
Análisis del Derecho y perspectiva de género

Rocío Villanueva Flores¹

Esta conferencia panamericana tiene por objeto pensar en las estrategias para introducir el análisis de género en las facultades de Derecho. Me parece que hay, por lo menos, dos reflexiones que hacer. La primera, tiene necesariamente que ver con el número de feministas que somos profesoras en tales facultades y con lo que hemos hecho, o estamos haciendo, por serlo. Sinceramente mi opinión es que si no estamos dentro de las universidades, las posibilidades de introducir la perspectiva de género son bastante reducidas. Solo sabiendo y conociendo desde dentro cómo funcionan las facultades de Derecho podemos pensar en formas reales y eficaces para introducir el análisis de género. Sin embargo, soy consciente de que esta primera reflexión tiene que ver más con los objetivos del movimiento de mujeres y con la evolución de su posición frente al ordenamiento jurídico, y por ello no va a ser objeto de esta intervención.

La segunda, está vinculada con el Derecho y su aplicación, y de ella me voy a ocupar a continuación. Creo que una buena manera de contribuir con la reflexión de la forma cómo se puede introducir el análisis de género en la enseñanza legal, es planteando problemas concretos sobre el rol del Derecho, la identificación de normas jurídicas discriminatorias y la aplicación de los dispositivos legales.

1 Defensora Especializada en los Derechos de la Mujer de la Defensoría del Pueblo del Perú y Profesora de Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Si bien en América Latina los textos constitucionales reconocen derechos fundamentales a las mujeres, aún persisten normas discriminatorias. Peor aún, incluso rigiendo normas jurídicas aparentemente ventajosas para nosotras, la aplicación de las mismas resulta, en ocasiones, abiertamente contraproducente.

Por ello, es interesante identificar los obstáculos del sistema jurídico, proponer soluciones y evidenciar cómo la eficacia de los derechos de las mujeres, no es ya tanto un problema del reconocimiento legal de derechos cuanto de aplicación de las normas jurídicas.

Quiero precisar que las dificultades en la protección de los derechos de las mujeres, no sólo se presentan en los ordenamientos jurídicos en los que la ley es la principal fuente, sino también en el sistema anglosajón de derecho común. Así lo ha sostenido Mary Jane Mossman, quien afirma que la doctrina del precedente también puede convertirse en un instrumento poderoso para mantener el *status quo* y para racionalizar la denegatoria de nuevos reclamos². Lo que hay que tener presente es que las barreras que hay que vencer para mejorar la condición legal de las mujeres son de tipo cultural y ellas van más allá de la familia del Derecho en la que el sistema jurídico se ubique. Y es en este punto en el que la perspectiva de género es útil para evidenciar cómo el Derecho también ha contribuido a reforzar el conjunto de características diferenciadas que cada sociedad asigna a las mujeres y a los hombres.

El feminismo académico anglosajón impulsó el uso de la categoría *gender* en los años setenta para separar las construcciones sociales y culturales de la biología. De esta forma, se pone de manifiesto que las características humanas consideradas 'femeninas' son adquiridas por las mujeres mediante un complejo proceso individual y social, en vez de derivarse naturalmente de su sexo³. La categoría género "pasa a ser una forma de denotar las construcciones culturales, la creación totalmente social de las ideas sobre los roles apropiados para mujeres y hombres"⁴.

2 Mary Jane Mossman, "Feminism and Legal Method: The Difference it Makes", en *At Boundaries of Law. Feminism and Legal Theory*, Martha Albertson Fineman y Nancy Sweet Thomadsen (eds.), Routledge, Nueva York, 1991, p. 292.

3 Marta Lamas, "Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género", en *Género. Conceptos básicos*, Programa de Estudios de Género, Facultad de Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 65.

4 Joan Scott, "El género: una categoría útil para el análisis histórico", en *Género. Conceptos básicos*, *op. cit.*, p. 15.

La perspectiva de género también es útil para explicar por qué a pesar del reconocimiento legal de los derechos de las mujeres, los jueces siguen expidiendo resoluciones cuyo contenido pareciera desconocer tales derechos. Y es que, como afirma Marcela Lagarde, la cultura social tarda más tiempo en elaborar los cambios sociales que se viven⁵, y por eso los operadores del Derecho siguen considerando que las mujeres deben observar determinados comportamientos, aunque, formalmente, la norma jurídica no los exija. Esto se nota, por ejemplo, en las investigaciones policiales y judiciales de los delitos contra la libertad sexual, pues a partir de las preguntas que se efectúa a las víctimas, se desprende que los operadores del Derecho esperan que ellas hayan tenido una conducta sexual irreprochable antes de la comisión del delito, para ser 'merecedoras' de la protección del Estado. De esta forma, la investigación se desplaza del delito denunciado al pasado sexual de las víctimas, aunque legalmente, sea posible sancionar a quien viola a una prostituta.

1. El rol del derecho: perfeccionismo ético vs. autonomía individual

No hay rama del Derecho que no pueda ser analizada desde la óptica de los derechos humanos, máxime si se quiere determinar la justicia o injusticia de las normas jurídicas.

Ronald Dworkin distingue tres clases de teorías de la justicia, las que se basan en derechos, las que se basan en deberes, y las que se basan en metas colectivas, según sean los derechos individuales, los deberes que se imponen a las personas, o las metas colectivas a alcanzar, el elemento fundamental, aunque no único, de la respectiva teoría de la justicia⁶. El utilitarismo es un ejemplo de teoría de la justicia basada en metas colectivas, mientras que los imperativos categóricos kantianos componen una teoría basada en deberes. En cambio, las teorías basadas en derechos humanos, son el ejemplo clásico de teoría de la justicia basada en derechos individuales.

5 Marcela Lagarde, *Género y desarrollo desde la teoría feminista*. Centro de Información y Desarrollo de la Mujer (Cidem).

6 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Ariel Derecho, Barcelona, 1984, p. 261.

En la actualidad existe consenso en considerar que un sistema jurídico es justo cuando consagra y respeta los derechos humanos⁷. Ahora bien, el fundamento de estos derechos es quizá uno de los problemas más complejos de la filosofía moral. Aunque no es objeto de este artículo discutir sobre tal problema, sí quiero referirme, aunque sea brevemente, a uno de los principios que, en mi opinión, no puede estar ausente de la fundamentación de los derechos humanos: el principio de autonomía individual.

El principio de autonomía individual prescribe que “siendo valiosa la elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”⁸. De acuerdo con el citado principio, la interferencia del Estado queda limitada a las conductas que perjudican a terceros⁹.

En opinión de Carlos Santiago Nino, el principio de autonomía individual fundamenta determinados derechos básicos, como la libertad de realizar cualquier acto que no perjudique a terceros, la libertad de expresión de ideas religiosas, la libertad en el desarrollo de la vida privada, la integridad corporal y psíquica, el derecho al trabajo, etc.¹⁰. Estas manifestaciones del principio de autonomía están reconocidas en los textos constitucionales de América Latina.

A pesar de su reconocimiento constitucional, el sistema jurídico no siempre ha respetado la autonomía de las mujeres, y por ello hemos sido objeto de normas legales que han dificultado o impedido que podamos elaborar nuestros propios planes de vida, y que seamos, en definitiva, dueñas de nuestro propio destino.

La concepción opuesta al principio de autonomía individual se denomina perfeccionismo. Según esta concepción, lo que es bueno para

7 Francisco Laporta, “Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo”, en *Historia de la ética*, tomo III, Victoria Camps (de.), Editorial Crítica, Barcelona, 1989, pp. 292-294.

8 Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 205.

9 Sobre las excepciones al principio liberal del daño véase Garzón Valdés, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en *Doxa* N° 5, Alicante 1988, pp. 155-173.

10 Nino, *Ética y derechos humanos ...*, *op. cit.* pp. 224-229.

un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de formas de vida, pudiendo el Estado, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses o planes de vida que considera objetivamente mejores¹¹.

El Estado se ha valido del ordenamiento jurídico para imponer modelos de virtud personal, reforzando a través de las normas legales patrones de comportamiento abiertamente contrarios al principio de autonomía individual, equiparando muchas veces, la esfera del pecado a la esfera del delito¹². Hay que tener en cuenta el innegable poder del Derecho, pues a diferencia de otros sistemas normativos monopoliza el uso de la fuerza en la sociedad. De ahí que, por ejemplo, sólo el Código Penal pueda, legalmente, imponer penas privativas de libertad.

