



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLURINACIONAL DE BOLIVIA**
ACADEMIA PLURINACIONAL DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN

REVISTA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y GÉNERO

**EDICIÓN
2022**

REVISTA

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y GÉNERO

MSc. Paul Enrique Franco Zamora
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

PUBLICACIÓN INSTITUCIONAL
Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

EDICIÓN, DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN
Unidad de Investigación
Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales

DEPÓSITO LEGAL
Nº 3-1-130-2021

EDICIÓN 2022

DISTRIBUCIÓN GRATUITA

Las opiniones expresadas en este documento son de exclusiva responsabilidad de cada autora o autor y no necesariamente representan la opinión del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Queda expresamente prohibida la reproducción total o parcial de este libro sin el permiso expreso y por escrito de este editor.

Sucre, marzo de 2022

CONTENIDO

PRINCIPALES ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LOS DERECHOS HUMANOS.....	7
<i>Paul Enrique Franco Zamora</i>	
EL ENFOQUE INTERSECCIONAL A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y LAS ACCIONES INTERINSTITUCIONALES DEL COMITÉ DE GÉNERO DEL ÓRGANO JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA	25
<i>Karem Lorena Gallardo Sejas</i>	
JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS.....	41
<i>Ricardo Torres Echalar</i>	
LOS COMPAÑEROS PERMANENTES Y SU DERECHO AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL	53
<i>Juan Carlos Berrios Albizu</i>	
EL DEBIDO PROCESO Y LA VALORACIÓN PROBATORIA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN POR VIOLENCIA FAMILIAR.....	69
<i>Juan Alberto Castañeda Méndez</i>	
EL PAPEL DEL JUEZ EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	85
<i>Carlos Alberto Egüez Añez</i>	
EQUIDAD DE GÉNERO	105
<i>Mirtha Gaby Meneses Gómez</i>	
JUSTICIA CONSTITUCIONAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN RAZÓN DE GÉNERO.....	129
<i>Gonzalo Miguel Hurtado Zamorano</i>	
LA EDUCACIÓN Y DESPATRIARCALIZACIÓN COMO PRINCIPALES ARMAS EN CONTRA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO	143
<i>Olvis Egüez Oliva</i>	
LA MITAD DE TODO.....	163
<i>Marvin Molina Casanova</i>	
LA CONSTITUCIÓN Y LAS EMOCIONES RELATO ALTERNATIVO DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL CONSTITUCIONALISMO.....	179
<i>María Cristina Gómez Isaza</i>	



PRESENTACIÓN

Despertar la sensibilidad de la población boliviana respecto a las secuelas de la marginalidad, requiere de estrategias institucionales asumidas por las instancias del sector justicia. Si bien, con el objetivo de erradicar la transgresión de derechos en grupos vulnerables o de aquellos sectores más desprotegidos, fueron adoptadas actuaciones articuladas entre las diferentes entidades públicas o instituciones gubernamentales, surgen todavía conductas patriarcales que impiden la consolidación de un sistema jurídico incluyente del concepto de perspectiva de género.



El desafío próximo en la otorgación de un servicio judicial plural, que responda a las expectativas de la ciudadanía, representa un escenario favorable para implementar políticas conexas a la equidad de género, siendo propicio incursionarse en nuevos componentes de índole generacional o de aplicabilidad del enfoque interseccional, conceptos que, con la praxis jurisdiccional diaria, se van incrustando en la imagen de la justicia boliviana, pues gozan de una repercusión positiva en el ejercicio procesal del Derecho Constitucional.

La desigualdad en las relaciones de la humanidad, son tratadas en las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, situación que obliga a repensar la forma en la que se interpreta la norma jurídica y los medios que sustentan la elaboración de veredictos con enfoque de género; sin embargo, la disminución de patrones discriminatorios en todas las actuaciones jurisdiccionales, constituye una actividad integral asociada también a los procesos académicos, de investigación científica, interacción social u otras labores administrativas que incumben al aparato judicial.



Como un factor de socialización bibliográfica, complementaria hacia la resolución de causas y trámites, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia se complace en presentar la REVISTA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y GÉNERO - EDICIÓN 2022, que recopila varios artículos redactados bajo esta temática, cuyos autores (nacionales e internacionales) desarrollan modelos teórico-jurisprudenciales que contribuyen con soluciones judiciales, orientadas a disminuir esquemas de desigualdad de género.

En sus páginas, la REVISTA posee un valor simbólico en la implementación de futuros canales de coordinación institucional y de aplicación permanente del enfoque de género en los actores (directos e indirectos) de procesos activados en sede judicial, pues la capacitación de las juzgadas y los juzgadores, a través de este aporte literario constitucional, democratiza el acceso a la justicia nacional.

MSc. Paul Enrique Franco Zamora
PRESIDENTE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL



Paul Enrique Franco Zamora¹



PRINCIPALES ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LOS DERECHOS HUMANOS

- ¹ Licenciado en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca (UMRPSFXCH). Diplomado en Educación Superior por la Universidad Privada del Valle. Diplomado en Gestión Pública y Control Social y Diplomado en Justicia Penal para Adolescentes con mención en Justicia Restaurativa por la Escuela de Gestión Pública Plurinacional y Diplomado en Derecho Laboral y Procedimiento Laboral por la Universidad de Los Andes. Magíster en Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Al presente cursa el Doctorado en Derecho por la UMRPSFXCH.

Actualmente es el Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Entre otras funciones desempeñadas se destaca haber sido Secretario General y Director de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General del Estado, Secretario General de Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, Letrado en la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia y Letrado del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Principales Estereotipos de Género en los Derechos Humanos

Paul Enrique Franco Zamora

RESUMEN

La tendencia de impartir justicia con perspectiva de género, todavía está rodeada de conductas que derivan en esquemas de desigualdad. En la medida en que la población litigante acude a estrados jurisdiccionales, las brechas de marginalidad se van acortando; empero, en el juzgamiento con enfoque de género, prevalecen una serie de estereotipos, muchas veces no identificados u omitidos por el operador jurídico.

A partir del presente artículo, en calidad de apoyo a la labor de administrar justicia, son descritos los principales estereotipos de género, a través de una clasificación que agrupa patrones discriminatorios de orden social, económico, cultural y educacional, que influyen en el estatus jurídico de los actores intervinientes del proceso constitucional, ordinario, agroambiental y demás jurisdicciones reconocidas por la Ley Fundamental del Estado boliviano. Gracias al soporte literario y bibliográfico obtenido, intenta aportarse con elementos prácticos y pedagógicos que, por intermedio de la investigación científica desarrollada, guíen al aparato judicial para adoptar decisiones firmes, congruentes y libres de cualquier prejuicio en razón de género.

Por ello, al caracterizar un eje transversal en la proyección de veredictos judiciales, la perspectiva de género debe tornarse en un hilo conductor del sector justicia, motivo que justifica la intervención de la jueza o el juez con conocimiento especializado en los estereotipos que, a continuación, son analizados desde una óptica constitucionalizada del Derecho.

Palabras clave

Esquemas de desigualdad; Estatus jurídico de los actores procesales; Estereotipos de género; Equidad jurisdiccional; Justicia de género; Patrones discriminatorios; y, Óptica constitucionalizada del Derecho.



DESARROLLO

1. Esquemas de desigualdad y estereotipos de género

En la sociedad moderna existen comportamientos patriarcales, como efecto del rol que típicamente solía asociarse a la mujer y el varón. Las causas más frecuentes por las que prevalece un esquema de desigualdad de género, están relacionadas con la calidad de educación impartida en el seno familiar.

La educación de los padres hacia los hijos es determinante en la generación de estereotipos, que van desde el tipo de actividades inducidas en los varones y las labores encomendadas a las mujeres (Monreal-Gimeno & Martínez-Ferrer, 2010). Trabajos pagados en montos inferiores, comentarios menospreciando a alguno de los integrantes del núcleo familiar o limitaciones en su cotidiano desenvolvimiento, originan un esquema de desigualdad de género que produce lesiones a los derechos fundamentales de la población.

Los esquemas de desigualdad hacen referencia a aquellas manifestaciones de exclusión, con base en la diferencia corporal u otros atributos de la personalidad que establecen una jerarquización en la estructura económica, social, política o cultural (Farah H. & Chambilla Mamani, 2017). Las Ciencias Sociales han tratado de explicar con mayores estudios la desigualdad de género, pero los ejes de fragmentación de la sociedad abarcan otras esferas con similar importancia como la etnia, nacionalidad, condiciones religiosas, grado de instrucción, edad, y demás elementos articuladores en la reducción de la conflictividad.

En mérito a estas afirmaciones, la justicia de género no debe encararse solamente en términos de diferenciar a la mujer o el varón, sino este concepto se encuentra atravesado por un conjunto de relaciones que van conexas e integradas por la familia, el trabajo, el colegio, la iglesia, las costumbres, y otras raíces estructurales de la sociedad. Entonces, al existir esquemas de desigualdad en múltiples áreas, surgen situaciones de inequidad e injusticia, que tienen por resultado los denominados estereotipos de género en temas sociales, culturales, económicos, educativos, religiosos, etc.

Se entiende por estereotipos de género, un conglomerado de características reunidas en una balanza en permanente lucha de apalancar a mujeres o varones,

donde resulta determinante la función de los roles de poder asignados a ambos y que suelen implementarse en una determinada sociedad, pudiendo además surgir modos de vida, costumbres e identidades (Farías Muñoz & Cuello Riveros, 2018).

Bajo dicho concepto, subsiste una marcada tipificación de los roles femeninos y masculinos. A la luz del Derecho Constitucional y de la Constitución Política del Estado (CPE), tanto mujeres como varones gozan de idénticas condiciones en el ejercicio de sus derechos, sin embargo, cuando se trata de acceder al servicio judicial, debe buscarse la integración del enfoque de género.

La coexistencia de estereotipos en el ámbito judicial, ha sido una preocupación de autoridades estatales, ya que se encuentran arraigados en el pensamiento de los juristas (Pacheco Carpio et al., 2014). Para lograr una relación inter-genérica de los actores procesales, en las diferentes ramas jurisdiccionales es frecuente la proyección de protocolos de actuación en materia de género, pero las juezas y los jueces no deben desempeñar sus funciones con criterios anticipados sobre la equidad de las mujeres o los hombres, ni la situación de desventaja de alguno de ellos, tienen que abarcar otra tipología de estereotipos que lo acerquen a la realidad jurídica sobre la que dictaminará.

Las transformaciones de las instituciones creadas para atender las necesidades de la ciudadanía, reafirman el compromiso estatal por ofrecer espacios neutrales entre mujeres y varones. No obstante, las acciones judiciales o las iniciativas jurisdiccionales procuran que el juez obre sin exclusión, sesgos de juzgamiento u otras desigualdades que, más allá de aperturar brechas de marginalidad, conducen a un juicio fuera de los márgenes de género (Vázquez-Cupeiro, 2015).

Con estas consideraciones, puede colegirse que los esquemas de desigualdad alcanzan igualmente al sector judicial, debiendo las operadoras y los operadores jurídicos capacitarse en nociones de perspectiva de género, para identificar los principales estereotipos y erradicar los patrones de discriminación. De lo contrario, la justicia social continuará en el discurso general de altas autoridades, dado que los fallos emitidos gozarán de una tendencia de preferencia marcada por un grupo poblacional sobre otro conglomerado ciudadano, afectando también la sensibilidad del litigante que diariamente espera un veredicto justo e imparcial.



2. Equidad jurisdiccional y justicia de género

La aplicación de la equidad en esferas jurisdiccionales, permite el uso racional de la potestad de juzgar (Camacho Negrete, 2012).

La imagen de la juzgadora o del juzgador requiere que, al momento de resolver cuestiones legales, las autoridades jurídicas obren conforme a su conciencia, lo que exige un cambio en la tendencia clásica de considerar a todos los sujetos procesales como iguales ante la ley. Al acudir a la equidad jurisdiccional, los operadores de justicia advertirán que los actores intervinientes del procedimiento (constitucional, ordinario o agroambiental) no gozan de las mismas condiciones, toda vez que para emitirse una decisión, priman rasgos diferenciales fundados en razón de género, nacionalidad, estado emocional, edad u otros elementos en los que se instituyen los esquemas de desigualdad.

Por tanto, los tribunales enmarcados en las reglas de procesamiento, fallan en consideración de los principios constitucionales, siendo uno de ellos el principio constitucional de equidad que, al acudirse a la perspectiva de género, permite veredictos emitidos con un mínimo de racionalidad. En la actividad jurisdiccional, los jueces argumentan y fundamentan conforme a la norma jurídica sustantiva y adjetiva para lograr una decisión justa o racional; sin embargo, la práctica judicial no se circunscribe solamente a la ley, la juzgadora o el juzgador debe respaldarse asimismo de los valores que persigue la sociedad jurídicamente organizada (Rivadavia, 2021).

Es decir, la toma de decisiones en ambientes del sector judicial se complejiza con la intervención de factores sociales, económicos, jurídicos, psicológicos, entre otros, que demuestran que los sujetos procesales merecen un tratamiento diferenciado, no por el hecho de que la norma procesal obligue al juez a aplicar el enfoque de género, sino a consecuencia de que la deliberación de asuntos legales tiene un impacto en las estructuras de la sociedad.

Por ejemplo, en casos con relevancia nacional, si el juez dicta en base a la ley y no aprecia los patrones de desigualdad, será objeto de críticas; en cambio, si falla visualizando los derechos humanos de las partes procesales y asegura condiciones mínimas de género, evita posteriores prejuicios emergentes de la comunidad que sigue de cerca la resolución del conflicto. A esto, se denomina equidad judicial pues

las instancias estatales, encargadas de impartir dictámenes, logran transversalizar la perspectiva de género, en todas las áreas del Derecho y dan sendos pasos a la implementación de la justicia social (Taus, 2014).

Al prevalecer desigualdades en diversos ámbitos del conocimiento, los comportamientos de operadores judiciales cobran especial atención, durante el juzgamiento de sectores con grado de vulnerabilidad. El ejercicio pleno de los derechos humanos, requiere de la aplicación de la justicia social, no obstante, esta premisa de justiciabilidad en favor de sectores vulnerables solamente podrá convertirse en realidad, a través del concepto de equidad jurisdiccional. No significa que los grupos vulnerables reciban un tratamiento judicial con ventaja sobre otros sectores de la sociedad, por el contrario, la justicia de género es una herramienta que democratizará el acceso al servicio jurisdiccional.

Surgen criterios contrapuestos a la perspectiva de género, debido a que se han presentado escenarios en los que la autoridad judicial dicta su fallo con rasgos de activismo en los derechos humanos, siendo esta conducta objeto de reproches; sin embargo, con la justicia de género, el juez cumple el mandato constitucional de dictar sentencias con equidad social, en razón de que los juzgadores son portadores del encargo legal de administrar justicia esforzándose por implementar un Estado de Derecho (Aguilar Cavallo et al., 2015)

Bajo los supuestos en que el juez actúe con base al activismo judicial, no implica que se responsabilice -por esta decisión personal- a la justicia de género, son términos totalmente diferentes. En la medida en que pretenda juzgarse con actitudes de activismo en derechos humanos, el juez podría alterar el sistema judicial, al defender una postura personal por encima de las normas; en cambio, la aplicabilidad del enfoque de género, es un instrumento que democratiza respuestas judiciales para los sectores donde prevalece un esquema de desigualdades de índole cultural, social, política y económica.

En la doctrina jurídica formal, los operadores jurídicos suelen discrepar respecto a la aplicación del clásico principio de igualdad ante la ley. El principio constitucional de equidad también está recogido por la Constitución y, en la forma en que dicho valor está contemplado en la resoluciones judiciales, debe coincidir con la igualdad de los sujetos procesales; las con fines de brindar mejores condiciones



del servicio judicial a las afectadas y los afectados por estereotipos, el juzgador acudirá a las reglas de la justicia de género (Díaz García, 2012).

3. Patrones discriminatorios

Dentro del catálogo de derechos fundamentales, se encuentra reconocido el derecho de acceso a la justicia. Existen sectores desfavorecidos o marginados, a quienes es viable considerar la aplicación de reglas en la perspectiva de género. Para que la jueza o el juez apliquen los elementos del enfoque de género, debe analizarse la subsistencia de patrones discriminatorios, entendidos como los comportamientos por los que -al sujeto procesal o actor del proceso- se le asigna anticipadamente un determinado rol de subordinación (Úngaro, 2017).

Con el propósito de contribuir a la comprensión de los patrones discriminatorios con mayor incidencia en las labores jurisdiccionales, fueron seleccionados tópicos transversales que agrupan una serie de conductas con sesgos de desigualdad. Los obstáculos más frecuentes, que suelen percibirse por las juzgadoras y los juzgadores se desarrollan desde una esfera social, económica, cultural y educacional, dado que la vulneración sistemática de los derechos humanos puede frenarse con estas áreas, donde suelen intervenir las diferentes disciplinas coadyuvantes al ejercicio de la abogacía y el desempeño de funciones en sede judicial.

3.1. Patrones discriminatorios de orden social

La discriminación social en grupos vulnerables, es una problemática latente en la administración de justicia. Las poblaciones que se encuentran catalogadas como sectores con grados de vulnerabilidad, llevan etiquetas que pueden, por una parte, perjudicarles en la tramitación de causas jurisdiccionales o, por otra, visualizarlos como grupos excluidos beneficiándose de un trato diferenciado (Covarrubias Cuéllar et al., 2018).

Las representaciones de discriminación en la esfera social, no tienen asidero solamente en las condiciones de grupos vulnerables ante la sociedad, más aún, tratan de mostrar al juzgador las condiciones en que factores como la personalidad, la edad, el apoyo asistencial del Estado, la calidad de los servicios judiciales u otros con similares características, coadyuvan o no en la disminución de patrones de discriminación.

El primer patrón discriminatorio de orden social, viene relacionado con la personalidad. Las juezas y los jueces deben interpretar la experiencia vivencial de los actores procesales, cuando justifiquen la aplicación de la perspectiva de género.

Por ejemplo, tratándose de casos de violencia intrafamiliar, ciertas mujeres controlan al agresor y son capaces de despertar un espíritu de resiliencia ante las secuelas del acto violento. Entonces, el operador de justicia, ante la presentación de denuncias o la tramitación de causas por delitos de violencia familiar, valorará la existencia de mujeres que pudieron afrontar a su pareja agresora, con el solo hecho de denunciarlo en la Fiscalía o la Policía, por lo que el denunciado decide alejarse de la familia o disminuir su conducta agresiva; otras mujeres, también víctimas de violencia, prefieren callar por vergüenza, siendo escasas las posibilidades de actuar con coraje o resiliencia.

Este factor social, demuestra que al constatar la vigencia de escenarios violentos, las juezas y los jueces no pueden otorgar un tratamiento igualitario. En la primera situación, emerge un momento de contención del acto agresivo, situación muy diferente en el segundo ejemplo, ya que la víctima todavía se ve encerrada en un ambiente de posible re-victimización o, por el contrario, surgen circunstancias en las que el presunto agresor no tiene un temperamento violento, es la potencial víctima la que recurre a la disputa familiar para sustentar un eventual ataque emocional.

De estas afirmaciones, se desprende que los patrones de la personalidad, como factor de discriminación social, ameritan que los operadores jurídicos desarrollen conocimientos en disciplinas jurídico-sociales (por citar, la Psicología o Psiquiatría) pues, de lo contrario, la aplicación del enfoque de género quedará inmersa solamente a la condiciones de diferencia entre lo femenino y masculino, relegándose el resto de elementos que convergen durante la tramitación de procesos (Machillot, 2017).

