

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

GÊNERO E TEORIA DO DIREITO

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de
Janeiro, RJ).

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

GÊNERO E TEORIA DO DIREITO

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado “mundo latino”, com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate de Gênero e Teoria do Direito, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Gênero e Teoria do Direito ficou sob a responsabilidade de Cecília Caballero Lois, professora titular de Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). A professora parte de uma epistemologia feminista para um Direito mais inclusivo, lembrando a atuação da líder indígena Berta Cáceres, que fora assassinada após muita luta e enfrentamento, para quem “el reconocimiento de los derechos de las mujeres no es un favor, es una obligación del Estado.”

“O desenrolar do caso de Berta, similar a tantos outros, aponta para o lugar de não sujeito que mulheres, indígenas, LGBTIs, pessoas negras e outras ‘minorias sociais’ ainda ocupam dentro do sistema normativo. Como esperar que as leis e teorias sejam operadas a favor de grupos que, historicamente, são desautorizados a legislar, interpretar, operar esse sistema?”, indaga Cecília.

Os nove textos trazidos à discussão, provenientes do Brasil, Peru, México e República Dominicana, oferecem as seguintes abordagens:

María del Rocío Villanueva Flores (Peru) analisa a violência de gênero a partir de dados estatísticos. Saada Zouhair Daou (Brasil) destaca a omissão da história das mulheres na História do Direito. Camila Saran Vezzani (Brasil) explora a identidade trans no cinema. Natasha Pereira Silva (Brasil) faz um resgate e crítica a partir do discurso histórico sobre prostituição. Helen Rose Carlos Rodrigues Guimarães (Brasil) e Cecilia del Refugio Palomo Caudillo (México) se concentram nas relações entre Legislativo e Judiciário, sobre temas como o casamento civil homoafetivo e a união estável. José Alberto Cruceta Almánzar (República Dominicana) se concentra na figura do juiz. María del Rocío Villanueva Flores e Cecilia del Refugio Palomo Caudillo apontam para insuficiências na prática e nas teorias argumentativas. Ricardo Urzúa Traslaviña (México) apresenta o Direito como instrumento de dominação e emancipação no que diz respeito às teorias de gênero. Alegnayra Campos (Brasil) explora a “Filosofia do Limite” de Drucilla Cornell.

A relatoria do grupo Gênero e Teoria do Direito, ao final, nos propõe as seguintes reflexões: i) no que diz respeito à violência de gênero, em que medida mudanças na formação jurídica podem contribuir para um melhor acolhimento das mulheres que chegam ao Judiciário, considerando que nossos alunos serão os futuros operadores do Direito?; ii) qual o papel que os homens, seja enquanto operadores do Direito, seja enquanto acadêmicos, podem assumir em um contexto de grave opressão das colegas mulheres?; iii) que ações efetivas podem realizar enquanto aliados na luta pela alteração desse quadro?; iv) qual a importância de que as feministas brancas cis heterossexuais, especialmente as que vivem em países ditos “centrais”, reconheçam seus privilégios e proponham também ações efetivas no sentido de incluir mulheres negras e LGBTIs?; v) há lugar na academia para que vozes que têm sido historicamente subalternizadas contenham suas próprias histórias e proponham soluções para questões que consideram relevantes?

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

A IMPORTÂNCIA DA PERSPECTIVA DE GÊNERO NA CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA GERAL DO DIREITO.

LA IMPORTANCIA DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA CONSTRUCCIÓN DE UNA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO.

Cecilia del Refugio Palomo Caudillo

Resumo

A constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos tem impactado a maneira pela qual os direitos das mulheres são protegidos. Os movimentos sociais feministas em seus múltiplos aspectos modificaram a maneira pela qual vemos as relações legais e sociais entre homens e mulheres. Isto levanta uma nova abordagem ou visão de lei a partir de uma perspectiva de gênero, que distinguida de uma mera ideologia, propõe uma ferramenta metodológica que nos permite apreciar as relações que geram desequilíbrios de poder e violam o direito à igualdade e à não discriminação. Nesta nova abordagem, eminentemente prática, a teoria da argumentação jurídica Manuel Atienza é particularmente relevante como uma primeira abordagem para a construção de uma teoria que incorpora a perspectiva de gênero, contribuindo assim para banir preconceitos e estereótipos assumiu normalizada e inquestionável, que se materializam em decisões judiciais, subtraem a legitimidade dos sistemas democráticos de direito. Sem dúvida, mas esta nova abordagem feminino do direito apresenta desafios, perigos e dificuldades na aplicação, é necessário compreender a justificação legal e teórica das mulheres não procura privilégios, nem fingir ser direito em todos os casos e em todas as suposições, mas seu único propósito, colaborar com a discussão teórica progressiva de mais e melhores maneiras de definir, entender e aplicar o direito.