La imposición de formas de vida, de roles o de patrones de comportamiento mediante disposiciones legales se puede hacer de dos maneras. La primera, directamente, sancionando a aquellas personas que se apartan de dichos patrones. La segunda, indirectamente, desprotegiendo o colocando en una situación de indefensión a quienes se apartan de ellos. Éste ha sido el caso de algunas normas penales.

1.1. El refuerzo directo de roles y modelos de virtud personal

El Derecho ha contribuido a reforzar patrones de conducta y modelos de virtud personal, pues los distintos roles socialmente asignados a las personas sobre la base del sexo fueron incorporados al Derecho, a través de normas jurídicas discriminatorias para la mujer¹³. Veamos algunos ejemplos.

El primero de ellos es la regulación penal del adulterio en el primer Código Penal peruano, de 1863¹⁴.

Artículo 564º.- La mujer que cometa adulterio perderá todos los derechos de la sociedad conyugal, y sufrirá una reclusión por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pase de seis meses.

11 *Ibidem*, p. 205.

12 Véase H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Oxford Paperbacks, 1971, pp. 1-24.

13 Sobre el principio de igualdad véase Francisco Laporta, "El principio de igualdad: introducción a su análisis", en *Sistema* N° 67, Madrid, julio, 1985, pp. 3-31 y *El concepto de igualdad*, Amelia Valcárcel (comp.), Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994.

14 Este código rigió hasta 1924.

El sujeto activo del delito de adulterio era la mujer. La conducta idéntica del hombre no estaba sancionada, pues la cónyuge era la única llamada por la ley a tener una conducta virtuosa y en consecuencia, a ser fiel a su marido. Se escondía detrás del artículo citado la concepción de que era “propio” o “natural” de la mujer ser fiel mientras era “propio” o “natural” del marido ser infiel, distinción que se cuestiona desde la perspectiva de género.

Por su parte, el artículo 110° del Código Civil de Guatemala, vigente desde 1963, establece el deber del esposo de proteger y asistir a su mujer, estando obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar. En cambio, la mujer tiene, especialmente, el derecho y la obligación de atender y cuidar a sus hijos durante la minoría de edad y dirigir los quehaceres domésticos. Adicionalmente, el artículo 113° del mismo cuerpo legal, establece que la mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, siempre y cuando estas actividades no perjudiquen el interés y cuidado de los hijos y demás atenciones del hogar. Una vez más el Derecho asume que lo “propio” de la mujer es atender las tareas domésticas mientras que lo “propio” del hombre es trabajar fuera del hogar.

Cabe destacar que el artículo 49° de la Constitución de Guatemala señala expresamente que el Estado debe promover la igualdad de derechos de los cónyuges y la paternidad responsable. Asimismo, Guatemala ha suscrito la Convención sobre los Derechos Políticos de las Mujeres (ratificada el 7 de octubre de 1959), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ratificada el 12 de agosto de 1982) y la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (ratificada el 7 de setiembre de 1951)¹⁵.

El Derecho es, en el ejemplo guatemalteco, un instrumento para reforzar el rol tradicionalmente asignado a las mujeres, de crianza de los hijos, actividad de la que, social y legalmente, se excluye a los varones guatemaltecos.

15 Véase *Mujeres del mundo: leyes y políticas que afectan sus vidas reproductivas. América Latina y el Caribe*, Centro legal para derechos reproductivos y políticas públicas - DEMUS, Estudio para la defensa de los derechos de la mujer, Nueva York, 1997, pp. 120 y 127.

1.2. El refuerzo indirecto de modelos de virtud personal

El Código Penal de 1924, que rigió en el Perú hasta 1991, reguló el delito de seducción en el Título I, Delitos contra la libertad y el honor sexuales, de la sección Tercera, Delitos contra las buenas costumbres:

Artículo 201.- Será reprimido con prisión no mayor de dos años, el que sedujera y tuviere el acto carnal con una joven de **conducta irreprochable** de más de catorce años y menos de dieciocho, siempre que no medie la circunstancia agravante prevista en el tercer párrafo del artículo 199, en cuyo caso la pena será de prisión menor de dos años.

Si bien, y a diferencia del ejemplo anterior, la ley no exigía directamente un específico comportamiento, limitaba su protección a aquellas jóvenes que hubieran guardado un comportamiento irreprochable. Este comportamiento fue interpretado por la jurisprudencia peruana de la siguiente manera:

“La ley no protege el hecho de la virginidad en sí mismo, sino la honestidad. Mujer honesta es la que no ha tenido contacto carnal con un hombre, voluntariamente, en época anterior a la del nuevo delito” (Ejecutoria del 30 de marzo de 1937).

“(…) No puede reputarse conducta irreprochable en la presunta agraviada, quien se embriaga con personas a quienes recién conocía” (Ejecutoria de 25 de junio de 1945).

Otro ejemplo de refuerzo indirecto de patrones de virtud personal fue el artículo 196° del Código Penal de El Salvador, que rigió hasta enero de 1998. Según este artículo, el delito de violación de una prostituta, se sancionaba con una pena de tres meses a dos años de prisión, pena mucho menor que la impuesta para el delito de violación de cualquier otra persona.

Para defender que normas legales como las citadas sean derogadas es importante tener presente que la función del Derecho no consiste en imponer patrones de virtud personal, sino en garantizar que los individuos, hombres y mujeres, puedan elegir libremente sus proyectos de vida. Ello debe ser así en todo sistema jurídico que se considere respetuoso de la autonomía individual y del principio de igualdad. Como afirma Robert Alexy “el sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la deci-

sión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar su campo de decisión¹⁶. Estos derechos sirven para afirmar valores¹⁷, y para dotar al sistema jurídico de un contenido ético, que permita respetar la elección de las personas.

Por ello, se recurre a la autonomía individual para defender, por ejemplo, la despenalización del consumo de drogas. Como afirma Carlos Santiago Nino, esto no significa “que el envilecerse y degradarse no deba ser condenado en contextos no jurídicos: sólo significa que, como decía el penalista Francesco Carrara, las funciones de un legislador no deben confundirse con las de un moralista; tal legislador debe poder decir a los súbditos, en palabras de ese autor: sed viciosos si os place, tanto peor para vosotros, yo no tengo derecho a infligiros penas por ello”¹⁸.

2. La identificación de las normas jurídicas discriminatorias

La aprobación de textos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y en particular, el derecho a la igualdad, suele conllevar un proceso de reforma de aquellos códigos y leyes que contienen normas discriminatorias. Además, como en el caso peruano, existen ordenamientos jurídicos en los que los jueces, por mandato constitucional, deben inaplicar las normas legales que consideran inconstitucionales (control difuso)¹⁹.

Sin embargo, a pesar de que el derecho a la igualdad se encuentra reconocido en los textos constitucionales y en tratados internacionales suscritos por los países latinoamericanos, aún persisten normas que discriminan directa e indirectamente.

16 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 412.

17 Elizabeth M. Schneider, “*The Dialectics of Rights and Politics: Perspectives from the Women’s Movement*”, en *At Boundaries of Law...*, *op. cit.*, p. 303.

18 Nino, *Ética y derechos humanos ...*, *op. cit.*, p. 427.

19 El artículo 138º de la Constitución peruana de 1993 establece que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera (...)”.

2.1. La discriminación directa

La discriminación directa es el tratamiento jurídico diferenciado, injustificado y desfavorable a una persona por razón de sexo²⁰. Veamos algunos ejemplos.

El artículo 45° del Código Civil peruano establece que:

“La incapacidad de las personas de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. Tratándose de mujeres mayores de catorce años cesa también por matrimonio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste”.

Por su parte, el artículo 1,749° del Código Civil chileno señala que:

“El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer (...)”.

Asimismo, el artículo 107° del Código Civil chileno permite tanto a hombres como a mujeres contraer matrimonio a la edad de 18 años. No obstante, la mujer mayor de 12 años y el hombre mayor de 14, pueden celebrarlo autorizados por su padre legítimo, y a falta de éste por su madre legítima.