Un segundo patrón discriminatorio, está referido a la edad. Las juezas y los jueces que optan por el juzgamiento con enfoque de género, actúan con cautela para analizar la variable edad. En determinados escenarios, la juventud constituye un componente desfavorable, porque trata de vinculársela como sinónimo de



inexperiencia, lo que deriva en que el aparato judicial desconfíe de los testimonios vertidos por adolescentes (Prevert et al., 2012).

En la comisión de delitos, la sociedad estigmatiza a los menores de edad por considerarlos rebeldes, poco precavidos o simplemente se los etiqueta como personas sin experiencia, provocando que la justicia no siente bases sólidas para juzgar en presencia de adolescentes; empero, en el sistema penal juvenil el panorama es totalmente diferente, a consecuencia de las directrices que priman en el juzgamiento de delitos cometidos por los adolescentes, extremo en los que, por justicia de género e infracciones, predomina la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente (Ham Chande & González González, 2008).

No obstante, la edad es un patrón de discriminación bastante invocado en los adultos mayores. La tensión emocional junto a las capacidades desgastadas de un adulto mayor, juegan un rol determinante para ejercitar plenamente sus derechos (Galvis Palacios et al., 2018). El sufrimiento del que resultan víctimas las personas de la tercera edad, inducirán a un proceso judicial con enfoque de género y generacionalidad, dos conceptos que suelen combinarse cuando los patrones discriminatorios de orden social, tienen impacto en el acceso a una resolución judicial.

Un último elemento discriminatorio en el ámbito social, guarda vínculo con la asistencia que prestan las instituciones públicas. El Estado, a través de los niveles de gobierno establecidos en la CPE, debe garantizar la materialización de los derechos fundamentales.

Se atisban patrones de discriminación, cuando le es complicado a la población, por ejemplo, ser atendida en un hospital con todas las especialidades frente a una posta sanitaria con servicios sanitarios elementales o, de repente, solicitar auxilio judicial de instancias que simplemente garantizan sus servicios en ciudades capitales y municipios intermedios, porque lastimosamente no cuentan con personal en las provincias.

Esto, reafirma que las propias entidades asistenciales pueden generar marcos de tratamiento diferenciado y, por consiguiente, obligatoriamente dichos factores sociales deben analizarse judicialmente, al momento de dictar una resolución jurisdiccional (Terraza Núñez et al., 2006).

3.2. Patrones discriminatorios con matiz económico

Las relaciones de género contemplan estereotipos económicos. Además de las diferencias salariales en el flujo laboral, en temáticas de violencia intrafamiliar resultan notorios los esquemas de desigualdad (Guizardi, 2013).

En espacios violentos, con poderío exclusivo del varón, pueden advertirse condiciones de dependencia económica. Vale decir, los varones dominan a las mujeres al ser ellos responsables de generar los ingresos del hogar, situación demasiado penosa que se agrava con la existencia de hijos. Las mujeres no tienen otra opción que someterse a las órdenes de la pareja, ya que los gastos de la familia están en manos del varón y asumen un rol de sometimiento; de animarse a abandonar el hogar, las mujeres buscan asilo temporal en familiares, pero los gastos se elevan diariamente, dificultándose que la mujer abandone el domicilio donde sufre violencia.

En algunas ocasiones, los gastos de manutención familiar se comparten, sin embargo, en otras realidades el silencio de las víctimas da a entender que ellas mantienen a toda la familia, inclusive, a su propio agresor. Bajo estos lineamientos, los gastos de pareja y peleas por el dinero dan curso a patrones de discriminación económica, por cuanto, la dependencia monetaria de una mujer favorece totalmente al varón, quien además intimida a la víctima con severos amedrentamientos y actitudes violentas.

En rigor, las relaciones de poder entre el género femenino o masculino, tratándose de delitos de violencia intrafamiliar, están supeditados a los pilares económicos que sostienen el hogar; el varón intenta someter en situación de desventaja a la mujer, cuando advierte que ella no posee una fuente formal laboral o, valiéndose de su imagen varonil agresiva, se convierte en un foco de ociosidad pues las mujeres cargan con todos los gastos de la familia a costa del propio agresor.

La atención en instituciones estatales para frenar este patrón discriminatorio, debe mantenerse en los márgenes de brindar un servicio gratuito o aumentarse las probabilidades de asistir sin costos extras a los actores procesales, promoviéndose actitudes positivas en quienes acuden hacia profesionales especializados en búsqueda de asesoramiento social, psicológico y jurídico.

En las relaciones jurídico-laborales, pueden detectarse otra tipología de patrones



económicos de discriminación. Por citar, en la constitución o desarrollo de actividades empresariales, no todos los empleadores cuentan con las condiciones necesarias para cumplir sus compromisos con los trabajadores, por lo que en un determinado proceso laboral, habrá que estudiarse los efectos que conlleva imponer sanciones ante infracciones sociales por acciones u omisiones del empleador (Bonavitta & De Garay Hernández, 2011).

En rigor, la discriminación económica, no solamente abarca que una determinada persona perciba un menor salario, emergen otras situaciones en las que la dependencia económica al agresor o la falta de capacidad de pago del empleador, complican el horizonte del juez que dicta la resolución, pudiendo acudir a la equidad jurisdiccional y la justicia de género.

Ambos patrones, muestran que la situación económica atravesada por los actores que intervienen en el procedimiento, reviste de suma importancia en el aparato judicial; de lo contrario, la creencia de juzgar con enfoque de género, se limitará a verificar si alguno de los sujetos procesales presenta una condición de vulnerabilidad, siendo más bien la justicia de género la herramienta útil para garantizar la disminución de esquemas de desigualdad en todos los ámbitos del Derecho.

3.3. Patrones discriminatorios de relevancia cultural

Los estereotipos se configuran con base a una determinada identidad cultural. Bolivia, por mandato del artículo constitucional 3, representa un Estado Plurinacional; del mismo modo, se reconoce que, la nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.

De esta forma, la comprensión de las identidades culturales en la justicia boliviana, es un camino marcado por la implementación de la justicia plural. Sin embargo, administrar justicia con enfoque de género, no pasa por conocer las múltiples culturas del país, igualmente requiere profundizar otros patrones discriminatorios arraigados a las costumbres, la religión, y el pensamiento de cada región de un determinado país (Maric Palenque, 2015).

Varios ejemplos pueden compartirse respecto a estereotipos culturales, que son determinantes en la adopción de la justicia de género.

Desde las diferencias en los grupos sociales de un determinado departamento hasta las creencias religiosas que imperan en cada región, son ejemplos concretos de la creación de esquemas de desigualdad, pues un examen judicial exhaustivo exige que las juezas y los jueces comparen las etiquetas que suelen asignarse a determinadas personas, sus modismos populares, incluso, debe obtenerse una imagen fotográfica cultural del trato mismo que se otorga en cada ciudad o departamento (Méndez Moreno et al., 2018).

El ambiente cultural en que se desenvuelve la familia, influye en el surgimiento de patrones discriminatorios y está relacionado a miembros del vecindario, familiares cercanos o colegas de trabajo. Cuán importante es para una mujer, víctima de violencia, contar con apoyo espiritual de una vecina, una familiar o compañera de trabajo. Desahogarse de los problemas en los que se ve inmersa la víctima, requiere del apoyo de personas de su entorno cultural.

Si los actores procesales buscan apoyo en su círculo de amistades, vecinos o familiares, serán altas las probabilidades de contar con influencia cultural, extremo que debe considerar el juzgador al momento de analizar las causas. En temas de violencia, las mujeres prefieren acudir a otras personas cercanas para afianzarse de valentía y obtener un consejo favorable hacia una óptima solución legal; de lo contrario, la víctima prefiere callar, tampoco expresa sus problemas ante el resto de personas que la rodean y opta por mantenerse en el hogar junto a su agresor.

Este tipo de influencia, tiene relación con los factores culturales que desencadenan una serie de premisas, a considerarse en el juzgamiento con perspectiva de género (D'Amore & Díaz, 2020), asimismo, las ciudades con costumbres familiares de antaño, todavía guardan raíces conservadoras.

A pesar de las características patriarcales de la ciudadanía puede que, durante el ejercicio de derechos, la juzgadora o el juzgador no consideren relevantes las costumbres conservadoras de ciertas regiones; empero, los sujetos procesales pueden captar patrones discriminatorios en el pensamiento del juez, cuando las costumbres familiares se impongan en la decisión jurisdiccional.

Finalmente, la religión es un factor cultural de suma importancia en el tratamiento



judicial de estereotipos, pues los actores del procedimiento suelen refugiarse en una religión o cobijarse espiritualmente en una determinada postura devota, aspectos significativos a tomarse en cuenta por el operador judicial, quien tampoco puede quedar aislado de las raíces religiosas de las partes (Rabbia, 2020).

Verbigracia, las mujeres víctimas de violencia, al acudir religiosamente a una iglesia o rodearse de personas con pensamiento espiritual, se benefician para adquirir resiliencia; mientras más apego se tenga a la religión, mayores serán las expectativas de asumir una postura resiliente.

Los componentes religiosos y espirituales, son vitales en el enfoque de género. La felicidad de la pareja, sus hijos o el entorno familiar, dependen -en gran medida- del compromiso espiritual o religioso. Suplicar a un ser supremo le devuelve confianza, personalidad y ganas de superar los traumas, es igualmente una señal de forjar actitudes culturales, dado que existen litigantes que mantienen posturas religiosas y, por tanto, el juzgador debe comprender las reglas espirituales que rigen entre los actores del proceso, con fines de evitar patrones de desigualdad jurisdiccional.

3.4. Patrones discriminatorios de característica educacional

Las etiquetas educacionales, por una parte, son conexas al grado de instrucción que adquieren los sujetos procesales y, por otra, tienen relación con los niveles de conocimiento que poseen las partes de un proceso respecto a la finalidad de los servicios judiciales (Muñoz León, 2018).

En espacios violentos de orden intrafamiliar, los estudios (a nivel primario, secundario o universitario) de un determinado actor procesal, afectan circunstancialmente; para reducir el trauma o frenar la violencia en el hogar, las partes deben conocer -por lo menos- la normativa vigente, además de ubicar las instancias donde pueden acudir para presentar su denuncia, o quizá gozar de un mínimo de información acerca de los lugares de acogimiento junto a las consecuencias legales que enfrentarían los agresores.

Por tanto, si un actor procesal posee escasa instrucción a nivel educativo, es máxima la probabilidad de estimularse etiquetas en su contra. Las personas con estudios universitarios, tienen mayor posibilidad de frenar a su agresor

y comprender la necesidad de alejarse de su pareja; en cambio, las víctimas de violencia sin estudios (ni primarios o secundarios), se ven limitadas de adquirir respuestas judiciales favorables, porque deciden someterse a su agresor y vivir en un ambiente violento (Villanueva Flores, 2021).

El acudir a los servicios judiciales, es un factor decisivo para disminuir los patrones de discriminación y, en especial, al solicitarse atención pública en sectores judiciales, pueden evitarse esquemas de desigualdad de los sujetos procesales.

Existen beneficios a partir de la aplicación de la justicia de género, cuando se solicita asesoramiento integrado (jurídico, social y psicológico) con la participación de profesionales expertos en los servicios judiciales o extrajudiciales.

Visitar a los funcionarios de estas instituciones, ya constituye una forma de reducir patrones de discriminación. Cuando el actor procesal recibe asistencia social de los servicios judiciales, goza de una protección reforzada y que le impulsa a forjar una esperanza de pronta solución a sus problemas jurisdiccionales, dado que la conflictividad social depende de la calidad de justicia temprana ofrecida por el Estado o, más propiamente, de las acciones jurídicas asumidas por las instancias que imparten justicia o coadyuvan en la materialización de los derechos de la población (Arena, 2016).

CONCLUSIONES

Son recurrentes las voces que demandan la aplicación de la perspectiva de género, al interior de la administración de justicia. Más allá de las consecuencias y efectos de juzgar con enfoque de género, las juezas y los jueces deben adquirir habilidades para identificar esquemas de desigualdad y reconocer situaciones donde se presentan estereotipos.

Durante el desempeño de funciones judiciales, los operadores jurídicos tendrán que discernir una serie de etiquetas de género, empero, en las labores jurisdiccionales no solamente se abordan cuestionamientos sobre el rol femenino y masculino, tampoco implica que se preste un trato diferenciado a grupos vulnerables.

En realidad, subsiste una clasificación de patrones de discriminación de índole social, con naturaleza económica, de incidencia cultural así como en la esfera educativa, por lo que la aplicación de herramientas de la perspectiva de género,



es una tarea integral a otras disciplinas e integrada a múltiples factores, que conducen a un juzgamiento libre de prejuicios o sin sesgos en los estereotipos desarrollados.

A través de la denominada equidad jurisdiccional, pretende reducirse los principales estereotipos de género en la impartición de justicia, toda vez que, en el momento en que se opte por los lineamientos de género o resulten empleados criterios de generacionalidad, identificando plenamente otras etiquetas que no están vinculadas exclusivamente al sexo, las autoridades judiciales dictarán sus sentencias desde una óptica constitucionalizada del Derecho.

REFERENCIAS

- Aguilar Cavallo, G., Gajardo, B., & León, A. P. (2015). *Equidad, inclusión social y democracia: Una respuesta crítica a los argumentos en contra del activismo judicial*. Estudios constitucionales, 13(1), 373-398. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002015000100011>
- Arena, F. J. (2016). *Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual*. Revista de derecho (Valdivia), 29(1), 51-75. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502016000100003>
- Bonavitta, P., & De Garay Hernández, J. (2011). *De estereotipos, violencia y sexismo: La construcción de las mujeres en los medios mexicanos y argentinos **. Anagramas -Rumbos y sentidos de la comunicación-, 9(18), 15-29.
- Camacho Negrete, R. A. (2012). *Jurisdicción de Equidad*. Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho, 13, 171-176.
- Covarrubias Cuéllar, K. Y., Martínez-Guzmán, A., Molina Rodríguez, N. E., Covarrubias Cuéllar, K. Y., Martínez-Guzmán, A., & Molina Rodríguez, N. E. (2018). *Las representaciones sociales de la discriminación de doce organizaciones sociales (grupos vulnerables) del estado de Colima: Necesidades y propuestas de acción*. Culturales, 6. <https://doi.org/10.22234/recu.20180601.e377>
- D'Amore, L., & Díaz, M. E. (2020). *Interculturalidad y estereotipos sociales en las escuelas rurales de la provincia de Catamarca*. Praxis, 16(1), 85-96. <https://doi.org/10.21676/23897856.3243>
- Díaz García, I. (2012). *Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias*. Ius et Praxis, 18(2), 33-76. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122012000200003>

- Farah H., I., & Chambilla Mamani, B. (Eds.). (2017). *Nuevas problemáticas de género y desigualdad en América Latina y el Caribe* (Primera Edición). CLACSO. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20170313031536/NuevasProblematicasDeGeneroyDesigualdad.pdf>
- Farías Muñoz, L., & Cuello Riveros, V. (2018). *Percepción y autopercepción de los estereotipos de género en estudiantes universitarios de la región de Valparaíso a través de la publicidad*. Revista de Comunicación, 17(1), 155-165.
- Galvis Palacios, L. F., López-Díaz, L., Velásquez G, V. F., Galvis Palacios, L. F., López-Díaz, L., & Velásquez G, V. F. (2018). *Patrones culturales de cuidado familiar al adulto mayor en condición de discapacidad y pobreza*. Index de Enfermería, 27(3), 170-174.
- Guizardi, M. L. (2013). *Estereotipos, identidades, y nichos económicos de las migrantes brasileñas en Madrid*. Estudios Feministas, 21(1), 167-190.
- Ham Chande, R., & González González, C. A. (2008). *Discriminación en las edades avanzadas en México*. Papeles de población, 14(55), 35-58.
- Machillot, D. (2017). *Normas sociales, estereotipos, discriminación y violencia entre pares: El caso de una secundaria en Jalisco*. Revista mexicana de investigación Educativa, 22(72), 209-227.
- Maric Palenque, M. L. (2015). *Los estereotipos en la construcción de la Integración Latinoamericana*. Revista de Investigación Psicológica, 14, 9-17.
- Méndez Moreno, J. P., Rico Bovio, A., Méndez Moreno, J. P., & Rico Bovio, A. (2018). *Educación, cultura, estereotipos, cuerpo, género y diferencias sociales en la fotografía de moda*. IE Revista de investigación educativa de la REDIECH, 9(17), 165-178.
- Monreal-Gimeno, C., & Martínez-Ferrer, B. (2010). *Esquemas de género y desigualdades sociales*. Intervención social y género, 73-96.
- Muñoz León, F. (2018). *La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción judicial contra la discriminación*. Revista de derecho (Valdivia), 31(2), 175-192. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502018000200175>
- Pacheco Carpio, C. R., Cabrera Albert, J. S., Mazón Hernández, M., González López, I., & Bosque Cruz, M. (2014). *Estereotipos de género sexistas. Un estudio en jóvenes universitarios cubanos de medicina*. Revista de Ciencias Médicas de Pinar del Río, 18(5), 863-877.

- Prevert, A., Navarro Carrascal, O., & Bogalska-Martin, E. (2012). *La discriminación social desde una perspectiva psicosociológica*. Revista de Psicología Universidad de Antioquia, 4(1), 7-20.
- Rabbia, H. H. (2020). *Otredad, diversidad religiosa y prejuicios en las interacciones cotidianas de evangélicos/as de Córdoba, Argentina*. Sociologías, 22, 36-63. <https://doi.org/10.1590/15174522-98898>
- Rivadavia, V. (2021). *El contexto de la decisión judicial y su especial importancia a la hora de fallar por equidad*. Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho), 23, 142-153. <https://doi.org/10.22235/rd23.2543>
- Taus, P. A. (2014). *La igualdad de género y el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia en la región dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Revista IUS, 8(34), 21-41.
- Terraza Núñez, R., Vargas Lorenzo, I., & Vázquez Navarrete, M. L. (2006). *La coordinación entre niveles asistenciales: Una sistematización de sus instrumentos y medidas*. Gaceta Sanitaria, 20(6), 485-495.
- Úngaro, M. (2017). *Justicia de género: Autonomía feminista frente a la violencia machista e institucional*. Revista Derechos en Acción, no. 4. <https://doi.org/10.24215/25251678e079>
- Vázquez-Cupeiro, S. (2015). *Ciencia, estereotipos y género: Una revisión de los marcos explicativos*. Convergencia, 22(68), 177-202.
- Villanueva Flores, R. (2021). *Imparcialidad, estereotipos de género y corrupción judicial*. Derecho PUCP, 86, 363-392. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202101.011>



Karem Lorena Gallardo Sejas¹



EL ENFOQUE INTERSECCIONAL A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y LAS ACCIONES INTERINSTITUCIONALES DEL COMITÉ DE GÉNERO DEL ÓRGANO JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA

- ¹ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Mayor de San Simón (UMSS). Doctorante en Derecho (Universidad de Lleida España). Magister en Sistema de Justicia Penal (Universidad de Lleida España); Magister en Derecho Ambiental (Universidad Internacional de Andalucía-España); Magister en Derecho Comercial (Universidad Privada Boliviana). Especialidad en Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante-España). Diplomada en Docencia Universitaria (UMSS); Diplomada en Pedagogía en Educación Superior Universitaria (Universidad Tecnológica Privada). Cursó el Programa para Ingreso a la Carrera Judicial – Instituto de la Judicatura de Bolivia –ahora Escuela de Jueces del Estado, cursó la Formación Judicial Especializada en Derecho Mercantil en la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España -Barcelona- España.

