación de las políticas de cuidados: Herramienta para evaluar el progreso de los países hacia un entorno de políticas propicio [Documento PDF]. Recuperado de <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/621287/bp-care-policy-scorecard-240921-es.pdf;jsessionid=0232D236A12F3AEEC4CEF58098C3A536?sequence=16>.
- Oxfam. (2023). US Care Policy Scorecard: Assessing Federal Unpaid and Underpaid Care Policies in the US. Recuperado de: [https://www.oxfamamerica.org/explore/researchpublications/uscarescorecard/#:~:text=The%20US%20Care%20Policy%20Scorecard,unpaid%20care%20work%20\(UUCW\)](https://www.oxfamamerica.org/explore/researchpublications/uscarescorecard/#:~:text=The%20US%20Care%20Policy%20Scorecard,unpaid%20care%20work%20(UUCW)).
- Pautassi, L. (2018). El cuidado como derecho. Un camino virtuoso, un desafío inmediato. Revista de la Facultad de Derecho de México, 68(272), 719. <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.272-2.67588>.
- Puerto Rico Oversight, Management and Economic Stability Act of 2016, Pub. L. No. 114-187, 130 Stat. 549 (2016).
- Reglamento para el Licenciamiento y Supervisión de Establecimientos para el Cuidado de Personas de Edad Avanzada, Núm. 7507 de 14 de mayo de 2008.
- Reglamento para la prestación del servicio de auxiliares en el hogar a personas de edad

avanzada y adultos con impedimentos de la Administración de Familias y Niños del Departamento de la Familia, Núm. 7931 de 18 de octubre de 2010.

- Rico, M. N., & Robles, C. (2016). Políticas de cuidado en América Latina: Forjando la igualdad. Santiago: CEPAL.
- Torres Nieves, V. M. (26 de enero de 2022). Sin centros de cuidado para niños las agencias públicas. TODAS. Recuperado de <https://www.todaspr.com/sin-centros-de-cuidado-para-ninos-las-agencias-publicas/>.
- Torres Santana, A. (Ed.). (2021). Los cuidados: Del centro de la vida al centro de la política. Santiago: Friedrich-Ebert-Stiftung. Recuperado de <https://library.fes.de/pdf-files/bue-ro/chile/18037.pdf>.
- Valenzuela, M. E., Scuro, M. L., & Vaca Trigo, I. (2020). Desigualdad, crisis de los cuidados y migración del trabajo doméstico remunerado en América Latina. Serie Asuntos de Género, N° 158 (LC/TS.2020/179). Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

RESEÑAS



VOLUMEN 2 / NÚMERO 2
[2024]

Libertad religiosa, Libertad para discriminar: *303 Creative LLC, et al. v. Aubrey Elenis, et al.*

Autora

Yanira Reyes Gil*

Los movimientos religiosos conservadores siguen ocupando espacios institucionales y logrando instituir estrategias para socavar los adelantos alcanzados por sectores sociales particularmente en materia de derechos para las mujeres o la comunidad LGBTQI+. Sus discursos y prácticas salen de los espacios privados de las iglesias y se instauran en lo público logrando ocupar puestos en los gobiernos, aprobación de políticas públicas y promover pleitos en los tribunales para imponer su doctrina moral religiosa o para coartar derechos. Una de sus estrategias es reclamar libertad de religión para oponerse al cumplimiento de mandatos legales que garantizan derechos. Se trata de una estrategia legal que utiliza el discurso de la libertad para negar la libertad política y sexual de mujeres y de la comunidad LGBTQI+. Juan Marco Vaggione define la estrategia:

Uno de los enmarques políticos del activismo religioso conservador es considerar que los feminismos, movimientos LGBTQI+ y sus demandas responden a una agenda anti-religiosa. Términos como "secularismo radical", "ideología secular" o "cristofobia" son utilizados para señalar la existencia de un programa ideológico que, bajo el manto de los derechos sexuales y reproductivos, ataca las creencias y prácticas religiosas. De este modo, la libertad religiosa emerge como un valor lesionado frente a los cambios legales y las políticas públicas. (Vaggione, 2022, p. 3)

Esta tendencia se puede observar a nivel mundial. En Estados Unidos y particularmente durante la presidencia de Donald Trump se impulsó la libertad religiosa para referirse a políticas que buscan establecer excepciones a protecciones de derechos civiles y políticos basados en las preferencias religiosas de quienes deben defender u observar esos derechos. Es decir, se superpone la religiosidad del funcionario público o privado por encima de los derechos de las mujeres y la comunidad LGBTQI+ en particular. La administración de Trump redefinió el concepto de libertad religiosa como una licencia amplia para discriminar. Esta estrategia es utilizada por funcionarios públicos para oponerse a ofrecer servicios públicos o por personas privadas para negar servicios comerciales.