Palavras-chave: Perspectiva de gênero, Ideologia direitos humanos, Igualdade, Argumentação decisões judiciais

Abstract/Resumen/Résumé

La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, ha impactado la forma en la que se protegen los derechos de las mujeres. Los movimientos sociales feministas en sus múltiples vertientes han modificado la forma en la que vemos las relaciones jurídicas y sociales entre hombres y mujeres. Surge así un nuevo enfoque o visión del Derecho desde la perspectiva de género, que al distinguirse de una mera ideología, propone una herramienta metodológica, que permite apreciar las relaciones que generan desequilibrios de poder y vulneran el derecho a la igualdad y no discriminación. En este nuevo enfoque, eminentemente práctico, la teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza cobra especial relevancia como una primera aproximación a la construcción de una teoría que incorpore la perspectiva de género, contribuyendo así a desterrar prejuicios y estereotipos asumidos, normalizados y no cuestionados, que al materializarse en decisiones judiciales,

restan legitimidad a los sistemas democráticos de derecho. Sin duda, aunque esta nueva aproximación femenina al derecho, presenta retos, peligros y dificultades en su aplicación, es necesaria para comprender que la reivindicación jurídico-teórica de las mujeres no persigue privilegios, ni pretende tener la razón en todos los casos y bajo todos los supuestos, sino que tiene por único objeto, colaborar con la progresiva discusión teórica de más y mejores formas de definir, comprender y aplicar el Derecho.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Perspectiva de género, Ideología, Derechos humanos, Igualdad, Argumentación, Decisiones judiciales

La Importancia de la Perspectiva de Género en la Construcción de una Teoría General del Derecho.

¹ *Mtra. Cecilia del Refugio Palomo Caudillo

*“El reconocimiento de los derechos de las mujeres
no es un favor, es una obligación del Estado”.*

Berta Cáceres.

Tras las dictaduras que prevalecieron en muchos de los países latinos, se instauró un sistema democrático de derecho, en el que sin embargo, la democracia continúa siendo una deuda de los Estados, puesto que la representación de las mujeres en los órganos superiores del poder público, sigue siendo mínima. En este sentido, es importante denunciar que la raíz de las desigualdades jurídicas, se remonta a los orígenes de nuestro concepto de Derecho, que fue construido desde un punto de vista masculino.

Hoy las mujeres tenemos sin duda, muchas más posibilidades de aspirar a un desarrollo personal y profesional que antes era impensable, esto ha sido posible en gran medida, gracias al fenómeno de constitucionalización de los derechos humanos. Sin embargo, las barreras ideológicas de discriminación, traducidas en estereotipos y reflejadas en la actividad de los operadores jurídicos, siguen construyendo techos de cristal, que en muchos países se asemejan más a techos de concreto. Ante este panorama poco alentador, ha llegado el momento de cuestionarnos sobre nuestra forma de concebir, definir y argumentar el Derecho, para dar lugar a un punto de vista femenino, que desde la teoría busca construir puentes, para que las mujeres seamos invitadas a la mesa en la que todos los días se toman decisiones, que nos afectan también a nosotras.

¹ *Catedrática en el Instituto de la Judicatura del Poder Judicial Federal, extensión Aguascalientes; doctoranda en la Universidad Internacional de la Rioja; Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante en España, Maestra en Ciencias Jurídicas por la Universidad Panamericana, Campus Aguascalientes; Título de Experta en Argumentación Jurídica por la Universidad de Palermo, Italia; Especialidad en Ciencias Políticas, Económicas y Sociales por el Phoenix Institute en la Universidad de Notre Dame, Estados Unidos; Especialidad en Justicia Constitucional por la Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, España; Diplomado en Derechos Humanos por el Instituto Universitario Henry Dunant en Ginebra, Suiza; Asociada de la “AMJE” (Asociación de Mujeres Juezas de España), Miembro del Consorcio Internacional para Estudios de Derecho y Religión y La Barra Mexicana de Abogados, entre otras. Ha sido conferencista en seminarios en México, Brasil, Uruguay, Reino Unido y República Dominicana.

¿Por dónde comenzamos? El primer paso es empaparse de un lenguaje incluyente, donde los conceptos de sexo, género y perspectiva de género juegan un papel protagónico.

La diferencia entre sexo y género

Al definir separadamente estos dos conceptos, es común encontrar desacuerdos tanto entre progresistas (señalando que el “género” resta autonomía e importancia al movimiento social feminista), como entre conservadores (al sostener que el concepto de “género” busca desdibujar los factores biológicos que distinguen a los dos sexos “naturales”, para incluir diversas orientaciones sexuales). Desde mi punto de vista, ambas posturas están equivocadas, la primera porque hoy más que nunca, es importante para el movimiento feminista enriquecerse de todos los feminismos de la historia, desde el liberal clásico (que promovió los derechos civiles, como el voto, y logró la igualdad formal); pasando por el liberal social (que se preocupó por la distribución de recursos económicos entre hombres y mujeres, e introdujo el enfoque en la igualdad material); hasta los dos feminismos que actualmente tienen mayor desarrollo, el feminismo de la diferencia o cultural (que se basa en la diferencia de razonamiento moral entre hombres y mujeres, y tiende a establecer postulados para una igualdad estructural), como el feminismo radical (que se centra en evidenciar los factores sexuales, que han hecho prevalecer el poder de los hombres sobre las mujeres, y ha logrado avances en materia de derechos sexuales y reproductivos). Todos estos feminismos, aunque tienen enfoques diferentes y a veces pueden asumir posturas contradictorias al interior del movimiento feminista, forman parte de una cosmovisión aún en proceso de formación, y seguramente muchas de las instituciones sociales o jurídicas como las conocemos hoy en día, pasaron por un largo proceso de desacuerdos, avances y retrocesos antes de funcionar como una misma fuerza. Respecto a la corriente más conservadora, diré que parten de supuestos erróneos, y que sus críticas a la distinción entre sexo y género no son sostenibles, porque cuando se habla de diversidad de género, no se habla de diversidad a nivel celular, biológico o de cromosomas sexuales, sino únicamente desde un punto de vista de construcción cultural y social, que no pretende convencer a nadie de cambiar sus creencias particulares y religiosas, sino