Otro ejemplo de norma discriminatoria directa es el artículo 109° del Código Civil de Guatemala, que dispone que la representación conyugal corresponde sólo al marido.

Quiero resaltar que si bien el sexo debe tenerse en cuenta como “categoría sospechosa”²¹ para evaluar si una norma jurídica es discriminatoria, existen supuestos en los que está justificado un trato diferenciado por razón de sexo, como la normativa sobre embarazo y maternidad. Sin embargo, estas previsiones del legislador no son libres, sino que se deben justificar por su razonabilidad²². También está justificado

20 Véase, Fernando Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995, p. 68.

21 Véase Rocío Villanueva, “Las cuotas de mujeres en las listas electorales”, en *Socialismo y participación* N° 79, Lima, setiembre de 1997, p. 33.

22 Pablo Pérez Tremps, “Constitución y derechos de la mujer”, ponencia presentada al

un tratamiento diferenciado en el caso de acciones afirmativas para las mujeres²³.

A pesar de los ejemplos citados, hay que reconocer que con la aprobación de textos constitucionales que consagran el derecho a la igualdad y a la no discriminación, cada vez son menos frecuentes en América Latina normas jurídicas que discriminan directamente. Son más peligrosas aquellas disposiciones jurídicas que lo hacen no expresamente sino de forma indirecta.

2.2. La discriminación indirecta

Según el Tribunal Constitucional español, la discriminación indirecta se presenta en "tratamientos formalmente no discriminatorios de los que se derivan, por las consecuencias fácticas que tienen lugar entre personas de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales" (STC 145/1991)²⁴. Como señala Alda Facio, "para decidir si una ley es discriminatoria hay que analizar sus efectos, no sólo su redacción"²⁵.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ha señalado en su artículo 1º lo siguiente :

"A los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, -independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer-, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera"

II Curso Internacional Mujer y Derechos Humanos, organizado por Manuela Ramos y el Fondo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), Lima, noviembre de 1996, p. 17.

23 Véase Rocío Villanueva, "Las cuotas de mujeres ...", *op. cit.*, pp. 31-37.

24 Para Alda Facio este tipo de discriminación se presenta cuando una ley "es susceptible de ser interpretada y aplicada de forma discriminatoria o cuando es conocida por la población en general en forma discriminatoria", véase *Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, Ilanud, Proyecto Mujer y justicia penal, San José, 1992, pp. 83-84.

25 *Ibidem*, p. 82.

El artículo 337° del Código Civil peruano, ubicado en el Libro III, Derecho de Familia, referido a las causales de separación de cuerpos y de divorcio, antes de su modificación por el Tribunal Constitucional, constituía un buen ejemplo de norma discriminatoria indirecta:

Artículo 337°: La sevicia²⁶, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.

Este artículo discriminaba indirectamente a las mujeres, pues a pesar de estar redactado de forma neutral, son las personas de sexo femenino las principales víctimas de violencia familiar. El citado dispositivo legal posibilitaba al juez a declarar infundada una demanda de divorcio, si la mujer tenía sólo educación primaria o escasos recursos económicos.

En doctrina se interpretaba tal artículo de la siguiente manera:

“Los jueces al momento de expedir sentencia, no solo deben tener en cuenta las pruebas actuadas en el proceso, sino también dos condiciones esenciales establecidas expresamente en la ley civil:

a) La educación de los cónyuges, esto es, su grado de cultura.
b) Las costumbres de los cónyuges, las que serán apreciadas teniendo en cuenta su posición social.

c) Estas condiciones son fundamentales por cuanto no en todas las personas tienen el mismo efecto los agravios o maltratos. Ello depende de las condiciones personales y familiares de los esposos, de su grado de sociabilidad, del ambiente en que viven, de la formación moral, religiosa e intelectual que han recibido. Nuestra ley civil deja en manos de los jueces la apreciación de estas condiciones, a fin de calificar debidamente si los hechos invocados en la demanda constituyen realmente sevicia”²⁷.

No había en la doctrina tradicional ninguna referencia a los derechos fundamentales vulnerados en el caso de la violencia familiar. Cabe

26 Violencia familiar.

27 José R. Taramona, *Manual del juicio de divorcio*, Edigraf S.A., Lima, 1985, p. 53.

señalar que la derogación del citado artículo había sido incluso recomendada por las Naciones Unidas²⁸.

El 20 de diciembre el Defensor del Pueblo del Perú presentó una acción de inconstitucionalidad contra el referido artículo 337° por violar, entre otros, los derechos de integridad personal y de igualdad, reconocidos en el artículo 2° incisos 1) y 2) de la Constitución Política del Perú. No sólo había en el artículo 337° una discriminación indirecta contra las mujeres sino una discriminación de clase. El caso fue resuelto mediante sentencia de fecha 29 de abril de 1997. El Tribunal Constitucional peruano declaró fundada en parte la demanda, en lo relativo a las causales de sevicia y de conducta deshonrosa.

Otro ejemplo de discriminación indirecta es el artículo 293° del Código Civil peruano. El mencionado artículo estatuye que:

“Cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro. Si éste lo negare, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia”.

Considero que se trata de un artículo discriminatorio, pues la distribución de los roles sobre la base del sexo, ha determinado que mayoritariamente sean las mujeres quienes se ocupen de las labores domésticas y por lo tanto, en la práctica, sean sólo ellas quienes requieran la autorización del marido para trabajar fuera del hogar.

3. La aplicación del derecho

Al iniciar este artículo he sostenido que aunque las leyes sean aparentemente beneficiosas para las mujeres, su aplicación resulta, en algunos casos, absolutamente contraproducente. Ése fue el problema por el que ha atravesado la Ley N° 26260, Ley contra la violencia familiar, en el Perú²⁹. Creo que este es un tema tanto o más preocupante que el de las

28 Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 40° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1996.

29 Véase, Rocío Villanueva, “Notas sobre interpretación jurídica. A propósito de la Ley

normas discriminatorias. Por ello quiero plantear los problemas que pueden presentarse en la aplicación del Derecho así como hacer referencia a la forma cómo se aborda en doctrina algunos de los supuestos de la teoría estándar de la argumentación jurídica.

3.1. Los supuestos de la teoría estándar de la argumentación jurídica

Según Manuel Atienza, la argumentación jurídica puede darse en tres ámbitos: en la producción o establecimiento de normas jurídicas, en la aplicación del derecho y en la dogmática jurídica³⁰. Sin embargo, voy a ocuparme exclusivamente de ciertos problemas de la argumentación jurídica en la aplicación del Derecho. Ello me parece imprescindible, pues en las diferentes ramas del ordenamiento legal se aborda, o se debería abordar, la cuestión de los conflictos jurídicos, y la forma de solucionarlos. De allí el interés que debemos tener en el tema, quienes nos dedicamos a la enseñanza del Derecho.

Las teorías de la argumentación jurídica no solo se ocupan de cómo los jueces justifican las resoluciones sino también de cómo deberían justificarlas. Por lo tanto, este esfuerzo por estudiar la actividad que realizan los operadores del Derecho no sólo pretende verificar el cumplimiento del mandato constitucional de motivación judicial, sino analizar cuál es la mejor forma en que ellos deben fundamentar las resoluciones que expiden, y qué elementos son relevantes en este proceso.

Voy a ocuparme en las próximas páginas de revisar algunos de los supuestos de los que parte la teoría estándar de la argumentación jurídica³¹, para dar cuenta de cómo argumentan, o deberían argumentar, los jueces. Tales supuestos pueden ser cruciales para la defensa de los derechos de las mujeres.

3.1.1. El silogismo judicial y el razonamiento deductivo

Durante algún tiempo se entendió que al razonamiento jurídico podían aplicarse, sin mayor problema, las reglas de la lógica deductiva.

Nº 26260 y la violencia familiar” en *Violencia contra la mujer: reflexiones desde el Derecho*, Manuela Ramos, Lima, 1996, pp. 93-114.

30 Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 19-20.

No obstante, tal como afirma Manuel Atienza, una aproximación de este tipo no permitía entender todos los aspectos de la argumentación jurídica. La conciencia de esta insuficiencia, dio origen a lo que hoy conocemos como teoría de la argumentación jurídica³².