VOLUMEN 2 / NÚMERO 2
[2024]

En busca de legitimar la estrategia, los sectores del conservadurismo religioso acuden a los tribunales y han obtenido una serie de victorias judiciales recientes que priorizan sus creencias por sobre los derechos.

En 2014, el Tribunal Supremo de Estados Unidos falló a favor de Hobby Lobby (*Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682, 2014), una tienda de suministros de arte y artesanía, que se oponía a proporcionarle seguro médico con cobertura de anticonceptivos a sus empleados y empleadas. Argumentaron que exigirle que tenían que proporcionar cobertura de seguro médico para medicamentos anticonceptivos violaba su libertad religiosa. En *Masterpiece Cakeshop (Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al., Petitioners v. Colorado Civil Rights Commission, et al.*, 138 S. Ct. 1719, 2018), el Tribunal falló a favor de una repostería que negó el servicio a una pareja del mismo sexo que ordenó un pastel para su boda. El repostero solicitó una excepción a la aplicación de la ley de Colorado que prohíbe la discriminación basada en la orientación sexual en lugares públicos. En el caso *Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru* (140 S. Ct. 2049, 2020), el Tribunal sostuvo que la excepción ministerial -una doctrina basada en el derecho a la libertad de expresión que impide la aplicación de leyes antidiscriminatorias a "reclamaciones relativas a la relación laboral entre una institución religiosa y sus ministros"- impedía a los profesores y profesoras de escuelas religiosas presentar reclamaciones por discriminación por discapacidad y edad. En el caso *Fulton v. City of Philadelphia* (141 S. Ct. 1868, 2021), el Tribunal dictaminó que se habían violado los derechos de libertad de culto de una agencia de colocación provisional de menores ("foster care" en inglés) por Servicios Sociales Católicos (CSS) cuando la ciudad se negó a renovar el contrato de la agencia basándose en su negativa a seleccionar o colocar a menores de edad con parejas del mismo sexo.

El caso *303 Creative LLC, et al. v. Aubrey Elenis* es una muestra reciente de cómo el reclamo de "libertad" de culto se utiliza como estrategia legal para incumplir mandatos de ley que buscan reducir la discriminación. En el año 2008, el estado de Colorado codificó las leyes contra la discriminación a través de la Ley contra la Discriminación de Colorado (CADA) para proteger el derecho a acceder a los establecimientos públicos sin discrimen por razón de "orientación sexual", "identidad de género" o "estado civil" de la persona. La CADA prohíbe a todos los "establecimientos públicos" denegar "el disfrute pleno y en condiciones de igualdad" de sus bienes y servicios a cualquier cliente por motivos de raza, credo, discapacidad, orientación sexual u otros rasgos enumerados por la ley (Colo. Rev. Stat. §24-34-601(2)(a)). La ley define el concepto de "establecimiento público" en sentido amplio, de modo que incluye casi todos los espacios o comercios que reciben público (§24-34-601(1)). Tanto los funcionarios del Estado como las personas particulares pueden entablar acciones para hacer cumplir la ley. La ley define la discriminación no sólo como la negativa a proporcionar bienes o servicios, sino también la publicación de cualquier comunicación que diga o implique que el patrocinio de una persona no es bienvenido debido a una característica protegida.