únicamente de reconocer que no todos somos ni pensamos igual. En este sentido, es importante hacer ahora una distinción entre ideología de género y perspectiva de género.

La diferencia entre ideología y perspectiva

Mientras la ideología es por definición, según la RAE, un conjunto de ideas fundamentales que caracterizan el pensamiento de una persona, colectividad o época, o de un movimiento cultural, religioso o político; la perspectiva se refiere a un sistema de representación, panorama, punto de vista o visión, que se favorece a través de la observación de algún hecho o fenómeno. Así pues, las ideologías han sido mayormente analizadas desde hechos históricos que imponen doctrinas de pensamiento; mientras que las perspectivas son simplemente representaciones diferentes de la realidad, que brindan visiones complementarias respecto de un mismo hecho o fenómeno, en este caso, respecto de la necesidad de analizar el derecho desde el punto de vista de los desequilibrios de poder entre hombres y mujeres. Incluso ya en 1995, cuando en la IV Conferencia de Beijing se abordaron a nivel internacional estos temas, se utilizó en todo momento el término “perspectiva de género” y no “ideología de género”. En resumen, el hecho de que otros movimientos sociales se apropiaran de esta nueva perspectiva para imponer líneas de pensamiento o propagandas ideológicas, no quiere decir que éstas se encuentren enraizadas en el movimiento internacional de derechos humanos, que busca cambiar el enfoque o punto de vista, desde el que se abordan los derechos de las mujeres.

Habiendo entendido lo anterior, podemos decir que el género *se refiere al conjunto de roles y relaciones socialmente contruidos, rasgos personales, actitudes, comportamientos, valores, poder relativo e influencia que la sociedad atribuye a los dos sexos de forma diferente. Mientras que el sexo biológico está determinado por características genéticas y anatómicas, el género es una identidad adquirida que se aprende, cambia con el tiempo y varía mucho dentro y entre culturas. El género es relacional y se refiere no solamente a las mujeres o los hombres sino a la relación que existe entre ambos.*ⁱ

Por lo tanto, la perspectiva de género es una aproximación que cuestiona en general el prototipo de “ser humano único”, por eso no se trata de un método que analiza de manera asilada la situación de las mujeres, sino que es un enfoque integral que permite concebir y analizar la posición de la persona en una diversidad de contextos.

Una teoría general del derecho desde la perspectiva de género

En este apartado me remitiré a un trabajo publicado el año pasadoⁱⁱ, donde por primera vez escribí sobre la posibilidad de aportar a la construcción de una teoría general del derecho un enfoque de género, ahora contrastaré aquel primer marco teórico con el análisis de casos diferentes, incluyendo algunas conclusiones sobre la reciente obra del Dr. Manuel Atienza “Filosofía del Derecho y Transformación Social”. Por lo tanto, no pretendo proponer una nueva teoría, sino apenas hacer un esfuerzo por analizar una teoría existente con un enfoque desde la perspectiva de género.

¿Por qué basarme en la teoría argumentativa del derecho de Manuel Atienza? Podría ser cuestionable que asumiera este enfoque teórico, considerando que el Dr. Atienza se ha pronunciado por ejemplo a favor de legislar la maternidad subrogada; o que señaló como errática la decisión de la Asociación “Jueces para la democracia”, al cambiar su nombre por “Juezas y jueces para la democracia” considerándolo una cuestión de mera corrección política, y no de construcción e inclusión a través del lenguaje; o incluso tomando en cuenta su reciente preocupación a raíz de la sentencia de “La Manada”, de que la corriente feminista más extrema termine tratando de adoctrinar a los jueces para introducir en la ley la perspectiva de género.ⁱⁱⁱ ¿No resulta entonces poco coherente que utilice su teoría? La respuesta es no, porque aunque no comparta algunas de sus opiniones, eso no resta relevancia a su enfoque teórico, que ha tenido amplia aceptación e influencia positiva, en la filosofía del derecho latinoamericano, por su énfasis en la razón práctica.