Actualmente es Magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y presidenta del Comité de Género del Órgano Judicial y TCP. Entre otras funciones desempeñadas fue Vocal - Presidente de la Sala Penal Primera de la Corte Superior de Justicia del distrito de Cochabamba, Asesora de Presidencia del Consejo de la Judicatura, Jueza de Instrucción en lo Civil, Jueza de Instrucción Mixto y Cautelar, Auxiliar y Amanuense del Juzgado de Instrucción de Familia.

El enfoque interseccional a partir de la jurisprudencia constitucional y las acciones interinstitucionales del Comité de Género del Órgano Judicial y Tribunal Constitucional en Bolivia

Karem Lorena Gallardo Sejas

RESUMEN

Las construcciones realizadas con la finalidad de hacer efectivas las acciones positivas en resguardo de los derechos de las mujeres en igualdad de condiciones, son tareas que están siendo encaradas por el Comité de Género del Órgano Judicial y Tribunal Constitucional de Bolivia.

De ello se destaca que el juzgar con perspectiva de género, no se trata de una conducta individual dispersa o aislada, al contrario conlleva el trabajo engranado de todos los actores, -juzgadores, funcionarios de apoyo judicial, fiscales, investigadores, y todo el esquema judicial y/o interdisciplinario involucrado en el caso y que, desde su rol y atribuciones contribuyan a generar un espacio de igualdad y no discriminación tal que garantice el debido proceso en igualdad de condiciones y, en su caso, prevalezca más bien la atención a la mujer-víctima, en su grado de vulnerabilidad que pueda existir.

El contenido del presente artículo muestra de manera muy didáctica la jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, con un enfoque interseccional, aplicando de ésta manera en sus fallos la perspectiva de género.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, a través de su Presidencia desarrolló un Protocolo con perspectiva de género interseccional para la jurisdicción constitucional, que es ya un resultado y continuidad de la justicia constitucional con perspectiva de género

Palabras clave

Perspectiva de género, Interseccionalidad, Vulnerabilidad, Igualdad Formal, Igualdad Material, Protección de Derechos, Política Institucional de Igualdad de Género.



DESARROLLO

1. Las acciones interinstitucionales del Comité de Género

El Comité de Género², como instancia colegiada de articulación del sistema judicial y la jurisdicción constitucional como parte de la Política Institucional de Igualdad de Género, génesis de la cual se establece los elementos constitutivos y orientadores de buenas prácticas judiciales, constituyéndose en un ente gestor de la Política Institucional de Igualdad de Género, para concretar y materializar los derechos humanos, de las mujeres en particular, eliminando prácticas discriminatorias y violencia por género, a través de instrumentos y brazos articuladores para cumplir con dicha tarea, como el Protocolo para juzgar con perspectiva de género que se constituye en una herramienta para el juzgamiento con perspectiva de género en el marco de los derechos humanos, principalmente destinado a la argumentación jurídica, precisando a su vez que la aplicación de la perspectiva de género aumenta en intensidad cuando en los procesos intervienen o están involucradas mujeres, ya sea en su calidad de víctimas, demandantes, accionantes, demandadas o recurridas y además cuando analizado el contexto, las autoridades judiciales advierten la existencia de relaciones asimétricas de poder que coloquen a la persona en una situación de marginación, vulnerabilidad o discriminación basada en el sexo, género u orientación sexual.

De ello se destaca que el juzgar con perspectiva de género, no se trata de una conducta individual dispersa o aislada, al contrario conlleva el trabajo engranado de todos los actores, -juzgadores, funcionarios de apoyo judicial, fiscales, investigadores, y todo el esquema judicial y/o interdisciplinario involucrado en el caso y que, desde su rol y atribuciones contribuyan a generar un espacio de igualdad y no discriminación tal que garantice el debido proceso en igualdad de condiciones y, en su caso, prevalezca más bien la atención a la mujer-víctima, en su grado de vulnerabilidad que pueda existir.

A partir de ello, es indiscutible que Bolivia es uno de los países de América Latina con mayores avances normativos, en relación a la lucha contra la violencia hacia las mujeres, así se tiene la Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida

2 Instancia creada en el marco del XIII y XIV Encuentro de Magistradas de Iberoamérica denominado “Por una justicia de género” (2003).

Libre de Violencia, (Ley 348) ³, la Ley contra el Acoso y Violencia Política hacia las Mujeres, (Ley 243) ⁴ y la Ley integral contra la Trata y Tráfico de Personas (Ley 263) ⁵, y además el Estado ha generado espacios y emitido políticas públicas nacionales respecto a las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos humanos, pero no es menos evidente que la promulgación de esas y otras normas no han sido suficientes, debido a la diversidad y elevados hechos de violencia, feminicidios, discriminación en el trabajo, abuso y acoso sexual, inequidad en el acceso a las oportunidades, obligando a entender a hombres y mujeres en toda su complejidad.

Entonces, el Comité es una instancia consultiva y de impulso de acciones positivas en resguardo de los derechos de las mujeres en igualdad de condiciones y su transversalización a sectores en condiciones de vulnerabilidad; empero también se constituye en el Órgano articulador entre las instituciones del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional.

En ese marco, todo éste trabajo de reconocimiento de derechos de las mujeres en igualdad de condiciones tiene ya institucionalizados tres tópicos a nivel interinstitucional y gestionados por el Comité de Género:

El primero la aprobación de una Política Institucional de Igualdad de Género ⁶-que valga la aclaración- en el marco de sus competencias el Consejo de la Magistratura de Bolivia, realizó un diagnóstico y reajuste a esta política institucional.

Segundo, el ya referido Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género ⁷; como instrumento para juzgar a partir de la igualdad y la no discriminación como términos complementarios y que a partir de las acciones del Comité se logra la capacitación y la aplicación de dicho Protocolo, éstas actividades motivan para que los operadores de justicia plasmen esas herramientas y a su vez exista un reconocimiento de los logros alcanzados por el sistema judicial y la justicia constitucional en Bolivia, así se tiene el Concurso de Sentencias con Perspectiva

3 Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, (Ley 348). 09/03/2013

4 Ley contra el Acoso y Violencia Política hacia las mujeres. (Ley 243). 28/05/2012

5 Ley integral contra la Trata y Tráfico de Personas (Ley 263). 31.07.2012

6 <https://www.sdsnbolivia.org/igualdad-de-genero/>. (Recuperado el 14/09/2020)

7 Protocolo Para Juzgar Con Perspectiva de Género de 22 de noviembre de 2017, aprobado mediante Acuerdo de Sala Plena 126/17 del Consejo de la Magistratura, Bolivia



de Género, dirigido a Jueces, Juezas, Vocales, Magistrados y Magistradas con el objetivo de identificar y sistematizar sentencias que incorporen el uso y aplicación del Protocolo y que sirvan como referente a juzgadores, abogados, litigantes y población en general.

El tercer tópico converge en la materialización de alianzas estratégicas que permitan trabajar de manera integrada dentro y fuera del sistema de justicia; así se tiene acciones como el Ajuste a la Política Institucional de Igualdad de Género, que se plasma en el Observatorio de Justicia y Género, misma que incluye jurisprudencia, estudios e investigación sobre igualdad de oportunidades las auditorías jurídicas con perspectiva de género, pero sobre todo el trabajo del Observatorio se consolida a través del su componente de Desarrollo e Implementación de Política de Género, que establece las condiciones para la implementación del enfoque de género a momento de impartir justicia, esto es generar capacidades institucionales para prestar servicios con enfoque de género, tanto en el Órgano Judicial como en la jurisdicción constitucional, y últimamente el Ministerio Público, en todos sus niveles; asimismo, y dentro de este tópico, se suscribió convenios marcos interinstitucionales, entre otros con la Universidad del Sistema Público y privado de Bolivia, con la finalidad de lograr una formación especializada es decir con perspectiva de género en la formación de profesionales; el Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional; la Fiscalía General del Estado, lo cual ha permitido trabajar por ejemplo en una capacitación conjunta de fiscales especializados y jueces especializados en delitos de violencia contra la mujer; la Defensoría del Pueblo, instancia con la que se coordina un trabajo estratégico que ya viene siendo ejecutado, con novedosas acciones de apoyo e impulso interinstitucional.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, a través de su Presidencia desarrolló un Protocolo con perspectiva de género interseccional para la jurisdicción constitucional, que es ya un resultado y continuidad de la justicia constitucional con perspectiva de género.

2. El Enfoque Interseccional a partir de la Jurisprudencia Constitucional

Partiendo de la base medular del Protocolo que establece que juzgar con perspectiva de género, “significa hacer realidad el derecho a la igualdad material o sustantiva, y responde al mandato de las normas del bloque de constitucionalidad

de combatir la discriminación, garantizando el acceso a la justicia, remediando en los casos concretos las relaciones asimétricas de poder, posibilitando que las personas diseñen y ejecuten un proyecto de vida digna en condiciones de autonomía e igualdad”⁸, es el propio Protocolo que otorga algunas herramientas para el juzgamiento con perspectiva de género en el marco de los derechos humanos, principalmente destinadas a la argumentación jurídica, y a situaciones en las que, analizado el contexto, las autoridades judiciales advierten la existencia de relaciones asimétricas de poder que coloquen a la persona en una situación de marginación, vulnerabilidad o discriminación basada en el sexo, género u orientación sexual. En este punto es de resaltar que, el Protocolo establece que la perspectiva de género debe ser utilizada en todos los procesos judiciales, en las diferentes materias, de manera transversal y no únicamente en procesos penales por violencia contra la mujer, dado que la discriminación como la violencia son estructurales y por ende corresponde ser adoptadas en todos los casos. De ello deviene a su vez que la perspectiva de género irradia no solo a procesos judiciales, sino también a procesos administrativos y lógicamente a los procesos constitucionales en los que con mayor incidencia se aplica la perspectiva de género, de donde a su vez surge el **enfoque interseccional para juzgar con perspectiva de género**, pues la **transversalidad** referida precedentemente no es excluyente de la **interseccionalidad**, ambas como herramientas para superar la desigualdad de género.

Entonces, se concluye que la igualdad y la no discriminación son términos complementarios para juzgar con perspectiva de género, entendiendo que la **igualdad** tiene una connotación positiva pues trata de garantizar que todas las personas sean iguales en el goce y en el ejercicio de derechos; en tanto que la **no discriminación** tiene un sentido negativo debido a que supone la necesidad de que las personas no sean sujetas a distinciones arbitrarias e injustas⁹, el **enfoque interseccional** que la jurisprudencia constitucional ha empezado ya a aplicar en distintos fallos, conlleva tres dimensiones transversales como herramientas de aplicación fáctico procesal, traducidas en: **Igualdad formal**, es decir, aplicación igual de la ley a todas las personas independientemente de sus características personales; **Igualdad material**, con medidas estatales para paliar el trato

8 Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Comité de Género. Pág. 92

9 Protocolo p. 52 y ss.



diferenciado ilegítimo, y por sobre todo **Igualdad estructural** que supone que el Estado se haga cargo de desventajas históricas de ciertos grupos sociales (prácticas sociales, creencias, prejuicios) y relaciones de opresión

La jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional Plurinacional, tomando en cuenta a la justicia constitucional con enfoque interseccional para juzgar con perspectiva de género.

Al respecto, es necesario referirse a los primeros esfuerzos realizados por el Tribunal Constitucional Plurinacional para juzgar con perspectiva de género, así, entre otras, tenemos la SCP 1095/2014 de 10 de junio, que dentro de una acción de control normativo, bajo un **criterio de igualdad formal y verificando la existencia de una discriminación directa**, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 59 y 60 de la Ley General del Trabajo boliviano, pues ambas normas procesales evidenciaban un criterio de una pretendida subordinación de la mujer respecto del hombre; estos artículos disponían: *“Artículo 59.- Se prohíbe el trabajo de mujeres y de menores en labores peligrosas, insalubres o pesadas, y en ocupacionales que perjudiquen su moralidad y buenas costumbres. Artículo 60.- Las mujeres y los menores de 18 años, sólo podrán trabajar durante el día exceptuando labores de enfermería, servicio doméstico y otras que se determinarán”*.

En esta forma de discriminación, el Tribunal Constitucional entendió que la palabra “mujeres” contenida en los dos artículos antes señalados implicaba que *“aquellas concepciones sobre una pretendida subordinación de la mujer respecto del hombre, de donde las disposiciones legales en cuestión, resultan incompatibles con la Norma Suprema, que proclama los principios de igualdad y equidad de género, en el marco de la construcción de una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social para consolidar las identidades plurinacionales”*.

De otro lado, es pertinente resaltar la SCP 033/2013 de 4 de enero, que desarrolló el entendimiento sobre la **discriminación estructural**, asumido como el conjunto de prácticas reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social que provocan que las personas enfrenten distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos y diferentes oportunidades de desarrollo y consecución de sus planes de vida, debido a su pertenencia a una población o grupos en situación

de exclusión sistémica históricamente determinada; en base a ello y al Informe Defensorial sobre Femicidio en Bolivia de 12 de octubre de 2012, dicho fallo constitucional concedió la tutela impetrada por una mujer víctima de violencia física y psicológica, razonando que: *“las autoridades fiscales no sólo deben buscar sancionar toda forma de violencia hacia las mujeres y el feminicidio sino prevenirlo independientemente a la gravedad del delito investigado que puede encubrir este tipo de problemática, además recuerda que nuestra Constitución y los Tratados de derechos humanos le obligan a otorgar la debida seriedad a toda denuncia que por irrelevante que parezca pueda encubrir violencia en razón de género pues (...) los procesos de violencia en razón de género justamente son progresivos e invisibles y consumen muy lentamente a sus víctimas obligándolas inclusive en ciertos casos al suicidio, conductas respecto a las cuales las y los servidores públicos no deben acostumbrarse sino combatir.”*

Efectuada esa precisión y ya ingresando a los últimos fallos emitidos por el Tribunal Constitucional Plurinacional, aplicando un enfoque interseccional y/o el criterio de vulnerabilidad, entre sus fallos más relevantes se tiene:

2.1 Enfoque interseccional

Al respecto, se tiene la SCP 005/2021-S3 de 20 de enero, en la cual el objeto procesal, versaba en lo esencial, en la denuncia que el Juez coaccionado no valoró adecuadamente las certificaciones emitidas por las autoridades originario campesinas y del policía de la comunidad donde se denunció el hecho investigado, mismas que, desvirtúan el riesgo procesal previsto por el art. 235.2 del CPP, acreditando que no ejercía influencia negativa ni amenaza a la víctima o a la denunciante; asimismo sustentó su decisión de rechazar la solicitud de cesación de la detención preventiva en Tratados y Convenios Internacionales, así como, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referidos a la vulnerabilidad de las víctimas mujeres menores de edad; y, que los Vocales accionados -mediante Auto de Vista 209/2019- confirmaron los intelectos del Juez inferior.

Resolviendo el caso concreto, el citado fallo constitucional en su *ratio decidendi* estableció: *“(...) debe tenerse presente que el enfoque interseccional comprende un análisis jurídico de las denominadas categorías de vulnerabilidad que son*

*utilizadas como herramientas para posibilitar la identificación de determinadas situaciones que denotan que las víctimas se encuentran en estado de violencia sexual, permitiendo así establecer los requerimientos de protección reforzada y necesarias; para lo cual, se debe observar la complejidad y diversidad de las fuentes que generan cada categoría, así en el caso concreto, el Tribunal de alzada reconoció que la vulnerabilidad de la víctima emerge de tres criterios como son su **minoridad, su condición de mujer, -frente a su agresor que es varón mayor de edad-; y, el hecho de pertenecer a una comunidad rural**. Cabe enfatizar que dichos criterios no solo fueron emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por los diferentes Tratados y Convenios Internacionales, y por la jurisprudencia constitucional, sino que la Norma Fundamental señala los marcos normativos para ello, conforme se refleja en los arts. 20 y 61.I, referidos a la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, donde prevalecen sus derechos y por ende requieren de forma inmediata su protección, a objeto de lograr el acceso a una justicia pronta, oportuna y con asistencia especial, prohibiendo y sancionando cualquier forma de violencia ejercida sobre los mismos.”*

El razonamiento anterior evidencia el **enfoque interseccional** aplicado al caso como herramienta para dilucidar casos, identificando en la situación fáctica tres dimensiones de discriminación: **Edad, género y origen indígena**, y en base a concurrencia, se determinó que las autoridades de la jurisdicción ordinaria accionadas, en consideración a dicho enfoque, garantizaron el acceso y ejercicio de los derechos de la víctima que reunía esas tres identidades de discriminación.

2.2 Interseccionalidad y Criterio de vulnerabilidad

Sobre el particular, la SCP 0587/2020-S3¹⁰, de 24 de septiembre, desde un enfoque interseccional, entendió que la autoridad accionada, aplicó en su fallo un criterio de vulnerabilidad en favor de la víctima del proceso penal; en razón a que el accionante alegaba que la Resolución que le otorgó medidas sustitutivas a la detención preventiva, manteniendo latente el peligro de fuga previsto por el art. 234.10 del CPP, no habría considerado que el Juez de primera instancia determinó su enervación por la pericia que establece que ya no se considera un peligro para la víctima y menos para la sociedad, siendo el razonamiento para la revocatoria, que la referida pericia debió practicarse a la víctima, sin tomar en cuenta, que tal

10 SCP 0587/2020-S3 24 de septiembre Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

aspecto constituiría una revictimización.

Así, al explicar la concurrencia en el caso del criterio de vulnerabilidad, que fue considerado por la autoridad accionada aplicando para ello la referida herramienta de interseccionalidad, dicho fallo estableció:

*“Del referido razonamiento realizado por la autoridad ahora accionada, se advierte además que el fundamento que da soporte a su decisión de revocar el fallo impugnado, parte a su vez de un **enfoque interseccional** para analizar posibles lesiones a derechos fundamentales de las víctimas en procesos judiciales; mismo que no conlleva ninguna vulneración o desconocimiento de los derechos de la parte procesada, pues ese **enfoque interseccional** comprende un análisis jurídico de las categorías de vulnerabilidad utilizadas como herramientas para identificar situaciones específicas en las que se encuentran las víctimas de violencia sexual y los requerimientos de protección reforzada que deben otorgarse a la misma, observando la complejidad y diversidad de las fuentes que generan cada categoría, como acontece en el caso en examen, donde la autoridad accionada reconoció como criterios fundadores del peligro para la víctima contenido en el art. 234.7 del CPP -según la modificación de la Ley 1173- su **minoridad, tratarse de una mujer y la relación de jerarquía que tenía su agresor frente a ella**, debido a que se trataba de su profesor; criterio interseccional que difiere de aquellos casos donde las lesiones a los derechos fundamentales de las víctimas deviene de situaciones de discriminación.*

*A mayor comprensión sobre este particular, es menester hacer hincapié que la Constitución Política del Estado de Bolivia, en sus arts. 60 y 61.I, establece la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos mereciendo de manera inmediata su protección, y permitirle un acceso a la justicia pronta, oportuna y con asistencia especial, además, de que prohíbe y sanciona cualquier forma de violencia ejercida sobre los mismos, circunstancia similar se advierte en los diversos instrumentos internacionales emitidos sobre este caso como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belém Do Pará”, que señala el desarrollo de **mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres en situación de violencia, ya sea en su integridad física, sexual o psicológica, conforme prevé su art. 2, indicando los entornos en los cuales puede generarse, así como las clases que comprende la violencia**. De igual manera en su art. 9, expresa ciertas categorías que comprenden la **situación***

de vulnerabilidad de la mujer en casos de violencia mencionando entre ellas la minoridad; normativa que a la vez impele a los Estados Partes, a asumir medidas de protección; sin embargo, no debe dejarse de lado que estos criterios de interpretación pueden variar de acuerdo a la identidad, los intereses, las desventajas, la composición o jerarquías internas de este grupo vulnerable, siendo necesario abordar los mismos bajo una perspectiva reflexiva visualizando la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos que se hallan comprometidos, siendo que el primero comprende que la satisfacción de un derecho o un grupo de derechos depende de la garantía y materialización de otro derecho; en tanto que, la indivisibilidad implica una perspectiva holística de los derechos humanos, como un todo; por lo que, la transgresión de uno impacta negativamente en otros; en ese contexto, en un proceso penal deben identificarse plenamente los factores de vulnerabilidad cuando se trata de mujeres en situación de violencia, ello con la finalidad de contrarrestar situaciones evitables y concurrentes de inseguridad en las que se sitúan y ponen en riesgo sus derechos fundamentales, y por ende también se deben asumir medidas de protección, criterios interpretativos que deben ser considerados por las autoridades jurisdiccionales al momento de pronunciarse sobre un determinado motivo en el que se encuentre de por medio los derechos fundamentales de una mujer en situación de violencia -enfoque interseccional-, máxime si la misma es menor de edad -grupo vulnerable y de protección reforzada-.