¹Utilizo aquí el concepto conservadurismo religioso según explicado por María Angélica Peñas Defago, José Manuel Morán Faúndes y Juan Marco Vaggione en su informe Conservadurismos religiosos en el escenario global: Amenazas y desafíos para los derechos LGBTI. "En primer lugar, más allá de las diversas formas en que las religiones sostienen el patriarcado y la heteronormatividad, el concepto "conservadurismo religioso" nos permite resaltar el uso político de la religión para limitar el avance de los derechos defendidos por los movimientos LGBTI y feministas. Segundo, este impacto político de las religiones apunta a preservar un orden sexual que se considera amenazado por las influencias locales y transnacionales de estos dos movimientos. Muchas de las acciones movilizadas por los activismos religiosos son reacciones a las demandas de cambios que cuestionan la legalidad y la legitimidad del sistema patriarcal y heteronormativo dominante, un orden que todavía se basa en gran medida en las narrativas religiosas." (Peñas, Morán y Vaggione, 2018, p. 5)



VOLUMEN 2 / NÚMERO 2

[2024]

En el 2016, la diseñadora de páginas de internet y única propietaria de 303 Creative LLC, Lorie Smith, interpuso una demanda alegando que la ley de no discriminación de Colorado violaba su derecho a la libertad de expresión recogido en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. En concreto, alegó que no quería crear sitios web de bodas para parejas del mismo sexo porque hacerlo la obligaría a "hablar" a favor de algo que iba en contra de sus "sinceras creencias religiosas".

Es importante mencionar que al momento de la presentación de la demanda, la Sra. Smith no se dedicaba a la creación de páginas de internet para bodas. Su compañía ofrecía diseño gráfico y de páginas web, así como asesoramiento de mercadeo. Alegó que había decidido ampliar su oferta e incluir servicios para parejas que buscan sitios web para sus bodas. Según sus alegaciones, sus sitios web proporcionarían a las parejas textos, gráficos y videos para "celebrar" y "transmitir" los "detalles" de su "historia de amor única". Los sitios web hablarían de cómo se conoció la pareja, explicarían sus antecedentes, familias y planes de futuro, y proporcionarían información sobre su próxima boda. Todos los textos y gráficos de estos sitios web serían creaciones originales y personalizadas. Por esta razón, la Sra. Smith alegó que estos sitios web serían de "naturaleza expresiva", diseñados "para comunicar un mensaje particular". (303 Creative, 2023, p. 1-2). Además, la demandante tenía la intención de publicar un anuncio en el que advertía que no vendería sus servicios de páginas de bodas a parejas del mismo sexo.

La creadora de páginas web manifestó que le preocupaba que, de entrar en el negocio de las páginas web de bodas, el Estado la obligaría a transmitir mensajes incompatibles con su creencia de que el matrimonio debe reservarse a las uniones entre un hombre y una mujer. Por tal razón, presentó una demanda para "aclarar sus derechos" en la que solicita una orden que impidiera que el estado de Colorado la obligara a crear páginas web para bodas que son contrarias a sus creencias religiosas (303 Creative, 2023, p. 3). Es importante recalcar que la Sra. Smith no había creado ni una sola página de bodas, no había recibido peticiones para bodas de parejas de mismo sexo, ni había recibido ninguna notificación o acción por parte del estado. A pesar de la naturaleza especulativa de sus alegaciones, el Tribunal de Apelaciones del Décimo Circuito sostuvo que la Sra. Smith estaba legitimada para demandar. A juicio de ese tribunal, ella había demostrado una amenaza creíble de que si seguía adelante con sus planes de ofrecer servicios de sitios web de bodas Colorado invocaría la CADA para obligarla a crear un mensaje en el que no creía ni apoyaba.

La mayoría conservadora del Tribunal Supremo de Estados Unidos determinó que la producción de estas páginas de internet son una expresión protegida bajo la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. Señala la opinión mayoritaria que:

...la Primera Enmienda protege el derecho de un individuo a decir lo que piensa, independientemente de si el gobierno considera que su discurso es sensato y bien intencionado o profundamente "equivocado", [citas omitidas], y susceptible de causar "angustia" o "dolor incalculable", [cita omitida]. ... Generalmente, también, el gobierno no puede obligar a una persona a expresar sus propios mensajes preferidos... Tampoco importa si el gobierno pretende obligar a una persona a decir su mensaje cuando preferiría permanecer en silencio o forzar a un individuo a incluir otras ideas con su propio discurso que preferiría no incluir (traducción de la autora, 303 Creative, 2023, p.8-9)

⁴En los Estados Unidos y en Puerto Rico toda parte que presenta un reclamo debe tener acción legitimada o "standing". Bajo esta doctrina los tribunales solo pueden atender casos o controversias en donde la parte promovente presente un daño claro, presente, individual, no hipotético o abstracto (Fundación Surfrider v. ARPE, 2010 TSPR 37, 2010).