Como afirma el Dr. Rodolfo Vigo la recepción en la teoría jurídica de la razón práctica tiene enorme aceptación en los últimos tiempos, y al margen de la filosofía jurídica clásica, podemos ejemplificarlo con autores diversos como: Nino, MacCormick, Raz, Alexy, Dworkin, Garzón Valdez, Atienza, etc.^{iv} En definitiva hablar de la teoría general

del Derecho desde la perspectiva de género, exige mirar más allá de la filosofía jurídica clásica, poniendo énfasis en la razón práctica ya que los actos de discriminación hacia la mujer se identifican primordialmente en la aplicación de las normas jurídicas que bajo el criterio de legalidad y certeza jurídica olvidan la razón principal que motiva y justifica la existencia misma del Derecho: servir a la sociedad. Es por ello que tan inútil resulta una teoría del Derecho sin práctica como una praxis que carezca de sólidas bases teóricas, en palabras de Atienza *“el problema fundamental de la enseñanza del Derecho no estriba en que se trate de una enseñanza demasiado teórica, sino más bien que no existe una auténtica teoría, una teoría que rehúye la práctica o que acepta simplemente lo establecido, no pasa de ser una falsa teoría, pensamiento abstracto, ideología.”*^v

La teoría argumentativa del Derecho promovida por el Dr. Manuel Atienza incluye fundamentalmente tres concepciones de la argumentación: formal, material y pragmática. Esta división resulta pedagógicamente útil al estudiar la perspectiva de género desde la teoría porque al incluir el análisis, evaluación y argumentación del Derecho brinda los instrumentos necesarios que permiten por un lado, identificar bajo la lógica deductiva clásica cómo es que se han construido enunciados jurídicos posicionando a la mujer en un segundo plano respecto de los hombres, y al mismo tiempo permite evaluar las premisas para identificar la relación entre razones jurídicas y morales, y cómo estas últimas llevadas al extremo han reproducido criterios discriminatorios; finalmente la concepción pragmática de la argumentación al centrarse en los efectos que se pretenden lograr al argumentar, permite encaminar la teoría general del Derecho hacia una práctica argumentativa más incluyente que logre hacer efectivo el derecho a la igualdad.

Como hemos precisado, el sexo se refiere a factores biológicos, mientras que el género versa sobre factores ideológicos. Esto es relevante para la teoría del derecho porque mientras la biología, hasta cierto punto determina, lo cultural es modificable, es precisamente esta susceptibilidad de cambio la que invita a teorizar desde la perspectiva de género como metodología de análisis jurídico, que a decir de la Suprema Corte de Justicia en México, pretende impactar en el ejercicio argumentativo de quienes imparten justicia

con la finalidad de garantizar el derecho a la igualdad, y de hacer que se manifieste como un principio fundamental en la búsqueda de soluciones justas.^{vi}

Como veremos más adelante, al enfocar equivocadamente los problemas de género en el factor sexual se persiguen resoluciones a lo que en palabras de Dworkin aparentan ser casos fáciles; sin embargo se ignora la multiplicidad de elementos socioculturales y jurídicos que desempeñan un papel decisivo en los casos que requieren aplicar una perspectiva de género, estos casos difíciles exigen mucho más que conocer y aplicar el Derecho, constituyendo un verdadero reto que implica mantenerse al margen de los estereotipos de género, aprendidos, aceptados y no cuestionados, para dar paso por lo menos al ideal de corrección del que habla Toulmin, buscando soluciones plausibles, al margen del activismo judicial. Procederé a abordar las tres concepciones de la teoría de la argumentación jurídica (formal, material y pragmática) desde la perspectiva de género para concluir que todas ellas son necesarias, más no suficientes, para resolver los problemas de género que enfrenta el Derecho.

La concepción formal y la perspectiva de género.

La concepción formal de la argumentación hace énfasis en la comprensión del Derecho desde la lógica y al hacerlo provoca que sus defensores se decanten en posturas radicales ya sea en defensa del imperialismo de la lógica o por el contrario, sosteniendo una postura de antilogicismo. El principal peligro al aplicar la perspectiva de género se ubica en el primero de estos dos extremos, ya que el imperialismo de la lógica, resultado de la influencia del formalismo jurídico, tiende con frecuencia ubicar los casos de discriminación en materia de género en el extremo del silogismo judicial, entendido como simple subsunción, lo cual lleva a plasmar y reproducir categorías que discriminan a la mujer en el Derecho. Para ejemplificar esta afirmación proporciono un ejemplo:

✓ Sistema Nacional. México Amparo 159/2017

Sentencia emitida por un tribunal local del Estado de Veracruz en México en el que una menor de edad se ve expuesta a un acto de violencia sexual al ser privada de su libertad en un vehículo por cuatro hombres, donde fue sentada en la parte trasera, donde dos de ellos le

impidieron moverse y se burlaban de ella, mismos que le tocaron sus órganos genitales para posteriormente llevarla a un departamento donde uno de ellos abusó sexualmente de ella. El juez al motivar la sentencia de amparo presentada por uno de los hombres que la tocó y se burló de ella mientras se encontraba en la parte posterior del vehículo, argumenta ciñéndose a criterios de lógica formal que con base en jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia por qué no se configura el delito de abuso sexual:

“ABUSO SEXUAL. ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACIÓN. Debe señalarse que en el caso del delito de abuso sexual, la expresión acto sexual debe entenderse como cualquier acción dolosa con sentido lascivo que se ejerza en el sujeto pasivo, sin su consentimiento, el cual podría ser desde un roce, frotamiento o caricia, pues el elemento principal que se debe valorar para considerar que se actualiza el delito en mención, es precisamente la acción dolosa con sentido lascivo que se le imputa al sujeto activo [...]