Conforme los razonamientos precedentes, se tiene que en el caso en examen, se emplearon criterios interpretativos para establecer si concurrían algunas de las categorías de vulnerabilidad de la víctima, mismos que fueron advertidos en la audiencia de aplicación de la detención preventiva, concluyendo del análisis y valoración de los elementos de convicción que estaba presente el peligro para la víctima previsto por el art. 234.10 del CPP, -ahora 234.7 según la Ley 1173-, situación a su vez evidenciada por la Vocal accionada, reiterando que los fundamentos que construyeron dicho riesgo procesal fue porque se trataba de una mujer menor de edad sometida a violencia sexual y que tenía un grado de cierta dependencia hacia su agresor por ser su alumna, aspectos que señaló estaban plasmadas en la actuación procesal de aplicación de medidas cautelares, donde se expuso las categorías de vulnerabilidad en las que se encontraba la víctima (género, edad y situación social al ser alumna del imputado), (...) efectuando a su vez la Vocal accionada una ponderación entre el alcance de la aplicación de una medida cautelar que restringe el derecho a la libertad de una persona,

y la situación de vulnerabilidad de una víctima mujer menor de edad sometida a violencia sexual que requiere de protección reforzada, -enfoque interseccional- para determinar si resultaba necesario y pertinente otorgar la protección reforzada de sus derechos a la víctima como consecuencia de su situación de vulnerabilidad frente a su agresor, ponderando la afectación de bienes jurídicos que merecen ser tutelados; para ello, y partiendo de la valoración integral indicada ut supra, la Vocal accionada determinó que para enervar el peligro efectivo para la víctima, resultaba insuficiente la pericia psicológica ofrecida como nuevo elemento de convicción, porque la misma comprendería íntegramente un análisis de la personalidad y conducta del hoy accionante, sin lograr establecer si la víctima aún se encuentra dentro de las citadas categorías de vulnerabilidad o fueron superadas de alguna manera -ya sea total o parcialmente-; por lo cual, concluyó que la pericia debió realizarse a la prenombrada, y no así al imputado (...)"

Nótese que al igual que en el primer caso referido anteriormente, se aplica en el presente la interseccionalidad, al evidenciarse tres identidades coexistentes de discriminación: minoridad, mujer, condición de superioridad del agresor, que confluyen y evidencian un criterio de vulnerabilidad que fue considerado a momento de asumir la decisión en consideración y favor de la víctima dentro del proceso penal.

En el mismo sentido razonó la SCP 0012/2021-S3¹¹, de 19 de febrero, que también corresponde al Despacho cuya relatoría ejerce mi persona.

3. Protección de derechos a partir de un enfoque interseccional cuando se presentan factores de discriminación y violencia en diversas categorías

Contextualizando el referido enfoque y los factores de discriminación, la SCP 0205/2020-S3¹², de 10 de julio, recogiendo a su vez los criterios asumidos por la jurisprudencia constitucional, que evidencian la integralidad de razonamiento para juzgar con perspectiva de género aplicado en las Salas del Tribunal Constitucional, desarrolló el siguiente entendimiento:

"De la síntesis argumentativa expuesta en los razonamientos de los Vocales hoy demandados mediante los cuales respondieron al agravio relacionado

11 SCP 0587/2020-S3 19 de febrero Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

12 SCP 0205/2020-S3. 10 de julio. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

con la presunta insuficiencia motivacional y de fundamentación en la valoración probatoria para desvirtuar el peligro de fuga inserto en el art. 234.10 del adjetivo penal, se puede advertir con meridiana claridad que las precitadas autoridades concluyeron que el reclamo no era evidente, puesto que para tener por vigente este riesgo procesal, el Juez de la causa consideró las “circunstancias concomitantes” del caso, entendiéndose aquellos aspectos que sustentaron la aplicación de la SCP 0394/2018-S2 por encontrarse dentro de los parámetros para considerar la existencia de peligrosidad, señalando que para ello se apreció la vulnerabilidad o desventajas en las que se encontraban las víctimas o denunciantes, las características del delito y la conducta exteriorizada del imputado; en ese marco, se tiene que para establecer dicha peligrosidad se aplicó los entendimientos emitidos por la citada jurisprudencia que alude la necesidad de **efectuar un enfoque interseccional para el análisis de posibles vulneraciones a los derechos cuando se presentan factores como la discriminación y violencia -en diversas categorías biológicas (género), sociales y culturales- hacia las mujeres, aplicable en especial cuando la víctima es una mujer que sufre violencia sexual**; y por otra, su minoridad a objeto de establecer en qué situación de vulnerabilidad se encuentra e identificar los criterios reforzados de protección contenidos en la Constitución Política del Estado de Bolivia e instrumentos internacionales; en ese sentido, (...) tomaron en cuenta que dichas circunstancias concomitantes se encontraban acreditadas respecto a: La condición de sacerdote del imputado, quien aprovechó tal calidad al ser mentor o guía de las víctimas menores de edad que se preparaban para el acto de la primera comunión, poniendo en riesgo a las mismas; es decir, se entiende que no se está tomando en cuenta únicamente el estatus del imputado como miembro del clero de manera aislada, sino que lo ligan a las características de las **víctimas que son mujeres y menores de edad**, circunstancias que fueron evidenciadas de las entrevistas realizadas a las mismas y que además esta circunstancia estaría reflejada en la imputación, sin que ello implique que se está valorando esta última, simplemente se comprende que se cotejó las categorías a las cuáles pertenecían las víctimas (género, edad, situación social al ser miembros del área rural- y la religión) que de acuerdo con la jurisprudencia mencionada resultan criterios de consideración al momento de efectuar un enfoque interseccional para establecer si merecen la protección reforzada de sus derechos; por ello, los Vocales consideraron que el Juez a quo actuó correctamente al mantener latente este riesgo procesal conforme los razonamientos esgrimidos en su Resolución primigenia que dispuso la detención preventiva del peticionante

*de tutela aplicando los entendimientos jurisprudenciales desarrollados por la citada Sentencia Constitucional Plurinacional, sin que los mismos hubiesen variado, advirtiendo que a tal efecto se tenían acreditadas las categorías necesarias, que como se mencionó líneas arriba, se enmarcarían en el hecho de que las víctimas, además de ser múltiples, **eran mujeres, primer criterio para otorgar una protección reforzada**; segundo, que las mismas eran menores de edad, colocándolas en una **situación aún más vulnerable** debido a la inmadurez propia de la edad puesto que se trataba de un grupo que realizaría el acto de la primera comunión; tercero el tipo de agresión de la cual fueron víctimas como es el abuso sexual; y, cuarto el hecho de que fue el imputado -en su condición de sacerdote- quien presuntamente puso en riesgo el derecho a la libertad sexual de la víctimas; por ello se concluyó que la certificación sobre su suspensión como párroco no era suficiente para desvirtuar este peligro procesal.”*

Finalmente, aclaró que es evidente que en la mayoría de los casos el enfoque interseccional y los criterios de vulnerabilidad son aplicados y considerados en causas penales, donde se evidencia con mayor incidencia criterios de discriminación hacia las víctimas; empero, como se refirió en la primera parte del presente artículo, la perspectiva de género debe ser utilizada en todos los procesos judiciales, en las diferentes materias, de manera transversal, dado que tanto la discriminación como la violencia son estructurales y por ende corresponde ser adoptadas en todos los casos judiciales -en todas sus materias- así como administrativos.

Así en el caso de la SCP 0296/2021-S3¹³, de 8 de junio, la accionante denuncia, entre varias irregularidades del debido proceso, que las Magistradas hoy accionadas, al emitir la Sentencia Agroambiental Plurinacional S1a 03/2020 de 3 de febrero, no otorgaron a la prueba presentada durante la demanda de nulidad de título ejecutorial, **un enfoque interseccional que considere su condición de mujer campesina adulta mayor**, con situación económica precaria y sin instrucción educativa, al indicar que dicha prueba “se encuentra reñida con la realidad” (sic); de la suscripción del acta de “fs. 292” del expediente principal.

Al respecto, el citado fallo constitucional refirió:

13 SCP 0296/2021-S3. 08 de junio Tribunal Constitucional Plurinacional

*“... la accionante pretende que la valoración de la prueba presentada durante la demanda de nulidad de título ejecutorial consistente en certificaciones y votos resolutivos otorgados por las autoridades y miembros de la comunidad campesina Pandoja, así como los miembros del entonces Comité de Saneamiento Interno, **pueda contemplar el enfoque interseccional, puesto que alega encontrarse sometida a múltiples factores de discriminación** -adulta mayor, con una situación económica precaria, sin instrucción educativa- en esa medida, denuncia que las Magistradas ahora accionadas incurrieron en no sopesar las pruebas bajo el citado enfoque expresando de manera simple que la prueba ofrecida “se encuentra reñida con la realidad” (sic).*

En ese sentido, respecto al enfoque interseccional, la línea jurisprudencial citada en el Fundamento Jurídico III.3. de este fallo constitucional, estableció que debe ser entendido como aquella herramienta útil para analizar la vulneración de los derechos, en especial, el de la igualdad, cuando se presentan múltiples factores de discriminación que se entrecruzan y que influyen en el ejercicio y goce de los derechos de las personas.

De acuerdo a lo anterior, considerando que el enfoque interseccional busca igualar las asimetrías de aquellas personas que se encuentren en desventaja por múltiples factores de discriminación, se advierte en el presente caso, que al tener las partes -accionante y terceros interesados- igualdad de condiciones por encontrarse los mismos niveles de discriminación, pues se constituyen en personas adultas mayores, pertenecientes a una comunidad campesina y se sometieron en esas condiciones al proceso de saneamiento interno, no correspondía a las Magistradas hoy accionadas considerar ese enfoque únicamente a favor de una de las partes al momento de valorar la prueba adjuntada a la señalada demanda de nulidad de título ejecutorial; razón por la que corresponde denegar la tutela solicitada en ese punto en particular.”

Nótese que en este caso, la jurisprudencia constitucional muestra que el enfoque interseccional no se aplica como condición sine quanun cuando la parte invocante del mismo es una mujer o tienen otras categorías de posible discriminación, sino que la aplicación de dicha herramienta parte precisamente de verificarse dichos factores de discriminación entre las partes procesales, y no así cuando existe igualdad de condiciones, lo que evidencia la estrategia para juzgar con perspectiva de género es fáctica, además de conceptual y **no abstracta**.

Concluyendo con el presente trabajo solo afirmando que es necesario contar con muchos más espacios que permitan conocer e intercambiar herramientas necesarias para cumplir de mejor manera la labor de impartir justicia con un enfoque efectivo de género.

REFERENCIAS

- Consejo de la Magistratura Bolivia. *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*. Aprobado mediante Acuerdo de Sala Plena 126/17 de 22 de noviembre de 2017.
- Ley 243 de 2012. *Ley contra el Acoso y Violencia Política hacia las mujeres*. 28 de mayo de 2012. Gaceta Oficial de Bolivia.
- Ley 263 de 2012. *Ley integral contra la Trata y Tráfico de Personas*. 31 de julio de 2012. Gaceta Oficial de Bolivia.
- Ley 348 de 2013. *Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia*. 9 de marzo de 2013. Gaceta Oficial de Bolivia.
- SDSN Bolivia. (2020). *5. Igualdad de Género*. Recuperado el 14 de septiembre de 2020 de <https://www.sdsnbolivia.org/igualdad-de-genero/>.
- Tribunal Constitucional Plurinacional [TCP]. (2020). *Sentencia Constitucional Plurinacional 0587/2020-S3*. 19 de febrero de 2020.
- Tribunal Constitucional Plurinacional [TCP]. (2021). *Sentencia Constitucional Plurinacional 0296/2021-S3*. 08 de junio de 2021.



Ricardo Torres Echalar¹



JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS

¹ Licenciado en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca (UMRPSFXCH). Diplomado en Diplomado en Organización y Administración Pedagógica del aula en Educación Superior (UMSA), Diplomado en Actualización en los Nuevos Códigos Familia-Niño-Niña- Adolescente (UMSS), Diplomado en Procedimiento Civil (UAP), Diplomado Derechos Humanos y Políticas Públicas (UASB), Magister en Administración de Justicia (USFX-CEPI), Maestrante en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, Maestrante en Comunicación Estratégica.

Actualmente es Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado electo por el departamento de Pando. Entre otras funciones desempeñadas fue: Defensor de la Niñez y Adolescencia, Asesor en la Legislación Agraria, Abogado de Liquidación de Procesos Judiciales, Especialista II en Alerta Temprana de Conflictos Municipales, Defensor de Oficio de la Corte Superior de Justicia de Pando, Asesor de Comisión de la Cámara de Diputados, Encargado Distrital de Pando del Consejo de la Magistratura, Director Departamental de Pando de la Procuraduría General del Estado, Consultor, Asesor legal y Docente.

Justicia con Perspectiva de Género y Derechos Humanos

Ricardo Torres Echalar

RESUMEN

La justicia con perspectiva de género, debe partir de la premisa de la complementariedad entre varón y mujer y no de su antagonismo; corresponde su aplicación únicamente, en el supuesto que se trate de relaciones auténticamente asimétricas; que la mujer se encuentre en condición de desventaja, considerando las naturales diferencias con el varón; las diferencias culturales no son y no pueden ser un motivo de consideración de perspectiva de género; y que debe ser erradicada toda forma de violencia contra la mujer, interviniendo en la causa del problema, es decir, que se debe constituir en una política de Estado, la de alentar y fomentar la educación en principios y valores.

La justicia nace del cumplimiento y observancia de las normas en general y de la ley en particular; debe surgir de la convicción y del convencimiento de la persona, mas no de la obligación ciega del individuo, que necesita estar vigilado y controlado para cumplir con su deber y aun así busca la forma de evadirse.

Palabras clave

Género, justicia, derechos humanos, violencia, educación, principios, valores, penalización.



DESARROLLO

1. La administración de justicia

A efecto de abordar el tema a ser desarrollado, se debe precisar la comprensión del término “género”, que se constituye en el elemento central de análisis y en torno del cual se interpretará y aplicará la justicia, en el marco de los derechos humanos.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española (Versión electrónica 23.5), una de las acepciones del término género, es: “Grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico.”

Es decir, que la comprensión de género, va más allá del hecho de ser varón o mujer, debiendo entenderse o agregarse las tradiciones y estilo de vida que desarrollan las personas y que van provocando cambios en la estructura de la sociedad.

En relación con el término género, se puede hacer referencia a feminismo, sororidad, discriminación, machismo, misoginia y patriarcado, que en su comprensión jurídica, deben ser interpretados en perspectiva de equidad y justicia, para el desarrollo de una sociedad más armónica y plena; de complementariedad entre todos sus miembros, en igualdad de condiciones, a efecto de lograr la efectiva realización de los fines del Estado.

El feminismo, como toda reivindicación, surge de las asimetrías o de las relaciones de trato desigual entre los seres humanos, constituyendo una realidad, que la historia de la civilización tiene componentes eminentemente machistas, sobre la base de una serie de privilegios e incluso de autoridad del hombre sobre la mujer.

La situación descrita, provocó que se vayan dando en un primer momento tímidamente, desde mediados del Siglo XX, una serie de transformaciones en la sociedad, traducidas posteriormente en la normativa constitucional y legal, que va generando cada vez con mayor nitidez y precisión, el reconocimiento de igualdad natural entre los seres humanos, independientemente del género al que pertenezcan.

En el caso de Bolivia, la Constitución Política del Estado de 30 de octubre de 1938, a través de su artículo 122, introdujo la previsión acerca de las regulaciones legales

en relación con los derechos laborales de la mujer; y fue recién por medio de la Carta Política del Estado de 24 de noviembre de 1945, que en sus artículos 43 y 46 se reconoció el derecho de ciudadanía de la mujer boliviana.

En ese largo tránsito hacia la aplicación de criterios de igualdad de género, a partir del XIV Encuentro Iberoamericano de Magistradas, que se desarrolló en la ciudad de Cochabamba, en noviembre de 2013, como se señala en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, se formó como política institucional del Órgano Judicial, cuatro líneas estratégicas de trabajo, que contemplan entre ellos, "...d) monitoreo y evaluación de la actividad jurisdiccional, desde la perspectiva de género." (Órgano Judicial, 2017, p. 18).

La comprensión de los derechos humanos no requiere de grandes elucubraciones o el desarrollo de teorías, sino su simple sentido literal considerando el significado de las palabras, independientemente de las complejidades que pueden presentarse en sentido técnico en el ámbito jurisdiccional.

En este sentido, los derechos humanos, son las facultades o prerrogativas que tiene todo ser humano como componente de la sociedad y del Estado, por su sola condición de tal, e independientemente de su nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen étnico, religión, idioma o cualquier otra característica o condición; adicionalmente, se trata de derechos que se encuentran interrelacionados, son interdependientes e indivisibles.

La base fundamental para su comprensión y ejercicio, es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, a partir de la cual se generó una enorme cantidad de normativa internacional sobre su promoción y protección; este documento, en su preámbulo indica claramente que los derechos fundamentales se hallan fundados en la dignidad, el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres.

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, de 7 de febrero de 2009, dispone en el párrafo I de su artículo 11, que en la conformación del sistema de gobierno, corresponde la equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres; el párrafo II de su artículo 15 refiere a la protección de la mujer contra la violencia en la familia y en la sociedad; respecto de los derechos políticos, el párrafo I de su artículo 26, indica que la participación será equitativa y en



igualdad de condiciones entre hombres y mujeres; según el párrafo V de su artículo 48, se garantiza igualdad de condiciones entre hombres y mujeres en las relaciones laborales, prohibiendo a continuación en el párrafo VI, toda forma de discriminación en contra de la mujer. El artículo 66 de la norma constitucional, es específico en cuanto al la igualdad de derechos sexuales y reproductivos.

De igual manera, el artículo 78 de la Ley de Leyes, garantiza la igualdad del derecho a la educación; el párrafo I del artículo 147, a la equivalencia de derecho a la conformación de la Asamblea Legislativa Plurinacional, lo mismo que el párrafo II del artículo 210, sobre el derecho a la representación política; finalmente, se especifica en el párrafo I del artículo 395 en relación con el numeral 2 del artículo 402, el derecho de acceso y tenencia de tierras.