VOLUMEN 2 / NÚMERO 2
[2024]

La protección constitucional a la libertad de expresión bajo la doctrina del Tribunal Supremo de Estados Unidos protege aún a la expresión que causa angustia o que proyecta odio. La Primera Enmienda, determina la decisión, existe para proteger un "mercado desinhibido de ideas" y la libertad individual, lo que significa que el gobierno generalmente no puede obligar a una persona a adoptar los mensajes que entiende correctos. Las páginas web de bodas que Smith pretende crear en este caso se consideraron expresión protegida. Según el Tribunal, la ley de Colorado anti-discrimen obligaría a la demandante a expresar mensajes contrarios a sus creencias.

La mayoría del Tribunal optó por enfocarse en la expresión "artística" de la demandante, no en su conducta. Ignoró las consecuencias de validar un discrimen contra las parejas del mismo sexo y validó la colocación del aviso discriminatorio. El efecto discriminatorio de la negación de servicios y la colocación del aviso no fue abordado de manera prioritaria por la mayoría del Tribunal. No tomaron en cuenta los efectos del rechazo cuando señalan que la disponibilidad de otros diseñadores de sitios web para clientes LGBTQ+ hacen que el trato discriminatorio sea inofensivo. Al determinar que mientras una persona tenga otro lugar donde obtener los mismos (o relativamente los mismos) servicios, una empresa individual puede negarle el servicio basándose en una característica protegida, el Tribunal está creando, intencionadamente o no, una plataforma a través de la cual la doctrina de "separados pero iguales" puede volver a ser aceptable a nivel federal.

La doctrina de "separados pero iguales" establecía que la segregación racial no era inconstitucional siempre que las personas de diferentes razas tuvieran acceso a servicios o establecimientos públicos que fueran equivalentes (*Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 1896). Esta infame doctrina fue abandonada décadas atrás en otra decisión del Tribunal Supremo que trataba sobre la segregación en las escuelas (*Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 1954). La opinión disidente de la Jueza Sotomayor, a la que se unen las Juezas Kagan y Jackson, denuncia este resultado de manera contundente. "Hoy, el Tribunal, por primera vez en su historia, concede a un negocio abierto al público el derecho constitucional a negarse a servir a miembros de una clase protegida" (traducción de la autora, 303 Creative, 2023, p. 1 de la Opinión disidente). Enfatizan el efecto dañino que tiene permitir colocar el aviso que indica que no ofrecerá sus servicios para bodas de personas del mismo sexo (asunto que la opinión mayoritaria descartó).

En otras palabras, al igual que un negocio abierto al público no puede negarse a servir a sus clientes por motivos de raza, religión u orientación sexual, tampoco puede colgar un cartel que diga: "Prohibido el acceso a negros, musulmanes y homosexuales" (traducción de la autora, 303 Creative, 2023, p. 2 y 4 de la Opinión disidente).

La opinión disidente hace un trabajo extraordinario al explicar la importancia de las leyes antidiscriminatorias en los Estados Unidos precisamente para evitar la segregación. Resalta que uno de sus propósitos principales fue proteger la dignidad de grupos históricamente oprimidos de la humillación y marginación que ocasiona la exclusión de ciertos bienes o servicios. Discute, además, cómo a través del tiempo negocios y entidades comerciales han tratado de reclamar derechos constitucionales como excusa para discriminar. Esto ha ocurrido en el caso de los derechos de las mujeres, de las personas negras y de otros grupos protegidos. Sin embargo, denuncia que, hasta este caso, el Tribunal Supremo había rechazado estas artimañas. Con esta decisión, señala la Jueza, el Tribunal "se encoge", emitiendo una decisión errónea y que constituye "un día triste para el derecho constitucional y las vidas de la gente LGBT" (traducción de la autora, 303 Creative, 2023, p. 35 de la Opinión disidente).