En opinión del citado autor, con el que concuerdo en esta parte, varios son los motivos de insatisfacción de la lógica deductiva. El primero de ellos consiste en que la lógica deductiva sólo suministra criterios de corrección formales, pero se despreocupa de las cuestiones materiales o de contenido³³, que tanto interesan al Derecho. Desde el punto de vista estrictamente lógico, a partir de premisas falsas, se puede argumentar correctamente.

Un segundo motivo de insatisfacción, radica en que el argumento válido deductivamente se refiere a premisas y conclusiones que pueden ser verdaderas o falsas. No obstante, en el Derecho los argumentos parten muchas veces de, y llegan a, normas, es decir, enunciados respecto de los cuales no se puede predicar verdad o falsedad. Para salvar esta segunda dificultad, Atienza propone distinguir dos cosas. En primer lugar, hay que responder a la pregunta de si la relación que guardan las normas válidas (pertenecientes a un sistema) son relaciones de tipo lógico. La respuesta es negativa pues en un mismo sistema puede haber normas contradictorias³⁴.

La segunda pregunta que hay que formular es si se puede inferir válidamente una norma de otra. Aquí, afirma Atienza, la respuesta es afirmativa. De lo que se trata es de corregir la definición de argumento deductivo de la siguiente manera: “Tenemos una **implicación o inferencia lógica o una argumentación válida** (deductivamente), cuando la conclusión necesariamente es verdadera (o bien correcta, justa, válida, etc.) si las premisas son verdaderas (o bien correctas, justas, válidas, etc.)”³⁵.

31 Los principales autores de lo que se conoce como teoría estándar de la argumentación jurídica son Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978; Carlos Santiago Nino, *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985; Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, traducción de Ernesto Garzón Valdés. Véase Atienza, *Las razones del Derecho ...*, *op. cit.*, pp. 22-26.

32 Atienza, *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, p. 235.

33 *Ibidem*, p. 32.

34 *Ibidem*, p. 35.

35 *Ibidem*, p. 36.

Una tercera dificultad de la aplicación de la lógica deductiva al razonamiento jurídico consiste en el carácter de necesidad, que tiene el paso de las premisas a la conclusión³⁶. En el razonamiento jurídico el paso de las premisas a la conclusión no es necesario sino, en el mejor de los casos, altamente probable.

Una cuarta dificultad está relacionada a los límites del silogismo judicial. El razonamiento jurídico es entimemático. Esto significa que en él no aparecen explicitadas todas las premisas utilizadas, pudiendo la conclusión variar cuando se dan informaciones adicionales. En cambio, la lógica deductiva es monotónica, pues si de las premisas $p \rightarrow q$ y p se infiere q , esa misma conclusión se sigue infiriendo por más que agreguemos nuevas premisas. Ello explica por qué el legislador fija un margen para que el juez determine las penas privativas de libertad o establece causales que eximen de responsabilidad penal. Dicha determinación puede depender de la gravedad de los hechos, de la peligrosidad del delincuente, etc.

Por otro lado, el silogismo judicial concluye con un enunciado que establece que A debe ser condenado, en cambio la sentencia **condena** a A. En opinión de Atienza, la sentencia judicial pasa del plano del discurso al de la acción (la condena), lo que cae fuera de la lógica³⁷.

Una quinta dificultad se presenta en el razonamiento por analogía, en el que el establecimiento de la premisa mayor, es el resultado de un razonamiento no deductivo, aunque según Atienza, el argumento puede volverse deductivo añadiéndole premisas³⁸.

Estas dificultades sirven para comprender por qué el razonamiento judicial, aunque sea presentado como un razonamiento deductivo, se ocupa de problemas materiales, cuya solución implicará, por parte del juez, valoración y elección entre diferentes alternativas. De ahí que cuestionemos la tajante distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, así como la no siempre clara diferenciación entre casos fáciles y casos difíciles.

36 *Ibidem*, pp. 36-39.

37 *Ibidem*, p. 42.

38 *Ibidem*, p. 43.

3.1.2. Casos fáciles y casos difíciles: justificación interna y justificación externa

En el Derecho es común distinguir entre los casos fáciles y los casos difíciles. Aun reconociendo las dificultades de la aplicación de la lógica deductiva, se ha dicho que los primeros pueden ser resueltos mediante un razonamiento deductivo³⁹. Por el contrario, en los casos difíciles establecer la premisa normativa o la premisa fáctica puede dar lugar a argumentaciones no deductivas. De este modo, la justificación interna es sólo un problema de lógica deductiva, en cambio, en la justificación externa hay que ir más allá de dicha lógica.

Según Wroblewski, de quien se toma la distinción entre estas dos formas de justificación, “cuando preguntamos si una decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas, estamos hablando de racionalidad interna; cuando preguntamos si las premisas han sido aceptadas correctamente, estamos hablando de la racionalidad externa de la decisión”⁴⁰.

Riccardo Guastini ha cuestionado que la distinción entre casos fáciles y casos difíciles, sea objetiva⁴¹, pues es más bien producto de la interpretación⁴².

Siguiendo la corriente más conservadora en el tema de violencia familiar, que no comparto⁴³, podríamos clasificar un caso en el que hay varios hechos de violencia comprobados como uno fácil, pues tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia han exigido la reiterancia de las agresiones, para declarar fundada una demanda de divorcio por violencia física o psicológica⁴⁴. Por ello, la jurisprudencia peruana estableció

39 Véase Hart, *El concepto de Derecho*, Editora Nacional, México, 1962, traducción de Genaro Carrió, pp. 157-169; Genaro Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abelleo Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 55-61.

40 Jerzy Wroblewski, *Sentido y hecho en el Derecho*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, traducción de Juan Igartua Salaverria, p. 35.

41 Riccardo Guastini, *Dalle fonte alle norme*, G. Giappichelli Editore, 1992, p. 111.

42 Riccardo Guastini, “Genaro Carrió e la trama aperta del diritto” en *L'analisi del ragionamento giuridico*, Materiale ad uso degli studenti a cura de Paolo Comanducci-Riccardo Guastini, vol. II, G. Giappichelli Editore, Torino, 1989, p. 157.

43 Véase Rocío Villanueva, “Notas sobre la interpretación jurídica...”, *op. cit.*, pp. 109-114.

44 Véase las ejecutorias supremas citada por Carmen Julia Cabello en *Divorcio y jurisprudencia en el Perú*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995, pp. 103-106.

que la acción de divorcio por sevicia era fundada, aunque no se hubiera causado daños materiales y físicos a la demandante. “si el marido comete contra ellas **actos vejatorios** de intimidación y amenaza” (Ejecutoria de 1954).

Sin embargo, como veremos en el siguiente punto, las magistradas de la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima, **convierten** un supuesto caso fácil en uno difícil, al exigir, ya no reiterancia sino permanencia, y al justificar la violencia cuando ésta se produce como reacción ante determinados hechos.

3.1.3. Explicar y justificar: contexto de descubrimiento y contexto de justificación

A partir de una distinción de la filosofía de la ciencia, se suele diferenciar entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. En el primero se ubican las llamadas razones explicativas, que tienen que ver con los móviles psicológicos, el contexto social o las circunstancias políticas. En el segundo, se incluyen las razones justificatorias, que “no sirven para entender por qué se realizó una acción o eventualmente para predecir la ejecución de una acción, sino para valorarla, para determinar si fue buena o mala desde distintos puntos de vista, como el punto de vista moral, el prudencial y tal vez el jurídico, según sea la conclusión de esta misma discusión”⁴⁵.

Dicha distinción ha sido un punto de partida de la mayor parte de autores de la teoría estándar de la argumentación jurídica. En consecuencia, tradicionalmente se ha sostenido que “las cuestiones de hecho (esto es, la forma como en efecto fueron creadas las ideas) no tienen relevancia para la justificación de las teorías ni, *mutatis mutandi*, para la justificación de la decisión judicial”⁴⁶.