La descripción precedente acerca de las previsiones constitucionales es fundamental, pues debe quedar claro que desde el punto de vista jurídico-constitucional, los derechos de la mujer se hallan protegidos, como los de todos los ciudadanos, en igualdad de condiciones.

Ahora bien, desde el punto de vista de la eficacia de la normativa, como parte de la problemática de aplicación del derecho, va más allá de las previsiones en los textos que contienen los preceptos, sean estos constitucionales o legales, pues se trata de cuestiones relacionadas con actitudes, conductas y cultura de la sociedad en su conjunto.

Por lo anterior, es oportuno precisar que no se trata de la existencia de profusión y abundancia de normas para garantizar el derecho de las personas; más al contrario, cuanta mayor cantidad de normativa exista, significa que nos encontramos ante un problema de orden cultural de la sociedad, que debe ser resuelto. Las normas se encuentran orientadas a regular la conducta del ser humano en la sociedad constituida en Estado; es decir, que cuantas más conductas que regular existan, se denotan más problemas en la sociedad, además de la ambigüedad y confusión que genera la abundancia de disposiciones. Por otra parte, no se puede pretender que la administración de justicia, constituida por más o menos un millar de jueces en Bolivia, resuelvan los conflictos derivados de las relaciones de alrededor de doce millones de habitantes, judicializándose muchas de ellas innecesaria e indebidamente, pudiendo ser resueltas por otras vías alternativas.

Pero lo más importante, que debe ser adoptado y aplicado como política del Estado, es que para resolver los conflictos de la sociedad, se debe atacar el origen del problema y no sus consecuencias.

Se sabe y conoce que los problemas de violencia de género en el ámbito familiar, tiene su causa en cuestiones de orden cultural (aprendidas), como parte del círculo vicioso que se repite, porque el hijo fue víctima presencial de la violencia generada por el padre en contra de él mismo y de su madre; entretanto no se eduque y se corte la repetición de esas prácticas que son el origen del problema, éste no podrá ser resuelto en el efecto como sucede en la práctica, pues por mucho que se judicialice o se penalice y se sancione el hecho, se trata de un parche, mas no de una solución.

En esta misma línea de pensamiento, la educación y formación de los componentes de la sociedad, debe ir orientada en sentido que no se trata de la existencia de competencia entre hombres y mujeres, sino de complementariedad. No se encuentran opuestos los unos a los otros, sino que deben complementarse a efecto de lograr un objetivo común, que es el desarrollo armónico de la sociedad, para lograr la paz y el bienestar común, que son los fines del Estado.

No obstante, sociedad en la que no exista la armonía y complementariedad señalada, no podrá implementar y desarrollar un sistema de administración de justicia eficiente y eficaz, pues si la equidad y el compromiso social de justicia no nace de la convicción y de las actitudes y conductas del ser humano, se trata de problemas que la autoridad jurisdiccional no podrá resolver.

Otro elemento fundamental, es el referido a la función del Estado, de garantizar el ejercicio de los derechos de los seres humanos (ciudadanos), en la comprensión que no es éste quien otorga o reconoce los derechos, sino que corresponden a la naturaleza de las personas, comprendiendo que esa garantía subsiste entretanto la persona observe y cumpla el mandato de la ley; es decir, que el ciudadano debe tener presente que el ejercicio del derecho deriva del cumplimiento de un deber; que todos, gobernantes y gobernados, nos encontramos sometidos al imperio de la ley, no siendo posible admitir que deba adecuarse la ley a la conducta o al comportamiento de la persona.

En función de lo expresado en el acápite anterior, no se trata de la relativización del



principio de legalidad en el Estado Constitucional de Derecho, ni queda duda de la subordinación de la ley a la constitución en virtud de los principios de supremacía constitucional y de jerarquía normativa. Podrá en este caso, tratarse de un tema de debate en el ámbito de las jurisdicciones constitucional, ordinaria, u otra, pero no de la realidad práctica, en la que el ciudadano debe tener absolutamente claro que se encuentra sometido al imperio de la ley, que regula su conducta; y que si surge la vulneración de un derecho o garantía, será la jurisdicción constitucional a la corresponda resolver.

Por ello, tampoco corresponde, como en los hechos sucede, pretender establecer supremacía en la jurisdicción. En realidad, la jurisdicción es una; la potestad del Estado de administrar justicia en su territorio, respecto de la cual, se establecen criterios de especialidad, cuyo ejercicio corresponde a la jurisdicción ordinaria, a la jurisdicción constitucional, a la jurisdicción agroambiental, u otras.

Expresado en otros términos, al igual que la referencia efectuada sobre la complementariedad entre varón y mujer, también debe darse la complementariedad y no la oposición entre las jurisdicciones especializadas, en aras de la consecución del objetivo común de la sociedad y del Estado, que es lograr criterios de justicia que satisfagan las necesidades y los intereses del destinatario: El ser humano, la persona.

Así, si la función de la ley es regular la conducta humana, lejos de constituirse en un instrumento de coacción o represivo, sancionador, más allá de la natural obligatoriedad de su observancia y cumplimiento, debe constituirse en un medio pedagógico, de educación y formación de la sociedad; la enseñanza en cualquier ámbito, no se da por la repetición de fórmulas o teorías, sino fundamentalmente por el ejemplo.

2. Justicia con perspectiva de género y derechos humanos

Considerando que el ser humano es uno solo independientemente de si es de género masculino o femenino y que el servicio público de administración de justicia debe centrar su atención en la persona, independientemente de cualquier forma de discriminación o exclusión, surge el siguiente cuestionamiento:

¿Es suficiente con ser mujer para que la administración de justicia active mecanismos

de juzgamiento, sobre la base de una forma de discriminación positiva a favor del género femenino, es decir, con perspectiva de género?

Como ya se manifestó en la primera parte del presente trabajo, no se trata de una cuestión antagónica o de contradicción entre hombre y mujer, sino de la consideración del ser humano en cuanto tal, sin desconocer que a lo largo de la historia se produjeron muchas asimetrías en desmedro del género femenino; no obstante, la magia se encuentra en superar las dificultades y los problemas, más allá de ahondarlos o pretender una suerte de vendetta.

Se precisó del mismo modo, que la consideración de los derechos humanos, valga la redundancia, son derechos de todos los seres humanos, sin exclusión o preferencia, pues de lo contrario se ingresaría en el ámbito de la discriminación, prohibida por mandato constitucional y por la propia normativa internacional en materia de derechos humanos.

2.1. Como un primer elemento, debe considerarse que la perspectiva de género deberá ser aplicada como criterio de juzgamiento, únicamente si en el supuesto, se trate de relaciones auténticamente asimétricas, en las cuales se vea involucrada la mujer y se encuentre en clara desventaja, ya sea por ideas preconcebidas, prejuicios, estereotipos u otro tipo de subjetivismos, por los cuales se pretenda que el hombre, por el solo hecho de ser hombre, de hecho, tiene la razón o puede ejercer un derecho en desmedro de la mujer.

En consecuencia, si se trata de una controversia, en condiciones de horizontalidad o de igualdad entre hombre y mujer, no existirá razón para la aplicación de criterios de género.

2.2. Otra característica importante para la consideración de la perspectiva de género, es que el juzgador deberá establecer con certeza que las condiciones y oportunidades de la mujer, como parte en el proceso, son diferentes de las de la otra parte, lo que sitúa a la mujer en condición de desventaja, considerando las naturales diferencias y particularidades de cada una de ellas, garantizando el pleno ejercicio del derecho de cada uno, como persona y como ciudadano.

2.3. Las diferencias culturales no son y no pueden ser un motivo de consideración de perspectiva de género, pues la cultura es un acervo del ser humano, lo que no significa la negación de la existencia de partes o segmentos de la cultura como



propios de varones o mujeres en su práctica, que por otra parte son cada vez menos, pues en los hechos, lo que en el pasado se consideraba como propio de cada sexo, hoy ha quedado prácticamente superado, aun cuando pudieran existir algunas conductas aisladas al respecto.

2.4. Consideración especial merece el tema de violencia contra la mujer, en que la perspectiva de género se torna relevante.

La Ley N° 348 de 9 de marzo de 2013, Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, establece en el párrafo I de su artículo 3, que es una prioridad del Estado Plurinacional de Bolivia, la erradicación de la violencia hacia las mujeres, al tratarse de una de las formas más extremas de discriminación en razón de género.

La misma norma, a través de su artículo 84, incorporó al Código Penal, el artículo 252 bis, como tipo penal independiente, el de feminicidio; es decir, que se prevé la sanción, a quien produzca la muerte de una mujer, de acuerdo con los supuestos de los nueve numerales que tiene el artículo en cuestión, con 30 años de presidio sin derecho a indulto.

La Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, está próxima a cumplir 9 años de vigencia; a lo largo de este tiempo, de acuerdo con una publicación del periódico Los Tiempos de Cochabamba (2020), el número de casos de feminicidio corresponde al siguiente detalle:

Tabla 1

GESTIÓN	NÚMERO DE CASOS
2014	71
2015	110
2016	111
2017	109
2018	130
2019	117

Según información del Ministerio Público (2020), la situación en la gestión indicada, no fue mejor, pues se reportaron 113 casos de feminicidio; y en la gestión 2021, de acuerdo con una publicación del diario Opinión de Cochabamba (2022), el total de víctimas de feminicidio fue de 108.

Finalmente, a momento de elaborarse el presente trabajo, el 6 de enero de 2022, el diario Página Siete, reportó el primer caso de feminicidio en la gestión, ocurrido en el Departamento del Beni.

Tomando en cuenta la cantidad de víctimas en 8 años, entre 2014 y 2021, suman 868 mujeres muertas en condiciones de violencia por razón de género, lo que hace un promedio de 9 víctimas por mes.

Las cifras expuestas generan un cuestionamiento:

¿La Ley N° 348 ha contribuido y contribuye efectivamente en la lucha integral contra la violencia en razón de género?

La respuesta inicial a la pregunta, es que la norma no ha dado respuesta efectiva a la situación que se plantea, lo que muestra que la judicialización y la penalización de las conductas como medio de prevención, no es eficaz.

El único medio posible a través del cual se puede luchar para la erradicación de toda forma de violencia en la sociedad y particularmente de la violencia en contra de la mujer, es a través de la educación, sin que ello signifique desconocer la importancia de la Ley N° 348 u otras disposiciones que repriman y sancionen hechos de violencia. En este sentido, se considera que uno de los medios eficaces para lograr educar e internalizar en la mentalidad de niños, adolescentes y jóvenes, a quienes deben ir orientadas fundamentalmente las políticas educativas, como política de Estado, es la Televisión Boliviana, medio a través del cual se debe privilegiar la difusión de programas educativos y formativos en principios y valores, que son los que generarán las bases y los fundamentos para el desarrollo de una sociedad armónica, además del ejemplo que deben dar los líderes y lideresas en todo ámbito de la actividad.

Los principios y valores como parte de la cultura de la sociedad, son aprendidos; y su aprehensión nace del ejemplo de las autoridades, de los mayores, de los educadores, de los padres, etc. Como ya fue expresado líneas arriba en el presente trabajo, no basta con determinar, disponer u ordenar la observancia de determinada conducta, si ella no va acompañada de hechos y actitudes que guarden coherencia con el comportamiento deseado o buscado.

Por supuesto que dependerá de la creencia particular de las personas; no obstante,



más allá de si es la creación o la evolución, la mujer es el ser más importante de la vida, pues es a ella a quien se encuentra encomendada la reproducción; es decir, que es de ella que depende la perpetuación de la especie; es de ella de quien nació cada hijo e hija en la sociedad.

Esa importancia, el respeto, la deferencia y todas las consideraciones hacia la mujer, deben ser expresadas objetivamente por los gobernantes, por las autoridades, por los padres, por los hijos, por los esposos y por la sociedad en su conjunto, en hechos conductas y actitudes; pero también, la mujer deberá mostrar ponderación y equilibrio en sus actuaciones, pues el empoderamiento convertido en abuso y en exceso, podría finalmente desvirtuar los esfuerzos de la sociedad y del Estado.

Una vez más, no se debe perder de vista que varón y mujer, cada uno tiene roles que cumplir, sin que ninguno de ellos sea superior al otro, sino que son complementarios entre sí; la convicción debe encontrarse orientada en el sentido que el desarrollo de la sociedad depende de ambos y que son las conductas y actitudes de ambos las que contribuirán a la construcción de una sociedad mejor o su destrucción. No se puede pretender, porque además no es su tarea, que quien administra justicia vaya a resolver problemas que son propios de la convivencia humana y que deben ser resueltos por los propios actores. Las causas que llegan a los tribunales deben ser exclusivamente aquellas derivadas de controversias que por diversos motivos no han podido ser resueltas por los propios involucrados.

Una de las razones de la excesiva carga procesal, la mora y la retardación de justicia, es que el sistema de administración de justicia se halla recargado de una enorme cantidad de procesos que fácilmente pueden ser resueltos a través de medios alternativos.

En consecuencia, no se puede depender y menos responsabilizar al juez o la jueza de conductas y actitudes cuya solución corresponde a otro ámbito, independientemente de la perspectiva que se adopte. El cumplimiento y observancia de las normas en general y de la ley en particular, debe nacer de la convicción y del convencimiento de la persona, mas no de la obligación ciega del individuo, que necesita estar vigilado y controlado para cumplir con su deber y aun así busca la forma de evadirse.

REFERENCIAS

- Constitución Política del Estado [CPE]. (1938). 30 de octubre de 1938 (Bolivia). Soberana asamblea nacional.
- Constitución Política del Estado [CPE]. (1945). 24 de noviembre de 1945 (Bolivia). Soberana asamblea nacional.
- Constitución Política del estado [CPE]. (2009). 7 de febrero de 2009 (Bolivia). Gaceta Oficial de Bolivia.
- Ley 348. *Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia*. 9 de marzo de 2013. Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia.
- Los Tiempos. 23 de enero de 2020. *En los últimos 7 años, 677 mujeres fueron víctimas de feminicidio*. Recuperado el 6 de enero de 2022. www.lostiempos.com/actualidad/pais/20200123/ultimos-7-anos-677-mujeres-fueron-victimas-feminicidio.
- Ministerio Público. 31 de diciembre de 2020. *Bolivia registró 113 casos de Feminicidios en el año 2020*. Recuperado el 6 de enero de 2022. www.fiscalia.gob.bo/index.php/4565-ministerio-publico-bolivia.
- Opinión. 23 de enero de 2022. *Feminicidios 2021: mayoría de víctimas y agresores eran estudiantes*. Recuperado el 23 de enero de 2022. <https://www.opinion.com.bo/articulo/escena-del-crimen/feminicidios-2021-mayoria-victimas-agresores-eran-estudiantes/20220122113113852252.html>
- Organización de Naciones Unidas. 10 de diciembre de 1948. *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado el 6 de enero de 2022. www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights.
- Órgano Judicial. (2017). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. Comité de Género del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional.
- Página Siete. 5 de enero de 2022. *Beni reporta el primer feminicidio de 2022; la víctima deja cinco huérfanos*. Recuperado el 6 de enero de 2022. <https://www.paginasiete.bo/sociedad/2022/1/5/beni-reporta-el-primer-feminicidio-de-2022-la-victima-deja-cinco-huerfanos-319899.html>.
- Real academia española. 2022. *Género*. Versión electrónica 23.5. Recuperado el 7 de enero de 2022. <https://dle.rae.es/género?m=form>.



Juan Carlos Berrios Albizu¹



LOS COMPAÑEROS PERMANENTES Y SU DERECHO AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

¹ Licenciado en Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés. Diplomados: “V Curso Nacional de Acreditación en Metodologías y Técnicas de Investigación-Instituto de la Judicatura de Bolivia”, “Oralidad en el Código del Proceso Civil”, “Nuevo Código Procesal Civil y Proceso Familiar”, “Derecho Constitucional” y “Educación Superior”. Magister en Administración de Justicia de la UMRPSFXCH. Egresado del Instituto de la Judicatura de Bolivia hoy Escuela de Jueces del Estado con el título de Juez Instructor. Doctorando en el curso “Doctorado en Derecho Constitucional y Administración”, Versión II de la UMSA.

Actualmente, es magistrado del Tribunal Supremo de Justicia. Entre otras funciones durante su carrera transitó por toda la estructura funcionaria judicial fue: Pasante, Auxiliar, Actuario, Juez de Instrucción Mixto Cautelar, Vocal, Presidente del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, Presidente de Sala Civil Especializada del Tribunal Supremo de Justicia - 2019. También desempeñó los cargos de Vicepresidente y Presidente del Directorio del Colegio de Abogados de La Paz – Comisión Filial El Alto.

Los compañeros permanentes y su derecho al sistema de seguridad social

Juan Carlos Berrios Albizu

RESUMEN

El derecho a la seguridad social a corto y largo plazo se encuentra descrito en la Constitución Política del Estado, en el apartado de derechos fundamentales y garantías, con el denominativo derecho a la salud y a la seguridad social, por estos derechos se entiende que el Estado tiene el deber de proteger la salud de una persona y que conforme a ley de otorgarle una renta de vejez.

En algunos casos estos derechos también se amplían a terceras personas, las que de acuerdo a cada sistema de seguridad se los denomina beneficiarios o derechohabientes. En su concepción general y conforme a una visión tradicional en la descripción de beneficiarios y/o derechohabientes, puede afiliarse el cónyuge o conviviente y los hijos del titular del derecho, entre otros; sin embargo, en el caso de los cónyuges este derecho se lo otorgaba a las parejas que mantenían una relación heterosexual (hombre-mujer), lo cual impedía que se afilie como beneficiario o derechohabiente a una persona del mismo sexo en condición de cónyuge o conviviente, praxis que se encuentra descrita como un acto discriminatorio, puesto que instrumentos internacionales, así como la norma interna del Estado establecen que no se puede generar un trato diferente sobre la base del sexo o de su orientación sexual.

Pese al criterio pronunciado por el Tribunal Constitucional Plurinacional, se entiende que la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la cual forma parte del bloque de constitucionalidad, permite que personas del mismo sexo puedan ser considerados como beneficiario y/o derechohabientes.

Palabras clave:

Seguridad social, identidad sexual, género, cónyuge, compañero permanente.



1. Introducción

En el Estado boliviano se implantó el derecho a la seguridad social establecido por un sistema de protección de garantías de corte tradicional. Pese al derecho comparado, en Bolivia se fue manteniendo los criterios tradicionales, donde el acceso al sistema de seguridad social en sí no respondía a las necesidades de ciertos grupos que conforman la población boliviana.

Pese a la evolución normativa en el derecho comparado los legisladores en nuestro Estado no quisieron avanzar orientando un sistema legislativo progresivo, esto tomando en cuenta si se coteja la evolución de derechos fundamentales. Sin embargo, pese al empantanamiento legislativo, la Constituyente en nuestro Estado generó una modificación al esquema tradicional y estático que se encontraba implementada, así el nuevo diseño constitucional modificó la visión política del Estado y con ello la implementación de garantías constitucionales, que merecieron mayor precisión en cuanto a su alcance, pues en muchos de los derechos fundamentales se implementó principios que, a decir de Robert Alexis (2017), son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas (p. 458). Por ello, considera a los principios como mandatos de optimización.

Entre los derechos fundamentales se tiene la prohibición de discriminación, fundada en aspectos de orientación sexual y sexo, entre otros, así lo describe el párrafo II del artículo 14 de la Constitución Política del Estado (CPE, 2009).