VOLUMEN 2 / NÚMERO 2
[2024]

Resta por ver hasta dónde se extenderán estas excepciones religiosas o si esta decisión incluso puede utilizarse por sectores conservadores para oponerse por razones de libertad de expresión en funciones laborales o comerciales. Ya se han presentado algunos indicios de esta posibilidad. Por ejemplo, en Michigan afirmando erróneamente que una pequeña empresa tiene derecho a negarse a prestar servicios, un salón de belleza advirtió a las personas transexuales que se fueran a otra parte, concretamente a una peluquería de mascotas local (Impelli, 2023). Una escuela católica representada por el Becket Fund for Religious Liberty citó 303 Creative en una alegación ante el Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito para afirmar que el despido de un profesor que estaba casado con una persona del mismo sexo era una "asociación expresiva" protegida por la Cláusula de Expresión (Weiner, 2023). Y en el extremo más ridículo, una juez de Texas dice que se apoyará en *303 Creative* para reivindicar su reclamo de una exención religiosa para evitar tener que celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo (Schneid, 2023).

La petición de exenciones religiosas es un desafío a la integridad y la existencia de las protecciones de los derechos civiles de las personas LGBTQ+, los derechos de las mujeres y los derechos reproductivos. Las excepciones religiosas interfieren innegablemente en los derechos e intereses de las personas, y el objetivo del conservadurismo religioso es incrustar sus creencias religiosas en la ley para retroceder décadas de progreso en la extensión de los derechos civiles. Reclaman libertad para discriminar.



VOLUMEN 2 / NÚMERO 2

[2023]

Referencias

- Impelli, M. (11 de julio de 2023, 3:01 PM). Michigan hair salon refuses to serve transgender people. *Newsweek*. <https://www.newsweek.com/michigan-hair-salon-refuses-serve-transgender-people-1812313>
- Peñas Defago, Morán Faúndes y Vaggione (2018). Conservadurismos religiosos en el escenario global: Amenazas y desafíos para los derechos LGBTI. *Global Philanthropy Project*. <https://globalphilanthropyproject.org/2018/11/16/conservadurismos-religiosos-en-el-escenario-global-amenazas-y-desafios-para-los-derechos-lgbti/>
- Schneid, R. (13 de julio de 2023). Texas Judge Who Doesn't Want to Perform Gay Marriage Ceremonies Hopes Web Designer's Supreme Court Case Helps Her Fight. *Tex. Trib.* <https://www.texastribune.org/2023/07/12/texas-judge-gay-weddings-supreme-court/>
- Vaggione, J. M., (2022). La instrumentalización neoconservadora de la libertad. *Ciencias Sociales y Religión*, 24(), 1-23. <https://doi.org/10.20396/csr.v24i00.8671843>
- Weiner, R. (11 de julio de 2023, 12:38 PM). Firing of Gay Catholic School Teacher Could Test Latest Supreme Court Ruling, *Wash. Post*. <https://www.washingtonpost.com/dc-md-va/2023/07/11/supreme-discrimination-303-catholic-school/>

Decisiones judiciales

- 303 Creative LLC, et al. v. Aubrey Elenis, et al., 600 US 570, 2023
- Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483, 1954
- Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc., 573 U.S. 682, 2014
- Fulton v. City of Philadelphia, 141 S. Ct. 1868, 2021
- Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al., Petitioners v. Colorado Civil Rights Commission, et al., 138 S. Ct. 1719, 2018
- Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru, 140 S. Ct. 2049, 2020
- Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 1896

VOLUMEN 2 / NÚMERO 2
[2024]

Enfoque de género, mitos de violación y procesos por delitos sexuales

Comentario a la Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, del 1 de noviembre de 2023. Rad. 64028

Autoras

María Camila Correa Flórez*
María José García Prada**

Entre los años 2009 y 2015, Jhon Fredy Carvajal, esposo de Natalia Andrea Aguirre, "(...) de manera reiterada y sucesiva accedió carnalmente a su cónyuge por vía vaginal y anal, de manera violenta y sin su consentimiento, para lo cual la golpeaba, la sujetaba por el cuello, la agredía verbalmente y la amenazaba de muerte si no accedía a tener relaciones sexuales con él". (Corte Suprema, Rad. 64028, p. 2)

El último episodio de violencia se presentó el día 14 de octubre, cuando fue golpeada y accedida carnalmente y Carvajal le expresó, al día siguiente, "que ella era su esposa y tenía que corresponderle como tal". (Corte Suprema, Rad. 64028, p. 2)

A raíz de lo anterior, Aguirre decidió interponer una denuncia contra su cónyuge, Jhon Fredy Carvajal, quien fue capturado el 26 de marzo de 2021. La Fiscalía le imputó la comisión de un concurso homogéneo sucesivo de delitos de acceso carnal violento, agravado por recaer en la cónyuge (artículos 205 y 211.5 del Código Penal colombiano).