A su vez, a partir de la distinción planteada, se hace referencia a dos perspectivas. La primera, la de las ciencias sociales, que se ocupa del proceso mental para tomar decisiones y que se considera de interés para los psicólogos y sociólogos. La segunda, propia de las disciplinas

45 Carlos Santiago Nino, La validez ..., *op. cit.*, p. 126.

46 Ana Laura Nettel, “La distinción entre el contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial”, en *Isonomía, Revista de teoría y filosofía del Derecho*, N° 5, México, 1996, p. 110.

que estudian bajo qué condiciones un argumento puede considerarse justificado, y que se considera de interés para los filósofos. La teoría estándar de la argumentación jurídica se ubica dentro de esta segunda perspectiva⁴⁷, dejando de lado todo aquello que tiene que ver con la forma cómo se llegó a la decisión. En esta segunda perspectiva, quien analiza la justificación de una resolución, está interesado en ver si la conclusión de la decisión se sigue de las premisas y no en explicar los motivos, creencias o ideas de quienes deciden.

Esta división que marca cuál debe ser la preocupación de quien intenta justificar una resolución judicial, puede constituir una dificultad para la protección de los derechos de las mujeres.

En mi opinión, no es tan sencillo realizar una división tajante entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, pues las creencias e ideología de los jueces juegan un papel importante en la resolución de los conflictos. Tal como veremos más adelante, la interpretación que se dé al contenido de una norma puede depender, en gran medida, de los valores o pautas culturales que siga un juez. Dichos valores o pautas deben ser tenidos en cuenta para cuestionar una determinada justificación, o para saber por qué aceptarla.

Así lo ha entendido Ana Laura Nettel, al afirmar que no es posible respetar la división entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación y entrar al análisis de cómo de hecho los juzgadores conforman su íntima convicción⁴⁸. Es en el contexto de descubrimiento en donde se ubican los roles socialmente asignados a hombres y mujeres, pero que pueden manifestarse en la interpretación de las normas jurídicas o en la valoración de las pruebas.

Pongamos un ejemplo real para ilustrar por qué no es tan sencillo establecer la diferencia entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, y por qué el primero de ellos también debe interesar al filósofo y al jurista.

El artículo 333° del Código Civil peruano establece, en sus incisos 2° y 4°, que son causales de divorcio:

2. La violencia, física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias.

4. La injuria grave.

47 Atienza, Las razones del Derecho ..., *op. cit.*

48 Nettel, La distinción entre contexto de descubrimiento..., *op. cit.* p. 110.

El día 27 de diciembre de 1995, la señora L.L. de K., esposa de un acaudalado empresario limeño, presentó ante un juzgado peruano una demanda de divorcio por violencia psicológica e injuria grave, aduciendo que era víctima de una conducta permanente de menosprecio, insultos y agresiones verbales hacia su persona por parte de su cónyuge, el señor G.K.C. Llevaban 23 años de matrimonio y tenían cuatro hijos, dos de ellos menores de edad (12 y 16 años).

Entre los hechos descritos y las pruebas acompañadas, cabe citar lo siguiente

a) El día 12 de mayo de 1995, luego de una discusión, el demandado dio la orden a las empleadas del hogar de no obedecer ni atender a la demandante, indicando que él era quien mantenía la casa. Luego de ello, y en presencia de su menor hija de 12 años, subió a la sala de estar, tratando de agredir a su esposa. Ante los gritos del marido, uno de los hijos mayores se levantó para evitar que el demandado golpeará a la demandante. Lo mismo hizo la hija, quien llorando impidió que su padre maltratara a su madre. De estos hechos da cuenta la denuncia policial presentada en la Comisaría de Mujeres de Lima, el 29 de mayo de 1995.

b) Con fecha 7 de junio de 1995, con ocasión de un incidente suscitado con una de las empleadas del hogar, la reacción del demandado fue insultar a gritos a la demandante, tirar al suelo utensilios en la cocina, cortar los cables del teléfono para evitar que llamara al servicio de seguridad del distrito (serenazgo) y arrojar la tetera con agua caliente. Fotografías presentadas con la demanda, dan cuenta de estos hechos.

c) El día 16 de junio de 1995, el demandado llegó ebrio a la casa y ante todos sus hijos se refirió a la demandada en términos soeces. La demandada grabó estos insultos y la grabación fue presentada con la demanda.

d) En otra oportunidad el demandado destrozó dos blusas de seda de la demandante. Las fotografías de estas prendas de vestir, demuestran los hechos aducidos.

Además de demandar el divorcio por causal de violencia psicológica e injuria grave, la cónyuge solicitó una pensión anticipada de alimentos, la tenencia de los hijos menores de edad así como la autorización judicial para retirarse del hogar.

e) Antes de que se admitiera la demanda, el cónyuge agredió físicamente a la demandante, produciéndole una herida en una oreja. Esta agresión fue denunciada en la comisaría y la demandante pasó el examen médico legista. Dichas pruebas fueron presentadas ante el juzgado. Después de esta agresión, ella abandona la casa conyugal, en compañía de su hija de 12 años edad, llevándose algunas de sus pertenencias.

f) Una vez que la señora L.L. de K se retira del hogar conyugal, su esposo ordenó que el resto de las pertenencias fueran puestas en bolsas de basura y enviadas al depósito de una tienda de ropa de la familia de la demandante. Muchos de los objetos personales llegaron rotos al depósito. Para demostrar el agravio y el estado de los objetos personales, se levantó un acta notarial y se tomaron fotografías de las bolsas de basura en la que fueron remitidas las prendas de la demandante.

g) Un día el demandado llamó por teléfono a su hija, e insultó a la demandante. Este hecho provocó el llanto de la niña. La conversación y los insultos fueron grabados, y la cinta presentada en el juzgado.

Mediante sentencia de fecha 2 de junio de 1997, el Juez de Familia (primera instancia) declaró fundada la demanda, a pesar de que señaló que por violencia psicológica había que entender “la **crueledad excesiva** de uno de los cónyuges hacia el otro”, y por injuria grave “la **ofensa inexcusable** manifestada verbalmente o a través de una conducta que atentara contra los deberes de respeto mutuo, fidelidad y asistencia que se deben los cónyuges”. En otras palabras, según el Juez de Familia, la crueldad y la ofensa (a secas) no son suficientes para declarar fundada una demanda de divorcio, sino que se exige que sean excesivas e inexcusables. Por el contrario, no se toma en cuenta los derechos fundamentales de la víctima, vulnerados por el agresor desde el primer acto de violencia.

El cónyuge demandado apeló la sentencia, y la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima la revocó, declarando infundada la demanda de divorcio, mediante sentencia de fecha 23 de setiembre de 1997.

A continuación transcribo parte de la citada sentencia:

Expediente N° 1749-97

“CONSIDERANDO:

Primero.- Que revisados los autos, puede colegirse que si bien es cierto la parte demandante ha aportado medios probatorios (documentos: copia de denuncias policiales, grabaciones y fotografías y reconocimiento de los últimos), para tratar de llevar la convicción o certeza respecto al “permanente” menosprecio, insultos y agresiones verbales que afirma ser víctima, tratándose, como la propia actora expresa, tanto en su escrito de demanda como en su declaración presentada en al acto de la Audiencia realizada el cinco de febrero del presente año, cuya acta obra de fojas cuatrocientos noventa a fojas cuatrocientos noventicinco del cuaderno principal, de reacciones motivadas ante determinadas conductas de la misma: “decisión adoptada el tres de marzo de mil novecientos noventicinco de interrumpir la cohabitación, reacción por llamada de atención al chofer el seis de mayo de mil novecientos noventicinco, reacción ante un altercado producido el doce de ese mes y reacción producida el dieciséis de junio de dicho año, por la presentación por la abogada de la actora, de una propuesta de convenio de separación convencional”.

Segundo.- Que, consecuentemente, al no haber probado la accionante el permanente menosprecio, insultos y agresiones verbales que alega, los que sustentan su pretensión de divorcio, debe declararse infundada la demanda.

Tercero.- Que, de otra parte, es necesario precisar que en el derecho de familia es fundamental el rol del juez, quien en casos como el presente, cuando llega a su conocimiento la existencia de conflicto familiar, no puede adoptar una postura de simple espectador, correspondiéndole, intentar restablecer el equilibrio roto y afianzar el núcleo familiar, prevaleciendo el interés superior que propugna preservar la integridad de la familia y la de sus miembros.