A pesar de la prohibición descrita, a raíz de los reclamos de un sector de la sociedad boliviana el Tribunal Constitucional Plurinacional, desconoció tal precepto constitucional y no solo ello, sino que también desconoció lo dispuesto en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciada en el caso Duque vs. Colombia, en cuyo fallo interamericano interpreta las normas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual forma parte del bloque de constitucionalidad, conforme describe el artículo 410 de la norma constitucional.

En ese entendido, asumiendo que el bloque de constitucionalidad boliviano se encuentra compuesto no solo por los preceptos establecidos en el texto constitucional, sino también por normativa convencional que describen derechos

humanos, se entiende que la prohibición de discriminación por razones de orientación sexual y de sexo se halla vedada en el escenario nacional, por lo que no podría argüirse que la falta de regulación normativa precisa que permita satisfacer las necesidades de las personas con distinta orientación sexual sea justificativo como para que estas personas no puedan gozar de los derechos a la salud y a la seguridad social a largo plazo.

2. Conceptos esenciales

Para la comprensión del tema corresponde describir los conceptos generales conforme a la Ley N° 807 de Identidad de Género de 21 de mayo de 2016 y la normativa vigente en el siguiente orden:

Género. Construcción social de roles, comportamientos, usos, ideas, vestimentas, prácticas o características culturales y otras costumbres para el hombre y la mujer.

Identidad de Género. Vivencia individual del género tal como cada persona la siente, la vive y la ejerce ante la sociedad, la cual puede corresponder o no al sexo asignado al momento del nacimiento. Incluye la vivencia personal del cuerpo que puede implicar la modificación de la apariencia corporal libremente elegida, por medios médicos, quirúrgicos o de otra índole.

Sexo. Condición biológica, orgánica y genética que distingue a mujeres de hombres.

Dato de Sexo. Diferencia entre mujer u hombre inscrita como femenino o masculino en los documentos de registro de identidad públicos o privados, que puede o no coincidir con el sexo al momento de nacer.

Cónyuge. A efectos de considerar los efectos del matrimonio y la unión conyugal libre, el párrafo III del artículo 137 del Código de las Familias y del Proceso Familiar (2014), señala que el término de cónyuge se reconoce tanto en la relación de matrimonio como en la unión libre. De acuerdo con la Real Academia Española, se entiende como persona unida a otra en matrimonio, y para nuestro caso a los convivientes en una unión libre.

Asimismo, de acuerdo con los antecedentes de la Sentencia de la Corte IDH (2016), pronunciada en el caso Duque vs. Colombia, la descripción de compañeros permanentes fue dada conforme al Decreto 1889 de 3 de agosto de



1994 (reglamentario de la Ley 100 de 1993), que señalaba que para los “efectos de la pensión de sobrevivientes del afiliado, ostentará la calidad de compañero o compañera permanente la última persona, de sexo diferente al del causante, que haya hecho vida marital con él, durante un lapso no inferior a dos (2) años”.

3. Los derechos sociales titulares y beneficiarios o derechohabientes

La legislación en materia de seguridad social a corto plazo y a largo plazo, permite que cualquier persona puede ser registrado como beneficiario o titular para el goce del derecho a la salud y de las prestaciones a largo plazo que el ordenamiento jurídico permite de acuerdo con los requisitos establecidos en la ley.

En el sistema de salud conforme al Código de Seguridad Social, se describe al término de trabajador- asegurado al que tiene la fuente laboral, sea sujeto a la Ley General del Trabajo o al Estatuto del Funcionario Público, el cual conforme a ley puede ampliar los beneficios de la seguridad social en favor de su familia; así, los miembros de la familia del asegurado tienen la denominación de beneficiarios, y de derechohabientes a los que en un futuro sean herederos del asegurado, terminología que el Código reconoce para la prestación de salud y de percepción de rentas y demás previsiones en caso de muerte del causante.

En el tema del derecho a la salud, el cónyuge y los hijos, en caso de tenerlos, tienen el derecho a que el ente asegurador de la salud les preste servicio. Y en el tema de que una persona jubilada fallezca o cuando un trabajador que aporta para su jubilación fallezca antes de jubilarse, el cónyuge y sus hijos, en caso de tenerlos, gozan de los derechos previsionales de acuerdo con la ley. Esta nomenclatura se aplica en la mayoría de las legislaciones, así como en el caso del sistema de la seguridad social en Bolivia.

Para ello, los distintos entes gestores de salud y de pensiones, describen una serie de requisitos, entre los cuales está el requisito de acreditar la situación conyugal, que en el caso de un matrimonio heterosexual resulta ser sencillo, puesto que para ello se debe adjuntar el certificado de matrimonio, entre otros datos. Lo propio ocurre para el caso de una unión (conyugal) libre, algunas entidades exigen la determinación administrativa o judicial que acredite la unión libre; este requisito puede ser acreditado no solo con la resolución judicial o administrativa, sino también con un informe social que indague tal aspecto y concluya que sí

existe una unión libre, esta última forma ha sido practicada desde antes de la vigencia del Código de las Familias y del Proceso Familiar, que con la vigencia de la citada norma ha traído disparidad de criterios en cuanto a su acreditación, puesto que actualmente se tiene un procedimiento específico para establecer tal relación jurídica.

La acreditación de una unión libre de personas del mismo sexo es la que ha traído una serie de observaciones por la población la cual ha repercutido incluso en el ejercicio de los derechos sociales y sociales de esta unión entre personas del mismo sexo, y con ello ha generado un criterio distinto en los entes de la seguridad social, más tomando en cuenta la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 76/2017.

4. Cláusula de no discriminación

De acuerdo con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la que el Estado boliviano se suscribió mediante la Ley N° 1430 de 11 de febrero de 1993, describe que los Estados partes de la referida Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos por dicho instrumento y a garantizar el ejercicio de los mismos por toda persona sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En síntesis, lo que postula el precepto internacional es el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. Su aplicación e interpretación en otrora se entendía que solo podía efectuarlo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no obstante, el mismo fue aclarado mediante la Sentencia Interamericana pronunciada en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de septiembre de 2006, en la que sostuvo que es deber de los órganos jurisdiccionales efectuar el control de convencionalidad de oficio y no solo efectuar el cotejo de la Convención frente a normas de derecho interno, sino también de aplicar la interpretación que la Corte le ha dado a diversas disposiciones del instrumento internacional, o sea que cada órgano que administre justicia (área jurisdiccional o administrativo) debe aplicar la Convención.

Así, en concordancia con la norma descrita se tiene el artículo 24 de la Convención, el cual establece el derecho a la igualdad describiendo que todas las personas son



iguales ante la ley y, en dicha consecuencia, tienen derecho a la igual protección de la ley sin discriminación; entonces, la tipificación de los factores de discriminación se encuentra descrito en el artículo 1 de la Convención.

La doctrina a estos factores de discriminación las denomina criterios prohibidos de distinción, estos según Uprimny y Sánchez (2014), resultan ser cuatro: La primera, relativa al aspecto de la identidad de la persona, como por ejemplo: la raza, el sexo o la orientación sexual, entre otros; la segunda, que está asociada con prácticas históricas de discriminación y subordinación; la tercera, que radica en identificar a grupos con escaso poder político dentro de la sociedad con la finalidad de efectivizar sus demandas en los órganos de representación; y la cuarta, que no corresponden a un criterio racional para distribuir cargas y beneficios en un entorno social.

De acuerdo con estos criterios de prohibición de distinción, se concluye que no se puede efectuar u otorgar un trato diferente en sujeción al sexo u orientación sexual, por lo que cualquier pronunciamiento que tenga justificación en coartar o menoscabar un derecho basado en el sexo o la orientación sexual genera una situación de discriminación, criterio que se asume en función de los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La normativa internacional descrita precedentemente forma parte del bloque de constitucionalidad, así lo describe el artículo 410 de la Constitución Política del Estado.

Al margen de lo descrito en la norma internacional, en nuestra legislación interna se tiene el artículo 14 de la Constitución Política de Estado que expresa que el Estado boliviano prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo biológico, orientación sexual, identidad de género, entre otros. Toda distinción basada en esos presupuestos prohibidos importa discriminación, puesto que el Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución Política del Estado, leyes y tratados internacionales.

Este postulado constitucional evoca la idea del derecho a la igualdad ante la ley.

La doctrina en materia constitucional ha realizado una diferenciación sobre el denominado derecho a la igualdad, así los doctrinarios Piñas et al. (2019),

explican en su trabajo *Análisis de la Igualdad de Derechos desde una Visión Neoconstitucionalista en Ecuador*, que la igualdad formal o igualdad ante la ley es el derecho de todas las personas a tener certeza de que vamos a ser protegidos por la ley de manera igualitaria, prohibiendo un trato parcializado o diferenciado que tienda a ser injusto. La igualdad formal no va más allá de la integración de la igualdad frente a la ley, de una igual libertad y de igualdad de derechos. En cambio, la igualdad material se encuentra uno de los principios que consagra una igualdad real y efectiva, esta igualdad material se diferencia de la igualdad formal en que no es algo intangible. La igualdad real trata de obtener algo materializado y práctico. Por lo que entienden que la igualdad de todos ante la ley no se puede conseguir si no se vive en un ambiente con una igualdad material mínima.

En suma, los doctrinarios en el referido trabajo apuntan en sus conclusiones que la igualdad formal contiene en las normas una igualdad de trato y no discriminación y la igualdad material busca todos los mecanismos para lograr una materialización en la igualdad de derechos, que no solo depende de leyes y reglamentos, añaden que es importante la participación de la sociedad, en términos de educación y cultura.

Consiguientemente, de acuerdo a la normativa descrita se tiene que las restricciones a los derechos basados en criterios de diferencia de sexo o de orientación sexual son factores discriminatorios, casos para los cuales se debe aplicar el derecho a la igualdad material, con ello se supera los postulados que restringen derechos fundados bajo condiciones de sexo, orientación sexual, entre otros.

5. La Ley N° 807 de identidad de género, sus derechos y su supresión

La Ley N° 807 de 21 de mayo de 2016, tiene por objeto establecer el procedimiento para el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen de personas transexuales y transgénero en toda documentación pública y privada vinculada a su identidad, permitiéndoles ejercer de forma plena el derecho a la identidad de género.

Esta norma describía los efectos de la identidad de género en su artículo 11, con la que distintas personas podían solicitar el goce y ejercicio de ciertos derechos, entre ellos -lo que incumbe al presente trabajo- el goce de los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales, así como las obligaciones inherentes a la identidad de género asumida. Esto quiere decir que



si una persona determinada por su orientación sexual al cambiar su identidad de género mediante el procedimiento descrito en la citada ley tenía el pleno goce de los referidos derechos establecidos en la referida ley.

El 13 de octubre de 2016 se presentó la acción de inconstitucionalidad abstracta contra distintas disposiciones de la Ley N° 807, que fue resuelto por el Tribunal Constitucional Plurinacional mediante la Sentencia N° 0076/2017 de 9 de noviembre de 2017.

La referida sentencia declaró inconstitucional el párrafo II del artículo 11 de la citada Ley, en lo que concierne a la frase: *“...permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales...”*. Lo que quiere decir que la frase del texto legal quedó con los siguientes vocablos: *“El cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen... así como las obligaciones inherentes a la identidad de género asumida.”*, precepto que resulta inconsistente.

Posteriormente, se emitió el Auto Constitucional N° 28/2017 de 13 de noviembre de 2017 que aclara el fallo constitucional, en sentido de que la razón de la supresión normativa declarada inconstitucional tiene como base las circunstancias donde el cambio de género puede dar lugar a la afectación de los derechos de terceros y el interés colectivo. Asimismo, expresó que al declarar la constitucionalidad de los artículos 1, 3.2, 4.II, 7, 8, 9, 10 y 12.I y la Disposición Final Primera de la Ley N° 807, denotó el derecho constitucional que tienen quienes han optado por el cambio de identidad de género lo cual implica el ejercicio de los derechos y actividades inherentes al ciudadano independientemente de su identidad de género, lo que no ocurre con derechos que afecten al interés colectivo y que estén condicionados o emerjan de la condición biológica o de la identidad de hombre o mujer.

Lamentablemente la referida Sentencia Constitucional no tomó los lineamientos descritos en la Sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Duque vs. Colombia* con la cual se entiende que puede concurrir diferenciación basado en la orientación sexual.

6. La Sentencia Interamericana pronunciada en el caso *Duque vs. Colombia*

Conforme a los datos de la Sentencia de 26 de febrero de 2016 pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo que concierne al caso por

discriminación, asumió en la descripción fáctica que el ciudadano Duque con su pareja del mismo sexo convivió hasta que este último (JOJG) falleció el 15 de septiembre de 2001, el que en vida estaba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (COLFONDOS S.A.).

Posteriormente, Duque, en fecha 19 de marzo de 2002, solicitó se le indique los requisitos para obtener la pensión de sobrevivencia de su compañero. Petición que fue respondida el 3 de abril de 2002 por COLFONDOS, quien indicó que el solicitante no tenía la calidad de beneficiario para acceder a la pensión de sobrevivencia, conforme a la ley aplicable.

Ante tal situación, Duque, el 26 de abril de 2002, interpuso una acción de tutela solicitando que se reconociera y pagara la sustitución de la pensión en su favor, mientras iniciaba la acción judicial respectiva, la cual fue rechazada por el operador judicial del municipio de Bogotá, en sentido de que el solicitante no reúne las calidades que la ley exige para entrar a sustituir en pensión al causante y que no existe norma ni jurisprudencia que haya reconocido “algún derecho a las parejas homosexuales”, asimismo, instó a que la controversia del solicitante puede resolverse en vía de procedimiento contencioso-administrativo.

La normativa del Estado colombiano, vigente al momento en que ocurrieron los hechos a que hace referencia la Sentencia interamericana, señalaba que los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia eran los cónyuges o la compañera o compañero permanente supérstite, esto de acuerdo a la Ley N° 100 de 23 de diciembre de 1993; y a efectos de la terminología empleada mediante la Ley N° 54 de 28 de diciembre de 1990, se denomina compañera y compañero permanente al hombre y la mujer que forma parte de la unión marital de hecho.

La Sentencia Interamericana estableció que el Estado colombiano es responsable por la violación del derecho a la igualdad y no discriminación descrita en el artículo 24 de la Convención, puesto que a Ángel Duque no se le permitió acceder a la pensión de sobrevivencia en condiciones de igualdad, con el argumento de que la normativa interna en ese entonces no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo.

La Corte IDH calificó este hecho como un ilícito internacional, asimismo, asumió que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno ejercida por



funcionarios o particulares, puede disminuir o restringir los derechos de una persona con el justificativo de su orientación sexual. La postura establecida por la Corte IDH en la referida Sentencia prohíbe la discriminación de manera general, a ella se refiere las categorías de discriminación que describe el artículo 1 de la Convención, en ellas está la de orientación sexual.

La Corte al fundamentar su decisión argumentó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mediante la Observación General N° 20, describió que en la frase de “cualquier condición social”, tal como lo describe el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se incluye el tema de la orientación sexual. Asimismo, indujo a los Estados partes que deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyen un obstáculo para acceder a los derechos como la pensión por viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación.

En los párrafos 106 al 107 de la citada sentencia, determina que el trato otorgado al señor Duque es discriminatorio, pues está basado en una de las categorías descritas por el artículo 1 de la Convención, sin embargo, pese a la calificación de ilícito internacional que la Corte hace al tema del señor Duque, salva la posibilidad de justificar la misma cuando refiere que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, o sea, cuando no persigue un fin legítimo y no exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. También señaló que la eventual restricción de un derecho exige fundamentación rigurosa, de la cual deduce que la razón utilizada por el Estado para realizar la diferenciación debe ser seria y estar sustentada en una argumentación exhaustiva.

Pese a dicha orientación aun el Estado haya justificado su postura de efectuar un trato diferente por razón de la orientación sexual (argumento sólido y razonable para cualquier Estado) ésta siempre podrá ser analizada con el test de igualdad por la Corte IDH.

Por lo que, en este punto se concluye que la Corte IDH ya emitió pronunciamiento respecto a la otorgación de la pensión de sobrevivencia para el compañero permanente del mismo sexo, esto implica que en ese caso no se exigió la necesidad

de que uno de ellos modifique su género para acceder a tal beneficio, sino que otorgó el derecho con la base fáctica de que ambos compañeros (concubinos) se identifiquen con el mismo sexo y del mismo género.

El argumento descrito en la referida sentencia de la Corte IDH se asemeja a la pensión que recibe un cónyuge calificado como derechohabiente de primer grado en el sistema de seguridad social a largo plazo del Estado boliviano.

7. La Opinión Consultiva OC-24/17

Por su parte, la Opinión Consultiva OC-24/17, pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue titulada como “identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, dicha consulta fue solicitada por el Estado de Costa Rica en el que se solicitó pronunciamiento sobre cinco puntos: 1) en cuanto a la identidad de género protegida por los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si dicha protección otorga potestad al Estado de otorgar la posibilidad del cambio de nombre de las personas, de acuerdo a la identidad de género de cada una; 2) en caso de que la cuestionante anterior fuese afirmativa, se podría considerar contrario a la Convención que la persona para modificar su nombre pueda acudir a la vía jurisdiccional, sin que exista un procedimiento en la vía administrativa; 3) el artículo 54 de Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sentido de que las personas que quieran cambiar su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo; 4) la protección de no discriminación por motivo de la orientación sexual contempla dicha protección que el Estado le reconozca todos los derechos patrimoniales que deriven del vínculo entre personas del mismo sexo; y 5) en caso de que la respuesta a la anterior pregunta propuesta sea afirmativa, es necesario la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que deriven de dicha relación.

Ahora, identificadas como están las cinco cuestionantes propuestas por el Estado de Costa Rica ante la Corte, esta entidad respondió respecto a la prohibición de discriminación en el párrafo 79 de la Opinión Consultiva OC-24/17, asumiendo



que se puede considerar que la prohibición de discriminar con base en la identidad de género, se entiende no únicamente con respecto a la identidad real o auto-percibida, también se debe entender con relación a la identidad percibida de forma externa, independientemente que esa percepción corresponda a la realidad o no.

Asimismo, en cuanto a la identidad de género consideró que la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para la realización del mismo, colocan a las personas en situaciones que dificultan o impiden el goce o el acceso a los derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, además de ser un obstáculo frente al derecho que tiene toda persona al reconocimiento pleno de su personalidad jurídica.

También corresponde reflejar lo que la Corte IDH asumió en cuanto al reconocimiento de la protección del vínculo entre parejas del mismo sexo, respecto a la misma sostuvo que todos los derechos patrimoniales que derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo se encuentran protegidos, asimismo, señaló que la obligación de los estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a aspectos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surjan de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.

Esta conclusión resulta ser trascendental, puesto que, si un derecho es reconocido para una pareja heterosexual, también debe ser reconocido para una pareja del mismo sexo, sea una pareja homosexual o una pareja lesbiana, así lo expresa la Corte en el párrafo 198 de la citada OC 24/17.

De acuerdo a este criterio, no solo los derechos patrimoniales son objeto de protección, sino todos los derechos que normalmente se le otorgue a una pareja heterosexual, en ella está el derecho de percepción de renta por viudedad que se otorga a los cónyuges (derechohabientes), también está el derecho a la salud que en ente gestor de la salud debe prestar al cónyuge de un afiliado al que lo denominan beneficiarios.