En primera instancia, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urao profirió sentencia absolutoria a favor del acusado el 4 de noviembre de 2022 por considerar que no se acreditó la materialidad de los hechos. Esto, debido a que la Fiscalía presentó como pruebas la declaración de la víctima, la que para el juez fue "una tesis vacía, débil y poco creíble" (Corte Suprema. Rad. 64020, p. 7), y de sus familiares. Por lo anterior, a los ojos del mismo juez, "era necesario contar con prueba médica o psicológica, copias de historia clínica o certificaciones de atención médica, en orden a corroborar lo narrado por la agredida" (Corte Suprema. Rad. 64028, p. 4). El 13 de marzo de 2023, el Tribunal de Antioquia revocó la providencia para proferir condena contra Carvajal

*Profesora principal de carrera y coordinadora del área de Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá - Colombia). Integrante adherente de la Red ALAS y co-editora de la Revista Ius-Género América Latina - iGAL. Correo electrónico: mariaca.correa@urosario.edu.co. Orcid ID: 0000-0003-3893-5074.

**Estudiante de séptimo semestre e integrante del Semillero de investigación en Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá - Colombia) Correo electrónico: mariajose.garciap@urosario.edu.co. Orcid ID: https://orcid.org/0009-0002-1921-2778



VOLUMEN 2 / NÚMERO 2 [2024]

como autor del delito de acceso carnal violento agravado, condenándolo a 16 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

El Tribunal, aplicando el enfoque de género, se apartó de la decisión de primera instancia argumentando que "para dar credibilidad a las mujeres víctimas de delitos sexuales no es necesario corroborar hasta la saciedad sus afirmaciones" (Corte Suprema, Rad. 64028, p. 4); y que además, la perspectiva de género obliga a los operadores de justicia a evitar estereotipos de género en sus decisiones. De esta forma, a raíz de los testimonios de los familiares de Aguirre, se acreditó el entorno de violencia física y psicológica derivado de los ataques de Carvajal hacia su cónyuge. Por tanto, el Tribunal reconoció que la víctima experimentaba el "Síndrome de Adaptación Paradójica, en el cual la víctima intenta explicar los actos de su agresor y acepta sus arrepentimientos" (Corte Suprema, Rad. 64028, p. 5). Y en el que "las mujeres víctimas de violencia de género desarrollan un paradójico vínculo afectivo con el maltratador, llegando a justificar su proceder, aceptar sus excusas y arrepentimientos luego de cada agresión y descartar la posibilidad de denunciarlo o de abandonarlo" (Corte Suprema. Rad. 64028, 2023, p. 20)

La defensa de Carvajal presentó una impugnación especial contra la sentencia del Tribunal, argumentando que los hechos no se probaron más allá de toda duda razonable. Además, argumentó el defensor que si en el 2014 el acusado se casó con Natalia Aguirre, se infiere que su relación no estaba mal y "que los presuntos abusos no han de ser más que falsos, ya que después de compartir tanto tiempo con una pareja y procrear hijos, resulta poco probable el hecho de querer abusar de tu cónyuge" (Corte Suprema, Rad. 64028, p. 10). Por lo anterior, solicitó que se revocara la sentencia del Tribunal y, en su lugar, se confirmara la sentencia absolutoria de primera instancia. A juicio del defensor, resultó contrario a la Constitución, a las normas de orden público y a los principios del derecho probatorio, basar la acusación en el testimonio de la víctima.

La Corte Suprema inició sus consideraciones analizando las obligaciones internacionales contraídas por Colombia en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres y las disposiciones de la legislación interna para combatir las violencias basadas en género. Con base en esto, la Corte visibilizó las condiciones reales en las que suceden los episodios de violencia contra la mujer y aplicó la perspectiva de género en el caso, reconociéndolo como un mandato constitucional que obliga a los funcionarios judiciales a evitar estereotipos o prejuicios machistas para superar las formas de discriminación hacia las mujeres.