Cuarto.- Que, consecuentemente, resulta necesario dictar una medida terapéutica, siendo imprescindible la colaboración de los integrantes del núcleo familiar, máxime que los hijos menores del matrimonio: G.A. y J. L. K. L, nacidos el seis de diciembre de mil novecientos setentinueve y el quince de octubre de mil

novecientos ochentitrés, respectivamente han presenciado los hechos, según lo expuesto por las partes en la demanda y en la contestación de la misma (...)

REVOCARON la sentencia apelada (...); REFORMÁNDOLA declararon infundada la precitada demanda; consecuentemente, subsistente el vínculo matrimonial contraído por las partes el veintiocho de abril de mil novecientos setentitrés ante la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, Provincia de Lima; DISPUSIERON que el núcleo familiar integrado por los cónyuges O.G.K.C, L.L.P. de K y sus hijos G.G, F. C, G.A. y J.L . K.L, realicen en conjunto, una terapia a cargo de un psicólogo profesional, quien se encargará de evaluar y diagnosticar la problemática existente y reconstruir el comportamiento y trato entre los mismos; MANDARON que don O.G.L.C y doña L.L.P, indiquen el profesional designado, quien deberá diagnosticar e informar a esta Sala Superior sobre la problemática evaluada y los resultados de su labor, así como, las recomendaciones sugeridas (...).”

Sin lugar a dudas si alguien quisiera dar cuenta del razonamiento de las integrantes de la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima, no podría hacerlo sin recurrir al contexto de descubrimiento, es decir, a los criterios ideológicos que determinaron la interpretación del artículo 333º incisos 2) y 4)⁴⁹.

De la lectura de la citada sentencia se desprende que a pesar de estar probados los hechos de violencia verbal y física, las magistradas han interpretado que:

a) La violencia psicológica y la injuria grave para ser causales de divorcio deben ser “permanentes”. Es decir, aunque en ninguno de los incisos citados se emplea la palabra “permanente”, el juez debe interpretar que tanto la violencia psicológica como la injuria grave deben tener esa característica para que una demanda de divorcio sea declarada fundada.

49 Mediante resolución de fecha 23 de enero de 1998 la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha admitido el recurso de casación contra la mencionada sentencia por interpretación errónea de una norma de derecho material.

b) La permanencia requiere algo más que una sucesión de hechos, pues los hechos de violencia están probados, tal como se afirma en el primer considerando de la sentencia.

c) La violencia está justificada cuando se produce como reacción ante determinadas conductas y en tales casos no puede ser considerada como causal de divorcio (ejemplo: decisión de interrumpir la cohabitación, reacción producida por la presentación de una propuesta de separación convencional, etc.)

d) La integridad de la cónyuge no es tan importante como la integridad del resto de los miembros de la familia.

e) A pesar de la violencia, los jueces están en capacidad de predecir cuándo la pareja podrá reconciliarse y en consecuencia ordenar una terapia familiar como solución al conflicto.

La Sala de Familia de Lima omite, sin embargo, pronunciarse sobre los alimentos de la cónyuge, con lo cual **condenan** a la mujer a regresar a la casa del agresor. Y digo agresor pues en la propia sentencia no solo se establece que hubo violencia sino que ésta fue presenciada por los hijos menores. Por otro lado, si las magistradas consideran que los cónyuges pueden reconciliarse asistiendo a una terapia familiar, habría que preguntarse en qué situación quedaría la víctima si el psicólogo informara a la Sala de Familia que el deterioro de la relación conyugal es tal, que es imposible pensar que los cónyuges puedan volver a convivir pacíficamente.

Los cinco puntos citados demuestran que según las ideas y creencias de los jueces, la cónyuge debe soportar necesariamente “una cuota mínima” de violencia familiar. De esta forma, uno o algunos actos de violencia familiar, por debajo de ese mínimo, no justificarían en su opinión que una demanda de divorcio fuera declarada fundada. Además, según esas ideas y creencias, hay agresiones conyugales que pueden justificarse, como por ejemplo la que sufre la cónyuge luego de que su abogada le presenta al esposo un proyecto de separación convencional. Adicionalmente, consideran más importante mantener el vínculo matrimonial antes que proteger los derechos de la mujer agredida. Estas ideas dan sustento a una determinada interpretación de la violencia familiar como causal de divorcio. Por último, parecen no considerar que el ámbito familiar y

doméstico puede ser también un lugar identificado con la subordinación femenina⁵⁰.

Con ejemplos de este tipo, ¿es posible distinguir tan tajantemente entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, como pretende la teoría estándar de la argumentación jurídica?

De los dos supuestos de la teoría estándar cuestionados, éste es el que puede crear más obstáculos para la defensa de los derechos de la mujer, pues tanto en la interpretación de las normas jurídicas cuanto en la valoración de las pruebas, las ideas, creencias y patrones culturales juegan un papel importante. Por ello, deben formar parte del análisis y de la crítica a la forma cómo argumentan los aplicadores del Derecho, máxime cuando en ella no se toman en cuenta los derechos fundamentales involucrados.

3.2. Problemas en la aplicación del derecho

Insistiendo en la división entre casos fáciles y casos difíciles, Manuel Atienza identifica cuatro problemas en la aplicación del Derecho⁵¹, que pueden presentarse por separado o conjuntamente en los casos difíciles. Al margen del cuestionamiento a tal división, e incluso obviándola, me parece que la identificación de tales problemas puede resultar bastante útil para analizar los casos.

3.2.1. Problemas de relevancia

Los problemas de relevancia se presentan cuando existen dudas sobre cuál es la norma aplicable al caso.

Ejemplo:

El artículo 333° del Código Civil peruano, establece como causales de divorcio al adulterio (inciso 1) y a la conducta deshonrosa que hace insostenible la vida en común (inciso 6).

Un conocido político peruano es fotografiado en la plaza San Marcos (Venecia-Italia), con una mujer a quien llevaba de la mano, que no

50 Teresita De Barbieri, "Sobre la categoría género una introducción teórica-metodológica", en *Género. Conceptos básicos*, *op. cit.*, p. 33.

51 Manuel Atienza, *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, p. 244.

era su esposa, sino otra, no menos conocida, modelo peruana. La citada fotografía aparece en la carátula de una revista. De regreso al Perú, el mencionado político es visto con la misma modelo en lugares públicos. En una fiesta de fin de año, llevada a cabo en hotel al sur de Lima, es visto nuevamente con otra mujer, también modelo. En esta ocasión, solicita una habitación en el hotel, se registra como A.A y pasa la noche junto a su acompañante.

La cónyuge consulta qué causal de divorcio puede invocar. Si bien los hechos parecen configurar la causal de adulterio, la abogada le aconseja demandar por conducta deshonrosa, teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia existentes:

a) A partir de un enfoque comparativo entre las causales de conducta deshonrosa y adulterio, la doctrina establece “que si el cónyuge se muestra públicamente con persona distinta a su consorte, **poniendo en evidencia relaciones románticas**, de manera continua, no llegando a una relación sexual adulterina, o al menos esta no es del todo manifiesta o demostrable, daría lugar a la conducta deshonrosa y no al adulterio”⁵².

b) La jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú ha establecido los siguientes criterios:

- “Del análisis y valoración de lo actuado, se desprende que el actor ha acreditado los fundamentos de su demanda respecto de la causal de conducta deshonrosa, la misma que es entendida como la realización de actos repetidos, que atentan contra la estimación y respeto que se deben recíprocamente los cónyuges, actos de por sí, y dada la trascendencia de los mismos, llegan a afectar la armonía y unidad conyugal. Conforme a este orden de ideas, las testimoniales de fojas ..., prestadas en forma coherente y con explicación de sus dichos, así como las instrumentales de fojas... y siguientes ..., y peritaje de fojas ... contra las que no se ha formulado observación alguna, **revelan de manera inequívoca que entre la demandada y, existió más que una simple amistad, que no obstante su estado de casada y por ende debe con-**

52 Carmen Julia Cabello, *Divorcio y jurisprudencia en el Perú*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, pp. 223-227.

servar el principio de fidelidad hacia su esposo, tomó actitudes diferentes y contrarias que por otro lado son permanentes y continuas y que precisamente tipifican la conducta deshonrosa, con el agregado que por este comportamiento de la demandada, le resulta imposible al actor hacer vida en común” (Ejecutoria de 20 de enero de 1986).