CONCLUSIÓN

La sentencia pronunciada por la Corte IDH en el caso Duque vs. Colombia determinó que las parejas del mismo sexo puedan acceder a la pensión de sobrevivencia, la cual se otorga al cónyuge sobreviviente de una relación de matrimonio o de hecho (convivencia), en dicho decisorio se establece que no es necesaria la diferencia de sexo a efectos de beneficiarse de dicha pensión. La referida pensión de sobrevivencia en el sistema colombiano es similar a una pensión de viudedad que se otorga de acuerdo al sistema de seguridad social de largo plazo en la legislación boliviana.

Para beneficiarse con dicho derecho, no resulta exigible de modificar la identidad de género de uno de los componentes de una pareja de mismo sexo. Al efecto, corresponde señalar que una parte de los juristas describían que, con la modificación de la identidad de género de uno de los componentes de una pareja del mismo sexo, podría hacer viable la prestación solicitada, aspecto que es incorrecto. Dicho aspecto erradamente fue propugnado en función de la Sentencia Constitucional N° 76/2017, que derogó el artículo 11 de la Ley N° 807. Postura que resulta errada, puesto que en la emisión de la referida sentencia constitucional no se tomó en cuenta los lineamientos de interpretación progresiva que refleja la Sentencia pronunciada por la Corte IDH en el caso Duque vs. Colombia, ya que el criterio de la Corte IDH no describe la necesidad de modificar la identidad de género, sino que permite otorgar la prestación en una pareja homoparental que se identifique como tal.

La opinión consultiva OC 24/17 describe que los derechos que la ley otorga a una pareja heterosexual, deben ser asimilados a una pareja del mismo sexo. Esto sin necesidad de efectuar una modificación en la identidad de género.

Las parejas homoparentales (homosexuales o lesbianas), tienen el mismo derecho a gozar de las prestaciones de salud y previsionales a largo plazo que normalmente se le otorga a una pareja heterosexual, como beneficiarios y derechohabientes (en primer grado), bajo el denominativo de cónyuges.



REFERENCIAS

- Alexy, Robert. (2017). *Teoría de la argumentación jurídica*. Editorial Palestra.
- Constitución Política del estado [CPE]. (2009). 7 de febrero de 2009 (Bolivia). Gaceta Oficial de Bolivia.
- Corte Interamericana sobre Derechos Humanos [Corte IDH]. (2016). *Sentencia pronunciada en el caso Duque vs. Colombia*. 26 de febrero de 2016.
- Corte Interamericana sobre Derechos Humanos [Corte IDH]. (2017). *Opinión Consultiva OC 24/17*. 24 de noviembre de 2017.
- Ley 1430 de 1993. *Aprueba y ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"*. 11 de febrero de 1993. Gaceta Oficial de Bolivia Edición 1775 de 8 de marzo de 1993.
- Ley 603 de 2014. *Código de las Familias y del Proceso Familiar*. 19 de noviembre de 2014. Gaceta Oficial de Bolivia. Edición 702NEC de 24 de noviembre de 2014.
- Ley 807 de 2016. *Identidad de Género*. 21 de mayo de 2016. Gaceta Oficial de Bolivia. Edición 861NEC de 23 de mayo de 2016.
- Piñas Piñas, Luis Fernando., Castillo Villacrés, Hernán Patricio., Zhinin Cobo, Juan Edmundo., Romero Pérez, Erica Thalia. (2019). *Análisis de la igualdad de derechos desde una visión neoconstitucionalista en Ecuador*. Revista UNIANDES EPISTEME Revista digital de Ciencia, Tecnología e Innovación, Volumen 6, pp. 902-912. <http://45.238.216.13/ojs/index.php/EPISTEME/article/view/1786/1342>
- Tribunal Constitucional Plurinacional [TCP]. (2017). *Auto Constitucional Plurinacional N° 28/2017*. Sala Plena. 13 de noviembre de 2017. Sucre, Bolivia.
- Tribunal Constitucional Plurinacional [TCP]. (2017). *Sentencia Constitucional Plurinacional. 0076/2017*. Sala Plena. 9 de noviembre de 2017. Sucre, Bolivia.
- Uprimny, Rodrigo., Sánchez Duque, Luz María. (2014). *Igualdad ante la ley* en Christian Steiner y Patricia Uribe (Ed.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*. Segunda Edición. Berlín, Konrad-Adenauer Stiftung. p. 585.



Juan Alberto Castañeda Méndez¹



EL DEBIDO PROCESO Y LA VALORACIÓN PROBATORIA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN POR VIOLENCIA FAMILIAR

¹ Abogado por la Universidad Cesar Vallejo de Trujillo, docente universitario en pre y postgrado e investigador CONCYTEC. Doctorando en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestrando en Derechos Fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid -España y maestrando en Derecho Parlamentario y técnicas legislativas en la Universidad Castilla de La Mancha. Especialista en Constitucionalismo Latinoamericano y Derechos Fundamentales por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP- Perú). Especialista en Justicia Constitucional e interpretación por la Universidad Castilla de La Mancha de España (UCLM). Cursante en la Especialidad en Interpretación Jurídica y Motivación Judicial por la Universidad de Génova y la Fundación Girona.

Ejerció la labor de Abogado Constitucionalista en la Procuraduría Nacional del Poder Judicial - Procesos Constitucionales en el Perú y fue Asesor Parlamentario en el Congreso de la República del Perú. Actualmente es Director Académico y promoción cultural del Colegio de Abogados de La Libertad (2021 – 2023), se desempeña como Asesor Constitucional en la Procuraduría General de la Municipalidad Provincial de Trujillo y Socio Principal de la Firma Castañeda & Abogados.

El debido proceso y la Valoración Probatoria de las Medidas de Protección por Violencia Familiar

Juan Alberto Castañeda Méndez

RESUMEN

La presente reflexión tiene como finalidad estudiar el problema de las medidas de protección en los procesos de violencia familiar en el marco de las exigencias del debido proceso como es la valoración probatoria para el otorgamiento de medidas de protección, estas últimas que se han puntualizado en la Ley 30364 como también quedan otras, a discrecionalidad del juzgador. Asimismo, una de las conclusiones, es una preocupante ausencia total de la valoración probatoria en las resoluciones judiciales que otorgan las medidas de protección en procesos de violencia familiar, para tal arribo se ha tomado una muestra pequeña de 07 expedientes judiciales de la CSJLL – Juzgado de Familia (Transcripción de la ficha técnica y denuncia) de 25 expedientes, en coherencia del presente formato académico. Finalmente, con estas aproximaciones es permitir e incentivar la profundización debida en diversos escenarios -sobre la valoración probatoria - a razón de cautelar las garantías procesales en todo proceso judicial.

Palabras Claves:

Valoración probatoria, razonamiento judicial, medidas de protección, garantías procesales.



1. Introducción

A modo de realidad problemática desde un esquema internacional, casos como Campo Algodonero vs México o Caso de María da Penha vs Brasil (entre otras), son muestra empírica de intentos jurisprudenciales en la necesidad de protección y erradicación de la violencia contra la mujer en todas sus expresiones. Es por ello que la tendencia de incorporar diversos instrumentos internacionales, están orientados a erradicar los patrones de discriminación de la mujer basado en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), así como fomentar las medidas necesarias por parte de los Estados parte deben adoptar en relación a la violencia, por eso que la Convención de Belem do Pará (1996) tiene estas intervenciones teóricamente atractivas porque ayudaran a prevenir y tratar la violencia como un tema sumamente importante, teniendo como concepto de violencia contra la mujer a: *“cualquier acción o conducta basada en su género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado y puede suceder en la familia, centros de trabajo, escuelas, instituciones de salud, en la calle o en cualquier otro lugar”*. (El Peruano, 2015, p. 2).

En tales casos mencionados, como primeros antecedentes internacionales, se muestra la necesidad imperiosa de que el Juez tenga una perspectiva o enfoque de género, mucho más si trata de la valoración de la prueba. Medios probatorios que deben ser valorados bajo pautas generales del proceso pero también bajo lineamiento interamericanos.

En el escenario nacional y evidente de la falta de valoración probatoria, se tiene el caso Arlette Contretas en el 2015 quien fue víctima de maltrato físico por parte de su enamorado Adriano Pozo Arías, éste fue condenado en primera instancia por los delitos de Violación sexual y Feminicidio, condenado con un año de pena suspendida. En el presente caso, se presentó la escasa y errada fundamentación del material probatorio, desatendiendo los postulados del feminicidio e inclusive de la dogmática penal y procesal penal de la imputación.

En el mismo sentido, el caso de la sub oficial Luisa Guidotti Borja en el 2017, violentada de forma física por su pareja Víctor Sánchez Charcape, acusado por el delito agresión en contra de las mujeres y condenado a 2 años de pena suspendida,

y el caso Lorena Álvarez quien interpuso denuncia por el delito de agresiones contra la mujer en contra de su ex pareja Juan Mendoza, este la había golpeado en el suelo de su departamento e intento ahorcarla, por ello el juzgado de familia emitió medidas de protección a favor de la agraviada Álvarez, a fin de garantizar su integridad y tranquilidad personal. Ambos casos, se centran primordialmente en la valoración probatoria, razonamiento judicial que se centra en la argumentación de los hechos y medios probatorios para la solución correcta.

Frente a tal problemática, el Estado Peruano estableció una normatividad específica para la atención de este tipo de casos y promulgo la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, y en el 2015 la Ley 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, logrando regular de esta manera el procedimiento específico para la tramitación de denuncias en casos de violencia familiar, siendo el objetivo principal de esta norma la protección de la víctima, extraerla de la situación de violencia en la que se encuentra y evitar que esta continúe.

Observando la ley N° 30364 Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, busca proteger a la mujer a través de diversas medidas de protección, busca prevenir la violencia, y busca la recuperación de víctimas por lo cual en la norma regula en el artículo 22 todas las medidas de protección que puede dictaminar el juez para proteger a la víctima, entre alguna de ellas tenemos: el retiro del agresor del domicilio, impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, etc.

No obstante, al problema social de la violencia que existe en nuestra sociedad se aún el problema legal. Por un lado, que no es materia de estudio, es la violencia estructural que existe en las propias instituciones públicas comprometidas como son el Ministerio Público, Poder Judicial, CEM y policía nacional, respecto a la víctima. Y otro problema grave, que nos importa para el presente trabajo, consiste en la valoración probatoria que se realiza por parte del juzgado especializado en familia al momento de otorgar una medida de protección. Se observa en diversas resoluciones judiciales, que no existe la valoración probatoria al momento de otorgar una medida de protección. Sólo se ciñe a citar los documentos alcanzados y llevar la audiencia sin o con presencia del demandado. Muchas veces otorgando medidas de protección incongruentes con los hechos y las pruebas. Esta situación



procesal, clarivamente vulnera el derecho fundamental a la valoración probatoria, una exigencia que se debe demandar como característica particular de nuestro Estado Constitucional y contenido propio del debido proceso.

Por tales consideraciones; las preguntas a plantearse de acuerdo con el objetivo del presente trabajo, es pretender dar respuesta a las siguientes: ¿Cuál es el procedimiento y naturaleza de las medidas de protección según la Ley 30364?, ¿en qué consiste el razonamiento probatorio o valoración de la prueba que debe tener presente el juez de familia al momento de resolver una medida de protección?

2. Valoración de la Prueba en Sede Judicial

Una concepción acerca de la finalidad de la prueba y en especial del objetivo que persigue alcanzar la valoración de la prueba y que es prevaleciente en la doctrina y jurisprudencia, tanto peruana como extranjera, nos señala Bustamente; es aquella que repara en la necesidad de lograr el convencimiento del juez o, utilizando giros alternos pero semejantes, persigue lograr la certeza o la convicción judicial (2001, pág. 72).

Se pretende que el juez de carne y hueso que es ante quién se realiza el ofrecimiento y actuación de la prueba para decidir y determinar los hechos planteados por las partes en el proceso; sin embargo, para llegar a dicha decisión es necesario primero que el juez se encuentre convencido, que haya obtenido la certeza subjetiva o que haya logrado la convicción suficiente en un determinado sentido.

Sin convencimiento subjetivo no es posible hablar de una determinación de hechos probados. Se trata en buena cuenta de la adopción de un modelo subjetivista de prueba (Accatino, 2010, pág. 92). Si el fin último del proceso es llegar a la verdad material y objetiva- que se define como la representación correcta en el pensamiento de una realidad- la declaración de responsabilidad penal debe basarse en lo más cercano a ella: el juez o el tribunal debe estar convencido, luego del acopio y valoración de la prueba, de la culpabilidad de interviniente en el hecho.

El proceso cognoscitivo al que arribe el magistrado a partir del análisis de los hechos y de las pruebas debe ser de certeza, en el sentido de convencimiento de haber alcanzado la verdad. Este punto de vista, el profesor Asencio (2008) indica

que parte por considerar que la prueba es la concreta actividad procesal dirigida a lograr la convicción del juez y/o el tribunal acerca de la verosimilitud de las afirmaciones sobre los hechos que realizan las partes en el proceso (2008, pág. 85).

Incluso si se reconoce que una de las finalidades del proceso es alcanzar la verdad (material o formal) el logro de tal noble como deseado objetivo solo puede darse si el juez está convencido internamente de que los hechos que declara han ocurrido de una determinada manera y no de otra. Si el juez no está convencido, no solo hay verdad que valga, sino que la prueba de tal o cual sentido (incriminatoria o de descargo) carece de relevancia.

El juez no solo es el gran destinatario de la prueba, sino el señor de la prueba que puede disponer de ella como le parezca alegando, contra cualquier consideración racional que las conclusiones le convencen o no, según su personal y libérrimo criterio. Las pruebas pueden existir o no en el proceso, pero solo valen si el juez lo acepta o está convencido.

En nuestro país tanto la jurisprudencia constitucional como la penal ordinaria, se inclinan por la adopción de un criterio subjetivo en la valoración de la prueba en la medida en que se considera que la finalidad de la prueba es obtener y lograr el convencimiento del juez en el caso concreto. Así, el TC peruano ha precisado que la determinación de la responsabilidad conlleva la evaluación de los medios probatorios en conjunto, y exige que las conclusiones a las que se llegue sean producto de un análisis razonado.

Ningún medio probatorio tiene la calidad de prueba plena capaz de producir en el juzgador una total convicción respecto del delito instruido, así como de la culpabilidad atribuida al agente, que lo obligue a emitir un fallo (EXP N° 2101-2005-HC/TC). La responsabilidad que se atribuye al inculcado dentro de un proceso penal, en tanto que comporta la adopción de medidas que implican una restricción de la libertad individual, se construye sobre la base de la actuación de los medios probatorios que a su seno hayan ingresado, y que además generen en el juzgado la convicción de la realización de los hechos investigados, así como de la participación del inculcado en ellos.(EXP N° 1218-2007-PHC/TC)



2.1. Las Medidas de Protección según la Ley N° 30364

Se inicia con la idea del profesor Díaz Pome, quien señala que “las medidas de protección son; aquellas actitudes y decisiones que toma en cuenta el Estado a través de sus diversas instituciones públicas, a fin de hacer efectivo el cuidado y protección de la víctima de la agresión, con respecto a la agresión misma y a su agresor; son mecanismos que buscan brindar apoyo y protección a las víctimas de las agresiones e impedir la continuación de estas” (2009, p. 37).

Asimismo, el maestro Calamandrei (1997) nos hace recordar que “(...) una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se pueda conseguir a través del más lento proceso ordinario (...)” (p.58-59).

De tal forma que las medidas de protección deben guardar correlación y coherencia sobre lo que se pretende cautelar en el proceso principal y la tutela cautelar que se dicta, esto es, que el pedido de tutela cautelar debe adecuarse a la pretensión que se pretende garantizar (Reyes, H, 2009). Esto es que el juez como director del proceso deberá de evaluar antes de trabar cualquier medida cautelar, si la misma es necesaria para lograr la efectividad del proceso.

No obstante, estas medidas deben ser comprendidas de acuerdo a las manifestaciones de violencia, la respuesta que ofrece nuestro sistema legal resulta bastante limitado, aunque por estas se entienden como aquellas medidas de aseguramiento (Peláez, B. 2010, p. 07). A lo largo de nuestra historia legislativa, la reacción estatal a este problema se ha focalizado en el agravamiento de pena para el agresor. Las medidas de protección al igual que las medidas autosatisfactivas comparte el carácter de urgente, es decir, se darán en aquellas situaciones coyunturales que reclaman una pronta respuesta y solución de parte del órgano jurisdiccional (Peyrano, 2006)

Ahora bien, el 4 de agosto se publicó en el diario El Peruano, el Decreto Legislativo 1386, que modifica la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

Esta ley regula las siguientes medidas de protección:

“Artículo 22. Medidas de Protección

Entre las medidas de protección que pueden dictarse en los procesos por actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se encuentran, entre otras, las siguientes:

- 1. retiro del agresor del domicilio.*
- 2. impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, a la distancia que la autoridad judicial determine.*
- 3. prohibición de comunicación con la víctima vía epistolar, telefónica, electrónica; asimismo, vía chat, redes sociales, red institucional, intranet u otras redes o formas de comunicación.*
- 4. prohibición del derecho de tenencia y porte de armas para el agresor, debiéndose notificar a la superintendencia nacional de control de servicios de seguridad, armas, municiones y explosivos de uso civil para que proceda a dejar sin efecto la licencia de posesión y uso, y para que se incauten las armas que están en posesión de personas respecto de las cuales se haya dictado la medida de protección.*
- 5. inventario sobre sus bienes.*
- 6. cualquier otra requerida para la protección de la integridad personal y la vida de sus víctimas o familiares”. (El Peruano, 2017)*

Este último inciso, comprende y refuerza la discrecionalidad como el ejercicio de perspectiva de género en el razonamiento judicial al momento de otorgar otras medidas de protección no reguladas en los incisos anteriores; tales como prohibición de insultar, prohibición de ciertas acciones o evitar omisiones, etc. Medidas que si bien es cierto recaen en la discrecionalidad, no quiere decir que son medidas principales o de solución directa, sino son medidas facultativas que complementan a las principales.

2.1.1. Criterios para dictar medidas de protección

Se presentan criterios que debe tomar el juez de familiar para dictar las medidas de protección. Así, la gravedad del hecho, la posibilidad de reincidencia del agresor así como los resultados de la ficha de valoración de riesgo y la existencia de antecedentes policiales, entre otros, complementan la labor del juez.

“Artículo 22-A. Criterios para dictar medidas de protección

El juzgado de familia dicta las medidas de protección teniendo en cuenta lo siguiente:

- a. Los resultados de la ficha de valoración de riesgo y los informes sociales emitidos por entidades públicas competentes.*
- b. La existencia de antecedentes policiales o sentencias en contra de la persona denunciada por actos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, por delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; la libertad sexual, el patrimonio y otros que denoten su peligrosidad.*
- c. La relación entre la víctima con la persona denunciada.*
- d. La diferencia de edades y la relación de dependencia entre la víctima y la persona denunciada.*
- e. La condición de discapacidad de la víctima.*
- f. La situación económica y social de la víctima.*
- g. La gravedad del hecho y la posibilidad de una nueva agresión.*
- h. Otros aspectos que denoten el estado de vulnerabilidad de la víctima o peligrosidad de la persona denunciada. El juzgado de familia puede hacer extensivas las medidas de protección a las personas dependientes o en situación de vulnerabilidad a cargo de la víctima. Asimismo, en casos de feminicidio o tentativa de feminicidio, toma en cuenta a las víctimas indirectas del delito. Los criterios señalados en los párrafos anteriores también son aplicables para la emisión de las medidas cautelares” (El Peruano, 2017)*

2.1.2. Modificaciones a través de la comparación con la derogada Ley N° 26260

Una de las modificaciones es sobre el artículo 14, donde se precisa que la fiscalía de familia interviene desde la etapa policial en todos los casos de violencia en los cuales las víctimas son niños, niñas y adolescentes, en el marco de lo previsto en el Código de los Niños y Adolescentes.