*De lo antes expuesto se puede concluir que para que exista abuso sexual en el ilícito en estudio, es menester no solo que se pruebe el acto libidinoso (tocamiento, roce, frotamiento o caricia), sino que dicha conducta haya sido desplegada con una **intención lasciva** del sujeto activo en el sujeto pasivo [...] esto es, que dicho despliegue de acción haya sido con el **ánimo al deleite carnal** [...] este elemento subjetivo conformador del abuso sexual es el que no se acreditó en el presente asunto”^{vii}*

En este caso el juez basa su criterio de tipificación del delito en un elemento subjetivo “la intención lasciva del sujeto”, este Juez asume que mientras no exista placer o deleite carnal no se configura la intención lasciva del que abusa sexualmente. Este criterio resulta problemático porque basado en un criterio de supuesta legalidad al estar apegado a la jurisprudencia del máximo órgano de justicia mexicano asume los elementos que configuran el delito como si fuesen variantes de una fórmula matemática en la que no cabe hacer interpretación del contexto ni valoración de las pruebas. Asume un estereotipo de género que sostiene que para considerar que existió un abuso sexual es necesario que el perpetrador sienta placer, de lo contrario no queda acreditado el delito.

Si analizamos este caso desde la concepción formal de la argumentación jurídica, podemos apreciar que la falta de justificación externa hace que el juez parta sin más de un supuesto normativo dejando de lado las premisas fácticas como el hecho de que en el expediente del juicio se probó que la mujer estaba privada de su libertad sin su consentimiento, que se encontraba incomunicada, y que cuatro sujetos se burlaban de ella mientras dos de ellos le tocaron sus partes genitales. Estas premisas no se encuentran en la norma, pero parece ser que el imperialismo de la lógica impidió al juez ver más allá y omitió considerar la perspectiva de género al argumentar. Como bien afirma Perelman *“El juez no puede considerarse satisfecho por haber podido motivar su decisión de una manera aceptable; debe apreciar también el valor de esta decisión y decidir si le parece justa o, por lo menos, razonable.”*^{viii}

Las preguntas que quedan pendientes para la teoría del Derecho en este caso son las siguientes ¿qué concepto de Derecho tiene este juez? ¿habría influido en algo el tener conocimiento de que este caso requería aplicar una perspectiva de género? Para Carlos Nino el razonamiento jurídico no es un razonamiento autónomo, lo que significa también que no puede ser entendido en términos puramente formales. La lógica formal deja de lado consideraciones referentes al contenido de los argumentos y a su contexto.^{ix} Parece que estas consideraciones fueron las que hicieron que en este caso se emitiera una sentencia cuestionable desde el punto de vista argumentativo.

La concepción material y la perspectiva de género.

La concepción material se refiere más que a un estudio de los argumentos desde la lógica, a una teoría de las premisas o de las buenas razones, busca dar respuesta a la interrogante de ¿qué hace que un argumento sea bueno para explicar o justificar algo?. La idea de ver la argumentación jurídica como una teoría de las premisas, y no de la inferencia, está claramente puesta de manifiesto en la obra de Viehweg (1963; también García Amado, 1988, y Roesler, 2004), con su insistencia en que la tópica no es un *ars iudicandi* (técnica de juicio para pasar de las premisas a la conclusión), sino un *ars invivendi* (técnica para hallar las premisas).^x Esto es lo que Aristóteles llamó los tópicos o lugares comunes que son distintos de las formas de los silogismos. Desde La Retórica señaló por ejemplo sobre la

generalidad de los tópicos en la rama judicial a propósito de la prueba que *“los hombres comenten injusticia cuando piensan que poner en práctica una determinada acción es posible, y posible para ellos mismos, porque consideran que han de quedar ocultos; y, está en condiciones de quedar oculto, por ejemplo, el débil tratándose de violencias y el pobre y el deforme tratándose de adulterio”*. El señalamiento de Aristóteles al hablar de los tópicos se actualiza hoy en las situaciones que evidencian la especial situación de vulnerabilidad a la se enfrentan las mujeres por las relaciones de poder desequilibradas que rigen las normas jurídicas y sociales, sobre todo cuando estas situaciones no son visibilizadas por los operadores jurídicos y dan lugar a actos de injusticia. He aquí un ejemplo:

✓ Sistema Interamericano. Fornerón vs. Argentina

Los hechos del presente caso se refieren a diversos procesos judiciales relativos a la guarda judicial y posterior adopción de una niña por parte de un matrimonio sin contar con el consentimiento del padre biológico (el señor Fornerón), así como a la falta de establecimiento de un régimen de visitas a favor de aquel, y a la falta de investigación penal sobre la supuesta “venta” que realizó la madre de la niña al matrimonio de guarda.^{xi}

La sentencia de la Corte Interamericana hace referencia a los derechos que se le negaron al señor Fornerón respecto de su hija debido en gran parte a la dilación judicial que provocó que la niña alcanzara los 12 años de edad sin haber conocido a su padre biológico. Es de llamar la atención el argumento que desarrolla el juez de primera instancia para otorgar la custodia al matrimonio “adoptante”:

*“El 17 de mayo de 2001, el Juez de Primera Instancia otorgó la guarda judicial de la niña al matrimonio B-Z, por un plazo de un año. En la sentencia consideró que: a) la inexistencia de un “noviazgo formal de más de 12 meses” entre el señor Fornerón y la señora Enríquez, el hecho de que **la niña “no fue resultado del amor” ni “del deseo de formar una familia”**, y la existencia de una fuerte oposición de la madre biológica a la posible entrega de la niña a su padre, son circunstancias que “acredita[ban] un realconflicto” entre los progenitores de la niña y “la ausencia de una familia biológica”;*

*[...] d) de entregarse la niña al padre biológico, **no contaría con una familia biológica, faltándole la presencia maternal** [...]*^{xii}

En este caso es posible percibir cómo la asignación de roles sexuales provoca que el operador jurídico haga afirmaciones carentes de justificación como señalar que la niña no fue resultado del amor, o que aunque se entregase la custodia al padre (puesto que es hombre) no contaría con una familia biológica por faltarle la presencia maternal. Aquí vemos un argumento que basa su dicho en un concepto único de familia biológica que debe estar integrada por una pareja heterosexual, esta visión reduccionista del concepto de familia privó de sus derechos al señor Fornerón y a su hija. El prejuicio que subyace es sin duda la concepción de que un padre no es capaz de encargarse del cuidado y custodia de su hija, puesto que este rol se ha asignado culturalmente a la mujer, quien en este caso fue la que presuntamente vendió a su hija. La pregunta que surge es si es moralmente aceptable que estos prejuicios socioculturales plasmados en criterios jurídicos deriven en tratos discriminatorios y nieguen el acceso a la justicia. Atienza sostiene que un objetivismo moral mínimo es una condición necesaria para dar sentido a la argumentación judicial y, en general a la argumentación jurídica, puesto que si no fuera posible una justificación moral en sentido estricto (es decir, si los juicios morales no contuviesen una pretensión-objetiva-de corrección), tampoco sería posible la justificación jurídica.^{xiii} Parece que en este caso la justificación jurídica no tuvo lugar, como tampoco lo tuvo un objetivismo moral mínimo.

La concepción pragmática y la perspectiva de género.

La concepción pragmática de la argumentación es un enfoque del Derecho que trata de conectar los elementos de las dos anteriores concepciones para dar por resultado una visión dinámica, instrumental y comprometida del Derecho que arranca de la noción de conflicto. Para Atienza, el conflicto es el origen del Derecho, lo que lleva a verlo como un instrumento volcado a la resolución de conflictos por medios argumentativos en las diversas instancias de la vida jurídica; argumenta el juez motivando su decisión, el abogado al tratar de persuadir al juez en su decisión, el asesor de un cliente para emprender determinado curso de acción, un abogado que negocia con otro para zanjar una disputa, el legislador al manifestarse sobre el contenido de determinados artículos, etc. La

argumentación está presente prácticamente en toda la práctica jurídica y dado que la experiencia jurídica consiste de manera prominente en argumentar, parece inevitable que la teoría del Derecho tenga que construirse en muy buena medida como una teoría de la argumentación jurídica.^{xiv}

A continuación brindaré un ejemplo de una sentencia que me parece integra las tres concepciones de la argumentación logrando una visión completa y comprometida del Derecho, al aplicar la perspectiva de género.

✓ Sistema nacional. España.

Este caso versa sobre el derecho a la pensión compensatoria de una mujer viuda, divorciada por ser víctima de violencia durante su matrimonio. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda entre otros motivos por no haber probado la violencia de género (pese a haber denunciado dicha violencia 7 veces ante la comisaría y 3 en actuaciones judiciales). La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias revoca dicha sentencia haciendo un minucioso análisis de los elementos que deben considerarse al juzgar con perspectiva de género, señalando que ésta debe estar presente durante todo el proceso:

*“Debe hacerse un **análisis** no restrictivo o mecánico, sino **contextual** y sobre todo debe tenerse en cuenta las especiales dificultades de la víctimas de violencia a la hora de denunciar y probar su situación [...] a)- En la **tramitación del procedimiento** a través de un nutrido conjunto de cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de género que, con carácter general, tienden a flexibilizar el rigor procesal y a garantizar la tutela de las víctimas. b)-En la **valoración de la prueba** –distribución de la carga de la prueba de la discriminación, relevancia de la declaración de la víctima-. c)-En la **aplicación de las normas** sustantivas específicamente dirigidas a la mayor efectividad de la igualdad de trato y oportunidades – prohibición de discriminación directa e indirecta, medidas de acción positiva, democracia paritaria e igualdad de oportunidades, derechos de maternidad y conciliación, protección frente a la violencia de género.”^{xv}*

La Magistrada de este tribunal, y presidenta de la Asociación de Mujeres Juezas de España, Gloria Poyatos señaló que esta sentencia es relevante para España porque es la primera resolución judicial que define teóricamente el criterio hermenéutico que obliga a los órganos jurisdiccionales a adoptar interpretaciones jurídicas que garanticen la mayor protección de los derechos humanos, en especial los de las víctimas, mediante la técnica de impartición de justicia con perspectiva de género. Afirmó además que juzgar con perspectiva de género no es una ideología ni una propuesta feminista, sino que se trata de un mandato jurídico vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles.^{xvi}