- “Las fotografías de fojas 35 a 39, donde se advierte la reiterancia en exhibirse públicamente y sin reparos, con otra mujer, **demonstrando una relación sentimental no compatible con la condición social de su familia**, configuran una conducta al margen de la tolerancia humana que no puede ser sobrellevada con dignidad. Siendo esto así tiene que concluirse que está probada la causal de conducta deshonrosa materia de la demanda” (Ejecutoria de 2 de junio de 1992).

- “**Definiéndose el adulterio como el yacimiento carnal que realiza una persona con otra distinta de su cónyuge, la probanza que se realice, debe ser encaminada a demostrar fehacientemente tal hecho.** Las connotaciones que dentro de la vida matrimonial conlleva tal causal, determina que la misma debe acreditarse en forma fehaciente y concluyente, mas no basarse en meras especulaciones y deducciones; que en todo caso pueden determinar la comisión de otra causal, como la conducta deshonrosa, mas no el adulterio” (Ejecutoria de 11 de agosto de 1992).

Estudiar las ventajas de un cambio jurisprudencial y buscar argumentos para ello, es todavía una tarea pendiente.

3.2.2. Problemas de interpretación

Los problemas de interpretación se relacionan con las posibles lecturas que admiten las normas jurídicas⁵³. Pueden presentarse dos supuestos. En el primero de ellos hay una insuficiencia en la información y por lo tanto, cabe aplicar la analogía. Veamos el siguiente ejemplo.

53 Véase Rocío Villanueva, “Notas sobre interpretación jurídica...”, *op. cit.*, pp. 93-114.

El Texto Único Ordenado de la Ley contra la Violencia Familiar peruana, aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-JUS, establece lo siguiente:

Artículo 2.- A los efectos de la presente ley, se entenderá por violencia familiar cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzcan entre:

- a. Cónyuges;
- b. Convivientes;
- c. Ascendientes;
- d. Descendientes;
- e. Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; o
- f. Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.

Las ex convivientes y las ex cónyuges no están expresamente comprendidas en el texto legal. Sin embargo, aplicando la analogía tales casos pueden ser comprendidos dentro de los alcances de la ley de violencia familiar. De esta forma, la integración del Derecho permite innovar en el sistema jurídico, ya que hay una adecuación de un sistema constituido por normas fijas, a un medio en constante transformación⁵⁴, y por ello puede ser empleado para ampliar la protección de las mujeres⁵⁵. Cabe recordar que la analogía tiene un componente valorativo, pues las semejanzas entre los casos no se descubren sino que se construyen.

Ahora bien, el segundo supuesto se presenta cuando hay un exceso de información, pues la norma puede entenderse de diversas maneras.

54 Manuel Atienza, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986, p. 180.

55 El artículo 4° del reglamento de la ley de violencia familiar peruana, aprobado por Decreto Supremo N° 002-98-JUS, amplía el alcance del inciso f) del artículo 2° del Texto Único Ordenado de la Ley de Violencia Familiar, al señalar que para los efectos del citado inciso "se entiende como habitantes del hogar familiar, entre otros, a los ex cónyuges o ex convivientes que habitan temporalmente en el predio donde reside la víctima de los actos de violencia familiar, conforme a lo dispuesto en el citado artículo, durante el momento en que se produjeron los hechos".

La forma de interpretar el inciso 2) del artículo 333º del Código Civil peruano en la sentencia de divorcio antes analizada, constituye un supuesto de este tipo. La doctrina tradicional entiende que las formas de violencia familiar deben reunir determinados requisitos. Por ello, se exige, que la violencia física sea "excesivamente cruel"⁵⁶ (o permanente) para ser causal de divorcio.

Con este tipo de interpretaciones, se restringe la posibilidad de que las mujeres puedan obtener una sentencia favorable en los procesos de divorcio por violencia familiar, pues se asume que ellas deben soportar determinadas dosis de maltrato.

En la elección que realiza el intérprete entre las atribuciones de significado posibles, está presente, como se ha puesto de manifiesto, un elemento ideológico, que a pesar de las normas nacionales y de los tratados internacionales suscritos, continúa reforzando la idea de que la mujer debe soportar la violencia familiar en aras de la conservación del vínculo matrimonial. De esta forma, parece que en los temas de familia las normas jurídicas no son analizadas en el marco de los derechos humanos, pues se olvida que la violencia familiar vulnera, entre otros, el derecho a la integridad, y puede afectar incluso el derecho a la vida.

3.2.3. Problemas de prueba

Estos problemas se presentan cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar.

La prueba suele ser uno de los problemas centrales en los delitos contra la libertad sexual, sobre todo cuando la víctima no denuncia inmediatamente.

Perfecto Andrés Ibáñez ha puesto de manifiesto cómo los hechos constituyen una materia tradicionalmente olvidada por la mayoría de las teorías de la interpretación, y abandonada así a la subjetividad del intérprete⁵⁷. En su opinión, si bien existe libertad en la apreciación de los datos probatorios, dicho ejercicio constituye una actividad racional y por lo tanto controlable⁵⁸. Por ello es que en la actualidad se plantea

56 Héctor Cornejo Chávez, *Derecho familiar peruano*, tomo I, Sociedad Conyugal, Studium, Lima, 1985, p. 327.

57 Perfecto Andrés Ibáñez, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal" en *Doxa* N° 12, Alicante, 1992, p. 263.

58 *Ibidem*, p. 280.

que el control de la casación se dé también sobre la adecuación de la motivación en materia de hecho⁵⁹.

Asimismo, Perfecto Andrés afirma que sobre el conocimiento relativo a los hechos, al estar también mediado por el lenguaje “pesa idéntica carga de relativismo y de incertidumbre y de ambigüedad que en todos los demás casos en que esa mediación tiene lugar. Esto es importante porque las mismas peculiaridades (ambigüedad, textura abierta, zonas de penumbra) que se predicen de los enunciados deónticos suelen encontrarse también presentes en los enunciados que se expresan en lenguaje observacional; por más que éstos hayan de tener normalmente como referente entidades connotadas por un menor nivel de abstracción”⁶⁰.

En la mayor parte de ordenamientos jurídicos las pruebas son valoradas según la íntima convicción del juez. Por eso, la justificación de los hechos que se pretenden demostrar en un litigio, está ligada a la forma en la que de hecho el juez adquiere esa íntima convicción.

Veamos un ejemplo en el que se cuestiona la valoración que hace el juez de la manifestación de una víctima de violencia sexual.

El artículo 283° del Código de Procedimientos Penales peruano establece que:

“Artículo 283.-Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia”.

S.T.Q. tiene 29 años, fue violada por su asesor de tesis, el profesor universitario A.M.V. y por un compañero de estudios, F.H. el 7 de noviembre de 1997, en Huamanga (Ayacucho Perú). Aquel día, y con el objeto de que el asesor emitiera el informe que le permitiría sustentar la tesis, decidió con F.H. invitar a almorzar al citado profesor. S.T.Q. y sus dos acompañantes concurren a un restaurante.

Ella sostiene que durante el almuerzo los denunciados introdujeron sustancias en la bebida, que le hicieron perder el conocimiento. Cuando despertó se dio con la sorpresa de que se encontraba en el inmueble

59 *Ibidem*, p. 296.

60 *Ibidem*, p. 264.

de la calle X, casa en construcción que pertenece a los padres de F.H. En aquel lugar, A.M.V y F.H la violaron.

S.T.Q denuncia la violación el 14 de noviembre de ese mismo año. El examen médico legista determinó que había desfloración antigua, y el examen toxicológico que se le practicó arrojó un resultado negativo, pues se le hizo siete días después de lo sucedido.