A juicio de la Corte, el juez de primera instancia falló al no aplicar el enfoque de género en su sentencia, pues exigió a la víctima cargas excesivas, desconoció el principio de libertad probatoria e ignoró los testimonios de sus familiares y de la víctima en los que se acredita la materialización de un entorno de violencia sexual y de género hacia Aguirre. Sumado a ello, recordó la Corte que este tipo de delitos requieren una aproximación desde ese enfoque de género para establecer el contexto en el que tienen lugar. Así, afirmó la Sala, se debe verificar si ha habido episodios previos previa de violencia y/o una relación asimétrica de poder entre las partes; cosa que sucedió en este caso. (Corte Suprema. Rad 64028, 2023, p. 15).

En la misma línea la Corte enfatizó en el hecho de que el deber de debida diligencia en temas de violencias contra las mujeres, es un imperativo contenido en la Convención de Belém Do Para, que obliga a los Estados y son un parámetro de control constitucional.



VOLUMEN 2 / NÚMERO 2

[2024]

Sin embargo, recordó la Corte que, esto no implica que valorar las pruebas desde una perspectiva de género vaya a generar imparcialidad, desconocimiento de la presunción de inocencia del acusado o de la carga de la prueba de la Fiscalía. Lo que sí implica es que bajo ninguna circunstancia, se debe acudir a estereotipos de género para fundamentar las decisiones.

En consecuencia, la Corte reiteró que el fallo del Tribunal no transgredió la Constitución Política ni los estándares del derecho probatorio y procedió a confirmar la condena de segunda instancia, enfatizando en la importancia de aplicar la perspectiva de género.

Finalmente, la Corte hizo un llamado de atención al defensor de Carvajal por exponer argumentos revictimizantes y machistas en su impugnación, de la siguiente manera:

(...) corresponde a la Corte rechazar con vehemencia tal argumentación desafortunada, en la que sin demostración alguna se introducen asertos de raigambre machista en el ámbito sexual, en procura minar la credibilidad de lo expuesto por la víctima y descartar la comisión del delito investigado.

El planteamiento del impugnante revictimiza a Natalia Aguirre, pues además de soportar los vejámenes sexuales realizados por su cónyuge, es tratada como mentirosa al declararlos bajo juramento en un juicio, alegación inadmisibles conforme a los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y al libre desarrollo de la personalidad, reconocidos en la Constitución. (Corte Suprema. Rad. 64028, 2023, pp. 21– 22)

La decisión referida hace énfasis en un tema de suma importancia que vale la pena resaltar. Se trata de la aplicación del enfoque de género en casos de violencia sexual. De esta providencia se podría extraer una regla jurisprudencial y, al menos, una sub regla. Así, la primera, de corte general, referente a que la aplicación del enfoque de género en procesos penales en general, y en los que versan sobre violencia sexual en especial, es un deber judicial que, además, no riñe con la presunción de inocencia y la libertad probatoria. Y la segunda, que, aplicando el enfoque de género en casos de violencia sexual, se superan algunos mitos de violación, tales como los relativos a que las víctimas mienten y a la imposibilidad de que exista violación conyugal; que no solo son utilizados por tribunales, sino –como en este caso– por defensores.

Respecto a la regla jurisprudencial, la Corte reafirmó algo que ya ha venido estableciendo en diferentes fallos, pero aterrizándolo a casos de violencia sexual. Se trata de esa regla relativa a que el enfoque de género es un deber judicial que debe ser aplicado en todos los casos en los que haya mujeres involucradas. Así, por ejemplo, en la Sentencia SP2649 – rad. 54044, 2022, del 27 de julio de 2022³, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estableció que el enfoque de género “no es otra cosa que una especificación especializada del deber judicial general de consultar las circunstancias de todo orden (...)”. (Corte Suprema de Justicia. Rad. 54044, 2022, p. 24).

Lo anterior, lo aterriza la Corte en el fallo comentado al establecer que “el enfoque o perspectiva de género, corresponde a un mandato constitucional y supraconstitucional que vincula a todos los órganos e instituciones del poder público y les obliga a que, en el ejercicio de sus funciones y competencias, identifiquen, cuestionen y superen la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres a partir de preconceptos machistas y androcéntricos, pues de lo contrario incurren en un falso raciocinio soportado en insostenibles “reglas de la experiencia”, que conduce a la violación indirecta de la ley sustancial”. (Corte Suprema. Rad. 64028, 2023, pp. 16–17)

³ Para ampliar información sobre este fallo, ver: Correa Flórez, M. C. (2022). Inimputabilidad y enfoque de género. Revista IusGénero América Latina, 1(1).