Activismo judicial, el peligro de no entender la perspectiva de género, y aplicarla como mera ideología política o populista

Sin duda, toda aproximación teórica conlleva ciertos riesgos al trasladarse al ámbito de la práctica. Incorporar la perspectiva de género sin duda requiere de cierta formación y educación jurídica, y es cierto que muchos jueces, como afirma Laporta,^{xvii} no están preparados para llevar a cabo este tipo de razonamientos. Sin embargo, es preciso comprender que aplicar la perspectiva de género implica al mismo tiempo analizar las teorías jurídicas en su conjunto, cuestionando reglas y principios que se han dado por explicados, y de los cuales siempre es posible aprender algo nuevo. Un ejemplo lo plantea la fiscal española Susana Gisbert con el principio de presunción de inocencia, que es recurrentemente reducido a la dicotomía culpable o inocente, y omite el hecho de que no siempre existe concordancia entre la convicción interna y la labor del jurista, porque puede ser que en un caso que implique juzgar con perspectiva de género, las pruebas presentadas hayan sido obtenidas ilícitamente, o no hayan resultado suficientes para probar la culpabilidad de alguien, en ese caso no podemos condenar al presunto agresor, no por creer que es inocente, sino por saber que el material probatorio no fue suficiente para demostrar su culpabilidad.^{xviii} Este ejemplo es útil, cuando se piensa que incorporar la perspectiva de género implica necesariamente establecer una dictadura política o popular, que obligue a los jueces a darle la razón a las mujeres en todos los casos, y esto es un error. Lo correcto sería decir, que de no comprender la metodología de juzgar con perspectiva de género, ésta puede convertirse en un arma que no valore las pruebas ofrecidas debidamente, dejando desprotegido al procesado y negándole sus garantías constitucionales.

Las tres concepciones de la argumentación y el derecho a la igualdad en la teoría del Derecho.

La perspectiva de género guarda estrecha relación con el derecho a la igualdad, es por ello que resulta pertinente identificar la forma en la que las concepciones de la argumentación se vinculan con las teorías generales del derecho. Atienza sostiene que un modelo de teoría del Derecho pragmáticamente útil y culturalmente viable bien podría consistir en combinar estos tres ingredientes: método analítico, objetivismo moral e implantación social. Cada uno de ellos está especialmente vinculado a una de las grandes concepciones del Derecho bajo las cuales se suele clasificar, entre nosotros, a los filósofos del Derecho: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica del Derecho. A partir de esta afirmación presento una posible relación entre las concepciones del Derecho, las concepciones de la argumentación y los tipos de igualdad analizados desde una perspectiva de género:

Concepción formal de la argumentación	Concepción material de la argumentación	Concepción pragmática de la argumentación
Lógica (silogismo judicial)	Unidad del razonamiento teórico y práctico	La argumentación como actividad
Método analítico Positivismo jurídico	Objetivismo moral Iusnaturalismo	Implantación social Teoría Crítica del Derecho
En perspectiva de género: Igualdad formal A todas las personas se les reconoce a través de diversas fuentes – principalmente la legislativa-- los mismos derechos.	En perspectiva de género: Igualdad material El sexo, el género, las preferencias/ orientaciones sexuales, la raza, la religión, entre otros, determinan que, pese al reconocimiento formal, no sea posible que todas las personas gocen efectivamente de los derechos.	En perspectiva de género: Igualdad estructural Existen factores que, sin posibilidad de opción y sin que medie decisión autónoma, colocan a las personas dentro de grupos históricamente marginados y sometidos. Estos grupos son, por ejemplo: las mujeres, las personas de ascendencia africana, adultas mayores, indígenas, migrantes y/o personas desaventajadas económicamente.

2

² El cuadro fue realizado considerando tres fuentes: Un texto de Manuel Atienza publicado en la revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007) ISSN: 0214-8676 pp. 661-663, Universidad de Alicante, España; El libro de Manuel Atienza “El derecho como argumentación”; y el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México. Se presentó en la publicación descrita en la nota al final ii.

Filosofía del Derecho y transformación social, el objetivo que persigue la perspectiva de género en materia judicial.

Como se advierte, la Teoría General del Derecho analizada desde la perspectiva de género, exige asumir una visión holística e integradora de las diversas teorías, métodos y sistemas jurídicos que permita en su conjunto por un lado, hacer efectivo el derecho a la igualdad, y por otro transformar la sociedad a través de las sentencias judiciales. Atienza señala que una concepción postpositivista del Derecho debe ser asumida como una transformación social de todo aquello que contribuya a una sociedad más igualitaria y menos excluyente, en la que todos tengan la oportunidad de desarrollarse como seres humanos; y para lograr esa transformación es necesario: 1.-que el papel de la filosofía del derecho sea indirecto (no autorreferente), para seguir siendo relevante; 2.-que los profesionales del Derecho asuman concepciones no positivistas en su labor cotidiana de relevancia social; 3.-no subestimar el papel de la dogmática jurídica en la aplicación, interpretación y legislación del derecho; 4.-extender la cultura jurídica fuera de sus fronteras (relevancia práctica e interés teórico), es decir, que la gente conozca las posibilidades y límites del Derecho; 5.-no reducir el Derecho a su organización social externa (normas, coacción y burocracia); 6.-no ver el derecho como mero instrumento (atender a un objetivismo moral mínimo); 7.-comprender la vinculación entre el derecho y la moral (razón práctica que controle el poder político); 8.-el objetivismo moral mínimo como rasgo central del postpositivismo; 9.-darse cuenta de que el postpositivismo ya está realizando algunos cambios positivos a través de valores constitucionalistas, conjugados con la práctica de los tribunales; y 10.-considerar el papel del Derecho en el desarrollo sostenible como saber organizativo.^{xiv}