Los inculpados fueron absueltos mediante sentencia de fecha 30 de setiembre de 1997. Una de las razones que adujo el juez para absolver a los inculpados fue la siguiente:

“No explicándose satisfactoriamente el motivo por el que no denunció de inmediato el hecho delictuoso a pesar de su gravedad, existiendo discrepancias entre las versiones de la agraviada antes acotadas, y no habiéndose acreditado los actos de violación sexual, como en el presente caso en que la persona de la agraviada S.T.Q conforme sostiene en su denuncia primigenia que ha sido objeto de violación el día siete de noviembre de mil novecientos noventa y seis, para luego recién denunciar ante la Fiscalía Provincial con fecha catorce de noviembre del referido año, es decir después de haber transcurrido más de siete días consecutivos, la misma que no pudo explicar durante la secuela del proceso este hecho, indicando vagamente que no denunció de inmediato por encontrarse al día siguiente delicada de salud por los efectos de la drogadicción a que fue sometida, por otra parte refiere que no lo hizo por temor a sus familiares y a su novio, por otro lado indica que previamente realizó las investigaciones necesarias, concurriendo a los domicilios de los violadores, para pedirles explicaciones del por qué se habían aprovechado sexualmente, lo cual es ilógico ya que una persona que sufrió una violación sexual no puede recurrir al domicilio de sus violadores los días subsiguientes del acto ilícito”.

Quizá sea en el campo de la prueba en el que la línea que divide el contexto de descubrimiento del contexto de justificación sea más tenue, habida cuenta que las pruebas son valoradas según la íntima convicción del juez.

Si bien es cierto que la presunción de inocencia es un derecho de todo inculpado, y que la suma de indicios es fundamental para la de-

terminación de la responsabilidad penal, quiero llamar la atención sobre determinados puntos de vista de los jueces, que a pesar de integrar el contexto de descubrimiento, forman parte de las razones para exculpar de responsabilidad al inculpado.

En el ejemplo comentado, el juez evalúa negativamente el hecho de que la víctima no denunciara inmediatamente la violación, y afirma contundentemente que es “ilógico” que una persona que ha sufrido una violación sexual se dirija al domicilio de sus violadores a pedirles explicaciones. Estas apreciaciones ignoran que sólo un reducido porcentaje de violaciones son denunciadas, que aquellas víctimas que deciden denunciar deben vencer previamente el miedo y la vergüenza, y que por último, mientras la acción penal no prescriba, el derecho a denunciar está expedito. Vale destacar que el hecho de que el comportamiento de S.T.Q difiera de la conducta que el juez espera de una víctima de violencia sexual, según su ideología, se convierte en un elemento en su contra. Es como si lo “propio” o lo “natural” en dichas víctimas fuera denunciar inmediatamente el delito o no sentir temor o vergüenza. Al no seguir los patrones esperados, pasan de víctimas a sospechosas.

La mayor parte de las teorías de la argumentación se han ocupado de los problemas con relación a las normas jurídicas, descuidando el tema de la prueba de los hechos en litigio. Quizá a esto haya contribuido la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, pues como se ha dicho, tal distinción impide entrar en el análisis de la forma en la que de hecho deciden los jueces sobre la prueba de los hechos en litigio⁶¹.

Sin embargo, es necesario analizar cómo la reconstrucción de los hechos por el juez en el momento de la decisión puede depender de la tradición, de la ideología y de determinados patrones culturales. De la misma forma como la interpretación de las leyes puede depender de la tradición cultural que se siga, la valoración de los hechos también puede depender de las creencias o de la ideología del juez. Por ello, así como hay, a la luz de los derechos humanos, un esfuerzo por erradicar determinadas formas de interpretar las normas jurídicas, debe haber un esfuerzo semejante por abordar los temas relativos a la prueba, asumiendo

61 Nettel, *La distinción entre el contexto de descubrimiento ...*, *op. cit.*, p. 110.

do que los hechos no son esos fríos datos de la realidad, sino que en su reconstrucción se presenta una carga de subjetivismo, que debe ser también pasible de control judicial.

3.2.4. Problemas de calificación

Estos problemas surgen cuando hay dudas sobre si un determinado hecho, que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma.

Los delitos de violación sexual contra mayores de 14 años suelen crear innecesariamente este tipo de problema. El artículo 170° del Código Penal peruano tipifica dicho delito de la siguiente manera:

“Artículo 170°.- El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años (...)”.

Por su parte, el delito de seducción está regulado como sigue:

“Artículo 175°.- El que, mediante engaño, practica el acto sexual con una persona de catorce años y menos de dieciocho, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas”.

S.G.Z tiene 17 años y es estudiante de secundaria de un colegio estatal de Pomalca, a pocos kilómetros de Chiclayo (Lambayeque, Perú). Afirma que fue violada por su profesor de matemáticas, E.S.V., en el mes de junio de 1996.

La manifestación de la agraviada ante la comisaría fue la siguiente:

“(...) me cogió de los brazos acariciándome, para luego despojarme de mi ropa en una forma a viva fuerza, para luego dejarme completamente desnuda, amenazándome que si yo gritaba era para mi mal, luego el profesor se desnudó y se tiró encima y al

ver que yo estaba llorando, para pedirme que me dejara hacer el amor y al poner resistencia para que éste no me haga daño, se paró en mí encima y comenzó a amenazarme diciéndome que si yo no me dejaba me iba a desaprobar en el curso”.

Los hechos descritos en la denuncia fiscal son los siguientes:

“Refiere la citada menor ante la policía que sin motivo alguno su citado profesor de matemáticas la desaprobo en el curso de matemáticas y es así como en el mes de junio le indicó que para aprobarla tenía que hacer un trabajo en Chiclayo y es así como la citada alumna viene hasta esta ciudad el día del padre circunstancia en la que el profesor comienza a enamorarla y luego le exige ingresar hasta el Hotel El Dorado, donde la desnuda y mantiene una relación sexual”.

Por su parte en el auto apertorio de instrucción se señala lo siguiente:

“Dado cuenta con la presente denuncia formalizada por el titular de la acción penal pública Cuarta Fiscalía Provincial, y atestado policial número noventicuatro -APR-PNP-SZP, elaborado por la Sub Zona de la Policía Nacional de Pomalca y demás recaudos que se acompañan (...) siendo así que en el mes de junio del presente año mil novecientos noventa y seis antes del día del padre, es que el precitado inculcado E.S.V cita a la agraviada a la ciudad de Chiclayo con la finalidad de “subsana” el mencionado curso académico reprobado, para lo cual tenía que realizar un “trabajo” llegando a Chiclayo, juntos fueron a pasear un momento para luego comenzarla a enamorar y que por exigencia del mencionado inculcado la agraviada accedió a ingresar al hotel denominado “El Dorado” de esta ciudad, en cuyo interior, por la fuerza la hizo sufrir el acto sexual desflorador conforme al certificado médico legal que se adjunta en la presente investigación. Que es necesario determinar a efectos de establecer la situación jurídica del encausado, que a la fecha en que ocurrieron los hechos sub materia, la agraviada G.Z., contaba con más de dieciséis años de edad, conforme es de apreciarse del mérito de la partida

de nacimiento que obra en autos. Siendo así, el ilícito investigado se encuentra previsto y tipificado por el artículo ciento setenticinco del Código penal vigente (...).”

Llama la atención que a pesar de que la agraviada afirme que mediante violencia fue obligada por E.S.V.M. a tener relaciones sexuales, y que dicha declaración coincida con los hechos expuestos en el auto apertorio de instrucción, el acto ilícito sea calificado como seducción.

De la redacción del citado auto apertorio de instrucción se desprende que según el juez, para ser víctima del delito de violación hay que ser menor de 14 años, de lo contrario el delito a investigar será el de seducción. Probablemente el juez considere que las mujeres por encima de los 14 años “contribuyen” a la comisión del delito con alguna actitud provocativa, aunque la ley no diga nada semejante. Como se señaló al iniciar este artículo la cultura social tarda más tiempo en elaborar los cambios sociales, y legales, que se viven.

4. A manera de conclusión

Una de las formas de estudiar el Derecho desde la perspectiva de género es identificando las normas jurídicas que refuerzan los roles socialmente asignados de manera diferenciada a hombres y a mujeres y los dispositivos legales que de manera directa o indirecta discriminan a las mujeres.

Por otro lado, resulta interesante analizar la teoría estándar de la argumentación jurídica, para demostrar cómo sí son relevantes las ideas y creencias de los jueces sobre los roles de hombres y mujeres, muchas veces manifestadas en las propias resoluciones, para la solución que dan a los problemas que plantea la aplicación del Derecho. La tarea pendiente, no es sólo cuestionar las decisiones judiciales que refuercen o presenten como naturales los roles antes citados, sino argumentar en favor de una solución alternativa. Para ello, es necesario seguir insistiendo en la aplicación del Derecho a la luz de los derechos humanos.