VOLUMEN 2 / NÚMERO 2

[2024]

Todo lo argüido por la Corte se concreta, en el caso específico, en –al menos– tres situaciones que evidencian cómo el enfoque de género es una herramienta que sirve, no solo para identificar, sino para superar, los denominados mitos de violación en procesos penales que conocen de situaciones de violencia sexual.

Los mitos de violación son “creencias prejuiciosas, estereotipadas o falsas sobre la violación, sobre las víctimas de violación y sobre los agresores” (Burt, 1980, p. 217). Estas creencias permean la forma en la que la sociedad en general comprende como cierto el fenómeno de la violencia sexual y esto se traspasa al ámbito judicial donde, además, se crea un ambiente hostil para las víctimas (Burt, 1980, p. 217), porque se suele trasladar la responsabilidad hacia ellas (Lonsway y Fitzgerald, 1994).

El fallo comentado contiene, al menos, dos ejemplos de mitos de violación reproducidos, tanto por el Juez de primera instancia, como el abogado defensor.

En primer lugar, cuando el juez de primera instancia afirmó que el testimonio de la víctima no era suficiente, era poco creíble y no demostraba la materialidad de los hechos, se está reproduciendo esa idea relativa a que las víctimas de violencia sexual mienten para ocultar sus propias desviaciones sexuales, para vengarse de los hombres, ocultar infidelidades etc. (Edwards, K. M. et.al. 2011, p. 768). Respecto a lo anterior, la Corte, aplicando el enfoque de género, al hacer un análisis de los contextos en los que tienen lugar los delitos sexuales y de la naturaleza de los mismos, afirmó que los delitos sexuales se cometen a puerta cerrada y que, normalmente, la única prueba que se tiene es el testimonio de la víctima. La corroboración del mismo, en los casos de violencia sexual, sirve para dar contexto, así no se haga referencia a la existencia del delito sexual en concreto, sino a la situación de violencia que vivía la víctima, por ejemplo.

Ahora bien, en segundo lugar, cuando el defensor del señor Carvajal afirmó que era poco probable que un marido quiera violar a su esposa, reproduce el mito relativo a que no existe algo tal como la violación conyugal o a que los esposos no pueden violar a sus esposas (Edwards, K. M. et.al. 2011, pp. 763 y 765). Esta idea errada encuentra su fundamento en el concepto de débito conyugal bajo el cual las mujeres deben mantener siempre relaciones sexuales con sus maridos.

La Corte Suprema recuerda que “bajo el supuesto de un débito conyugal en las relaciones maritales, no pueden pretextarse los atentados a la integridad sexual de la mujer con vínculo conyugal o de hecho vigentes”. (Corte Suprema. Rad. 64018, p. 19). Con esta afirmación, deja sin piso la idea relativa a que no puede haber violación entre cónyuges, negando el mito comentado. Como es evidente, la decisión analizada muestra cómo el enfoque de género debe guiar los análisis en casos de violencia sexual porque, entre otras ventajas, en casos como este ayuda a superar los mitos de violación, logrando una aplicación justa del derecho para las mujeres víctimas.



VOLUMEN 2 / NÚMERO 2

[2024]

Referencias

- Burt, M. R. (1980). Cultural myths and supports for rape. *Journal of personality and social psychology*, 38(2), 217.
- Correa Flórez, M. C. (2022). Inimputabilidad y enfoque de género. *Revista IusGénero América Latina*, 1(1).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de julio de 2022. Rad. 54044.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 de noviembre de 2023. Rad. 64028
- Edwards, K. M., Turchik, J. A., Dardis, C. M., Reynolds, N., & Gidycz, C. A. (2011). Rape myths: History, individual and institutional-level presence, and implications for change. *Sex roles*, 65, 761-773
- Lonsway, K. A., & Fitzgerald, L. F. (1994). Rape myths. In review. *Psychology of women quarterly*, 18(2), 133-164.