Todos estos elementos cobran sentido cuando hablamos de construir una teoría del Derecho con perspectiva de género, porque precisamente lo que pretende esta nueva aproximación del Derecho, es proporcionar una alternativa metodológica sin duda postpositivista, capaz de conjugar todos estos postulados y ponerlos al servicio de una transformación social; como afirma la jueza canaria Gloria Poyatos, el machismo es una enfermedad de transmisión social, y la vacuna para la violencia de género es la educación; que estos nuevos enfoques teóricos nos permitan comenzar con esta ardua labor para

erradicar los estereotipos desde ahora, asegurándonos de que nadie se quede fuera, en especial las mujeres.

ⁱ LA ONU Y LA MUJER. Compilación de mandatos, marzo 2007. Centro de Información de las Naciones Unidas para Argentina y Uruguay, nota al pie p. 13.

ⁱⁱ PALOMO Cecilia. “Teoría general del derecho desde la perspectiva de género”, Revista Saber y Justicia, Escuela Nacional de la Judicatura, Vol. 2-Número 12, ISSN2305-2589. Santo Domingo, República Dominicana, diciembre 2017.

ⁱⁱⁱ <http://www.diarioinformacion.com/universidad/2018/05/09/expertos-derecho-consideran-caso-manada/2018468.html> [Consultada el 12 de mayo de 2018]

^{iv} VIGO, Rodolfo. ¿Qué filosofía del derecho para el mundo latino?, en el marco del “I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino”, Universidad de Alicante, España. Junio de 2016. Disponible en <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Vigo%20ponencia.pdf> [Consultada el 12 de mayo de 2018].

^v ATIENZA, Manuel. Ideas para una filosofía del derecho. Una propuesta para el mundo latino. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Fondo editorial Nuevos Tiempos, Nuevas Ideas. Lima, Perú, 2008, p. 23.

^{vi} Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, Haciendo Realidad el Derecho a la Igualdad, Ciudad de México 2015, p. 76.

^{vii} Cfr. Sentencia Juicio de Amparo 159/2017 IV, Audiencia Constitucional Boca del Río, Veracruz, México, p. 21 y 22. Disponible en: https://issuu.com/pajaropolitico/docs/sentencia_amparo_porkys/16 [Consultado el 12 de mayo de 2018]. El resaltado ha sido añadido. El juez que resolvió este amparo ha sido suspendido mientras el Consejo de la Judicatura estudia las irregularidades en el expediente, el caso actualmente se encuentra en revisión en un Tribunal Colegiado de Veracruz.

^{viii} PERELMAN, Ch., “El razonamiento judicial después de 1945”, Cap. 3 De La lógica jurídica y la nueva retórica, p. 97.

^{ix} Cfr. ATIENZA, Manuel. “El Derecho como Argumentación” ob. cit. p. 177

^x Cfr. ATIENZA, Manuel. “El Derecho como Argumentación” ob. cit. p. 183

^{xi} Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina*, Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia de 27 de abril de 2012 p. 1. Disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_242_esp.pdf [Consultada el 12 de mayo de 2018].

^{xii} Corte I.D.H., *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242 párr. 33.

^{xiii} Cfr. ATIENZA, Manuel. “El Derecho como Argumentación” ob. cit. p. 246

^{xiv} Cfr. ATIENZA, Manuel. “El Derecho como Argumentación” ob. cit. p. 60

^{xv} Blog Juezas y jueces para la Democracia, SENTENCIA PIONERA QUE DEFINE JURÍDICAMENTE Y APLICA LA TÉCNICA DE “JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO”, por la Magistrada especialista del TSJ Canarias Gloria Poyatos Matas. Disponible en <http://jpdsocial.blogspot.com/2017/03/sentencia-pionera-que-define.html> [Consultado el 12 de mayo de 2018]. El resaltado ha sido añadido. El texto de la sentencia está disponible en: <https://drive.google.com/file/d/0BydlsV99HVDyWVRWVVsLUJfMTg/view> [Consultado el 12 de mayo de 2018].

^{xvi} Blog Jueces para la Democracia, ob. cit.

^{xvii} Cfr. ATIENZA, Manuel. “Filosofía del derecho y transformación social”, Editorial Trotta, Madrid 2017, p.101.

^{xviii} Cfr. GISBERT, Susana. Blog disponible en: https://conmitogaymistacones.com/2018/05/11/inocencia-lo-contrario-a-culpabilidad/amp/?twitter_impression=true [Consultado el 12 de mayo de 2018].

^{xix} Cfr. ATIENZA, Manuel. “Filosofía del derecho y transformación social”, ob. cit. p. 346-361