Por otro lado, los juzgados de familia son competentes para conocer las denuncias por actos de violencia contra las mujeres o contra los integrantes del grupo familiar y, en ausencia de estos, son competentes los juzgados de paz letrado o juzgados de paz, según corresponda.

Asimismo, otra modificatoria se trata de que el juzgado de familia que tomó conocimiento del caso, luego de evaluado el caso puede emitir en el plazo de



48 horas medidas de protección y/o cautelares requeridas de acuerdo a las necesidades de las víctimas.

También podemos observar que el juzgado de familia que tomó conocimiento del caso, sin necesidad de efectuar una audiencia. Puede emitir en el plazo de 24 horas medidas de protección y/o cautelares requeridas de acuerdo a las necesidades de las víctimas.

Finalmente, la vigencia de las medidas de protección y cautelares se extiende con presidencia de la resolución que pone fin a la investigación o al proceso penal. Por lo tanto, si persisten las condiciones de riesgo de la víctima se continuarán con las referidas medidas.

3. Puntualización Judicial sobre La Valoración Probatoria: Corte Superior de Justicia de la Libertad.

Tabla 1.

Datos:	Poder Judicial del Perú Exp N° 5220-2017 / 5to Juzgado Especializado de Familia
Situación fáctica relevante:	Violencia psicológica contra su ex conviviente (riesgo severo). Valoración que se realizó conforme a la ficha de riesgo y los actuados policiales. En la presente audiencia no concurrió la agraviada.
Fallo	Medidas de protección: - Queda terminantemente prohibido de insultar, gritar, humillar, agredir física y/o psicológicamente o amenazar. - Queda terminantemente prohibido de tomar represalias
Conclusión:	Si bien es cierto, no concurre la agraviada a la audiencia; hace mal el juez en sólo precisar la existencia de la ficha de riesgo, sin valorarlo con otros elementos y en la misma, fundar la pretensión de la medida.

Fuente Propia.

Tabla 2.

Datos:	Poder Judicial del Perú Exp N° 5670-2017 / 5to Juzgado Especializado de Familia
Situación fáctica relevante:	Violencia psicológica contra su hija (riesgo moderado). Valoración que se realizó conforme a la ficha de riesgo y los actuados policiales. En la presente audiencia no concurrió la agraviada.
Fallo	Medidas de protección: - Queda terminantemente prohibido de insultar, gritar, humillar, agredir física y/o psicológicamente o amenazar. - Queda terminantemente prohibido de tomar represalias
Conclusión:	La mera transcripción de la ficha y una completa ausencia de la valoración judicial probatoria

Fuente Propia.

Tabla 3.

Datos:	Poder Judicial del Perú Exp N° 2599 -2017 / 5to Juzgado Especializado de Familia
Situación fáctica relevante:	Violencia física contra un miembro integrante de la familia. Valoración que se realizó conforme al examen médico legal presentando lesiones traumáticas de origen contuso con cinco días de incapacidad médico legal. En la presente audiencia no concurrió la agraviada.
Fallo	Medidas de protección: - Queda terminantemente prohibido de insultar, gritar, humillar, agredir física y/o psicológicamente o amenazar.
Conclusión:	Si bien el Juez dicta medida de protección conforme a su sus facultades que se desprende de la Constitución y de la propia Ley especial N° 30364; lo hace manera errada puesto que la medida de protección otorgada no se condice con lesiones físicas, puesto que no se trata de una violencia psicológica. Pasando tal error, por la ausencia de valoración probatoria.

*Fuente Propia.***Tabla 4.**

Datos:	Poder Judicial del Perú Exp N° 1933 -2017 / 5to Juzgado Especializado de Familia
Situación fáctica relevante:	Violencia física contra su ex conviviente (riesgo moderado). Valoración que se realizó conforme al examen médico legal y la ficha valoración de riesgo. En la presente audiencia no concurrió la agraviada.
Fallo	Medidas de protección: - Queda terminantemente prohibido de insultar, gritar, humillar, agredir física y/o psicológicamente o amenazar.
Conclusión:	No existiendo valoración probatoria se otorga la medida de protección. La misma que será efectiva e idónea, por el contrario llegaría a provocar la consumación de la violencia en su máxima expresión como es la física o en el peor de los casos los feminicidios.

Fuente Propia.

Tabla 5.

Datos:	Poder Judicial del Perú Exp N° 6843 -2017 / 5to Juzgado Especializado de Familia
Situación fáctica relevante:	Violencia psicológica contra su ex conviviente (riesgo moderado). Valoración que se realizó conforme a la ficha valoración de riesgo y no conforme o acompañamientos de un informe psicológico. En la presente audiencia no concurrió la agraviada.
Fallo	Medidas de protección: - Queda terminantemente prohibido de insultar, gritar, humillar, agredir física y/o psicológicamente o amenazar. - Queda prohibido tomar represalias
Conclusión:	Otra muestra de ausencia de valoración probatoria y aun así, se otorga la medida de protección sin base de medios probatorios que logren demostrar o aproximarse a una violencia psicológica.

Fuente Propia.

Tabla 6.

Datos:	Poder Judicial del Perú Exp N° 6963 -2017 / 5to Juzgado Especializado de Familia
Situación fáctica relevante:	Violencia física contra un miembro integrante de la familia (riesgo moderado). Valoración que se realizó conforme al examen médico legal y la ficha valoración de riesgo. En la presente audiencia no concurrió la agraviada.
Fallo	Medidas de protección: - Queda terminantemente prohibido de insultar, gritar, humillar, agredir física y/o psicológicamente o amenazar.
Conclusión:	Independientemente de la ausencia de valoración probatoria, la medida de protección otorgada no se condice con lesiones físicas, ya que no se trata de una violencia psicológica.

Fuente Propia.

Tabla 7.

Datos:	Poder Judicial del Perú Exp N° 02799 -2018 / 5to Juzgado Especializado de Familia
Situación fáctica relevante:	Violencia física y psicológica contra su conviviente. Valoración que se realizó conforme al certificado médico legal, informe psicológico y los hechos corroborados de la denuncia verbal. En la presente audiencia si concurrió la agraviada
Fallo	Medidas de protección: -Retiro del denunciado del inmueble -Queda terminantemente prohibido de insultar, gritar, humillar, agredir física y/o psicológicamente o amenazar. -Queda prohibido tomar represalias
Conclusión:	Si bien el Juez dicta medida de protección conforme a sus facultades que se desprende de la Constitución y de la propia Ley especial N° 30364; lo hace manera correcta a razón de los hechos y pruebas alcanzadas. La forma de proceder- en modo correcto- para otorgar las medidas de protección es sin lugar a duda de entender que la violencia no únicamente se constituye de manera unitaria sino plural, y que atiende a diversas causas las cuales merece no únicamente medidas de protección dictadas en durante el proceso judicial, sino que sean eficaces, eh ahí del acceso a la justicia posterior. No basta con el acceso a la justicia, antes y durante, si posterior llega ser ilusorio o no eficaz la medida.

Fuente Propia

CONCLUSIÓN:

Las resoluciones judiciales que otorgan las medidas de protección, según la muestra, carecen de valoración probatoria e inclusive contradice la misma naturaleza de los fines constitucionales de las medidas de protección como de las garantías procesales. Preocupación que aumenta, cuando hay medidas que se pueden imponer según discrecionalidad judicial.



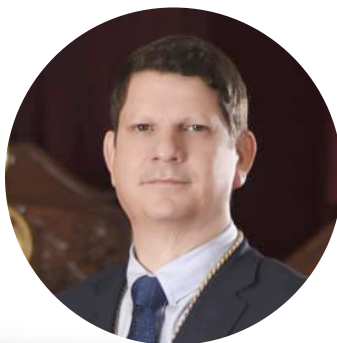
REFERENCIAS

- Arias, José. (1982). *Derecho de Familia*. Edit. Kraff, 5ta edición. Buenos Aires, Argentina.
- Asociación peruana de estudios e investigación para la paz. (1990). *Violencia Estructural en el Perú: Economía*. Editorial APEP, 1ra edición. Lima, Perú.
- Brasileiro, Ana María. (1997). *Las Mujeres contra la Violencia: Rompiendo el Silencio*. Fondo de Desarrollo de las naciones Unidas para la mujer. New York, USA.
- Bernales Ballesteros, E. (2010). *Sistema Internacional de Protección de los derechos humanos de las mujeres*. Trotta. Madrid, España.
- Cornejo Chávez, Héctor. (1998). *Derecho Familiar Peruano. Tomo II. Sociedad Paterno Filial, Amparo Familiar del Incapaz*. Edit. Gaceta Jurídica Editores SRL., 9na Edición. Lima, Perú.
- Demus. (1993). *Foro Violencia Doméstica y Derechos Humanos. Experiencias, Propuestas y Debate*. Edit. F&F EIRL. Lima, Perú.
- Díaz Pome, A. (2009). *La efectividad de la medidas de protección frente a la violencia familiar*. Sociedad Jurídica. Lima, Perú.
- Eto Cruz, Gerardo. (1989). *Derecho de Familia en la Constitución y el Nuevo Código Civil*. Edit. Marsol Perú Editores S.A. Lima, Perú.
- Facio Montejo, Alda y et.al. (1996). *Violencia contra la Mujer y reflexiones desde el Derecho. Serie: Mujer y Derechos Humanos*. Edit. Movimiento Manuela Ramos, 1ra. Edición. Lima, Perú,
- Fajardo Morales, Z. (2009). *La plena vigencia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: una utopía por construir , volumen*. American University Internacional Law Review. USA.
- Guzan Belzu, E. J. (2004). *Comentarios a la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar*. Ediciones Ojeda. Lima, Perú.
- Merino Beatriz. (1997). *La Mujer Peruana en la Legislación del siglo XX*. Edit. Comisión de la Mujer, 1ra edición. Lima, Perú.
- Pelaéz Bardales, M. (2010). *Proceso Cautelar*. Grijley. Lima, Perú.
- Picó Junoy, J. (2013). *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Ed. José María Bosch. Barcelona, España.
- Placido V. Alex. (2002). *Manual de Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica, 2da Edición. Lima, Perú.

- Ledesma Narvaez, Marianella. (1997). *Jurisprudencia Actual. Tomo I*. Edit. Gaceta Jurídica Editores SRI, 1ra. Edición. Lima, Perú.
- Pretell Díaz, A. M. (2016). *Tutela Jurisdiccional de las victimas de violencia familiar y el control difuso de convencionalidad*. Obtenido de Repositorio de UPAO: <http://repositorio.upao.edu.pe/handle/upaorep/2358>.
- Ramos Rios, M. (2008). *Violencia Familiar, medidas de protección para las víctimas de las agresiones intrafamiliares*. Idemsa. Lima, Perú.
- Rodriguez Luna, S. (2010). *Tratamiento de las medidas de protección dictadas por el Ministerio Público y su influencia en la violencia familiar entre cónyuges y convivientes, en el Distrito Judicial de Tacna, periodo 2009 - 2010*. Obtenido de repositorio de la UNJBG: <http://repositorio.unjbg.edu.pe/handle/UNJBG/656?show=full>
- Yáñez, Gina y Jennie, Dador . (2010). *La violencia contra la mujer. Aplicación de la Ley de Violencia Familiar desde una perspectiva de género: estudio de casos*. Movimiento Manuela Ramo. Lima, Perú.
- Yanez, Ana María y Guillen Lisbeth. (1994). *Derechos Humanos de La Mujer: Preguntas y Respuestas*. Edit, Asociación Laboral para el Desarrollo ADE - ATC. Lima, Perú.
- Yáñez De La Borda, G. (2010). *Mecanismo de protección a la mujer en latinoamerica*. Colombia.



Carlos Alberto Egüez Añez¹



EL PAPEL DEL JUEZ EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

¹ Licenciado en Derecho y Ciencias Jurídicas. Juez instructor egresado del Instituto de la Judicatura. Diplomado en Educación Superior de la Universidad Privada del Valle, Diplomado en el Nuevo Código Procesal Civil. Magister en Derecho Civil y Procesal Civil.

Actualmente Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia electo por el departamento de Beni, entre otras funciones desempeñadas fue: Presidente y Vocal del Tribunal Departamental de Justicia del Beni, docente de posgrado, Juez de Partido en lo Civil y Comercial de la Capital del Tribunal Departamental de Justicia del Beni, Juez de Instrucción en lo Civil y Comercial de la Capital de la Corte Superior de Justicia del Beni, Juez de Instrucción Mixto Liquidador y Cautelar de la Moxos de la Corte Superior de Justicia del Beni, Secretario, Actuario, Auxiliar de la Corte Superior de Justicia de Beni. Juez electoral entre otros.

El papel del Juez en la Tutela de los Derechos Fundamentales

Carlos Alberto Egüez Añez

RESUMEN

El nuevo Estado Constitucional de Derecho exige que el Juez asuma nuevos desafíos acordes con el desarrollo del Derecho y del Estado. La función que debe cumplir hoy está lejos del rol estático y mecánico que significó y se le atribuyó en los comienzos del Estado de Derecho. Antes de aplicador ciego de la ley, hoy el Juez debe desempeñar un papel mucho más activo y fundamental, constituyéndose en el principal protector de los derechos fundamentales e intérprete de la norma desde y conforme a la Constitución Política del Estado.

El presente artículo tiene el propósito de constituirse en un instrumento de apoyo a la labor de impartir justicia, para que el juez durante la substanciación de los procesos judiciales sea protector de los derechos fundamentales, y al efectuar su labor jurisdiccional, cumpla con su deber de fundamentar suficiente y razonablemente sus decisiones, sujetando sus determinaciones o decisiones a las normas previstas por la Constitución, los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las leyes, así como la preservación de los valores supremos, y aplicando los principios para resolver conflictos jurídico sociales puestos a su conocimiento.

Palabras clave

Juez, Estado Constitucional de Derecho, Sujeción a la Constitución Política del Estado y las Leyes, Derechos Fundamentales, Principios y Valores Supremos.



DESARROLLO

1. El Juez y su obligación de tutelar los derechos fundamentales

Para abordar el tema del papel del Juez en la tutela de los derechos fundamentales, resulta necesario recordar que los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran consagrados en la Constitución Política del Estado como las facultades, poderes o capacidades que tienen las personas para hacer o dejar de hacer algo inherente a su personalidad, pedir la atención y satisfacción de las necesidades o representar e impugnar las decisiones estatales que afectan a sus intereses; son de aplicación inmediata.

En el modelo de Estado actual, los Jueces y Tribunales de justicia, como miembros de un órgano del poder constituido, ejercen sus funciones sometidos al ordenamiento jurídico vigente, es decir, a la Constitución y las leyes, lo que significa que desempeñan su labor con estricta sujeción a los valores supremos y principios fundamentales, que se constituyen en los parámetros y límites de la interpretación y aplicación de las disposiciones legales al caso concreto; sus determinaciones y resoluciones tienen como límite natural los derechos humanos, positivados como derechos fundamentales².

2. La constitucionalización del derecho

La relación entre la Constitución Política del Estado y el resto del ordenamiento jurídico siempre fue de interés para la Teoría del Derecho. Hoy día, este interés resulta fundamental debido a la generalización de los denominados Estados Constitucionales. Y ello porque el Estado constitucional de Derecho ha producido a constitucionalización del ordenamiento jurídico.

En el modelo clásico de Estado legislativo de Derecho, la Constitución opera como un límite negativo; es decir, la legitimidad del ordenamiento jurídico dependerá de su respeto a los límites ahí establecidos. En efecto, las normas constitucionales establecen básicamente lo que “no” se puede ordenar, prohibir o sancionar en dicho ordenamiento. El test de legitimidad de las normas jurídicas pasará por

2 Sagués, Nestor Pedro. “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdiccionales nacional e internacional”; en Palomino Manchego, José y Remotti, José Carlos (coordinadores) Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. Editora Jurídica Grijley. Lima — Perú. 2002. Págs. 36 - 37.

verificar, en lo sustancial, si tales normas contradicen o no lo dispuesto en la Constitución Política del Estado. En definitiva, la forma de establecer si una norma jurídica es o no constitucional pasará por constatar su congruencia o no con la disposición constitucional correspondiente. De igual modo una decisión judicial será siempre constitucional en tanto se atiene y se remite a la legalidad, porque de esa manera queda constatado que “respeta” (no sobrepasa) lo prescrito por la Constitución³.

En el nuevo modelo de Estado Constitucional todo el ordenamiento jurídico se concibe como un desarrollo positivo de los valores, principios y derechos fundamentales. Las disposiciones constitucionales adquieren una radical fuerza expansiva a la hora de determinar el contenido de cualquier rama del Derecho.

Por ello, “las exigencias normativas derivadas de los derechos constitucionales ya no se verán como límites negativos y deberes de respeto, sino como exigencias de ‘desarrollo’ y ‘concreción’ de los mismos: ellos serán la fuente central para determinar qué se debe ordenar, prohibir y sancionar”⁴.

En virtud de ello, el control de constitucionalidad ya no se presenta como simple ausencia de contradicción entre las normas y las previsiones constitucionales, sino que cada norma (y también cada decisión judicial) deben ser, además, expresión de una razonable determinación (concreción) de los principios y derechos que emanan de la Constitución. Como consecuencia, ese control de constitucionalidad debe ir más allá del carácter solemne que corresponde al órgano formalmente establecido al efecto (el Tribunal Constitucional): recae también sobre todos los que ejercen la función jurisdiccional (los jueces ordinarios) en tanto que garantes inmediatos de la concreción de los principios y derechos constitucionales a través de su actividad interpretativa y aplicativa de la ley. Es decir, la actividad judicial ordinaria viene determinada por una interpretación y aplicación constitucional de las normas aplicándolas a la luz de los principios y derechos ahí consagrados.

3. Las reglas y los principios en el Estado constitucional

En el Estado constitucional resulta difícil legislar sobre la base de reglas determinadas y cerradas que pretendan abarcar en su formulación toda la

3 J.Aguiló, Sobre la Constitución del Estado Constitucional, Doxa 24 (2001) 429 y ss.

4 Ibíd, p. 454.



realidad posible, presente y futura: la pluralidad y complejidad de esa realidad en continua transformación descarta todo intento de legislación con vocación de plenitud y permanencia indefinida. En el Derecho de las sociedades plurales las normas generales son cada día más indeterminadas y abiertas. Basta contemplar la creciente presencia y formalización de principios constitucionales. De ahí que la diferencia entre el modelo tradicional de Estado legislativo y el modelo constitucional radica en la evolución desde un sistema jurídico basado en las reglas hacia un sistema jurídico alternativo basado en los principios.

El Estado constitucional ha producido y consagrado esta diferenciación dentro de las normas jurídicas entre lo que denominamos “reglas” y lo que denominamos “principios”. La mayoría de normas legislativas son “reglas” y la mayoría de las normas constitucionales que se ocupan de los derechos y de la justicia son “principios”. Cuando la ley establece la acción de resarcimiento por el daño causado, estamos ante una regla, pero cuando la constitución dice que el honor, la intimidad y la imagen son un derecho de los ciudadanos, estamos ante un principio (algo que debe orientar la legislación ordinaria y que ésta debe concretar en sus aspectos materiales, procesales y penales).

Nuestra Constitución Política del Estado también contienen reglas; por ejemplo, el art. 114. II dice que “las declaraciones, acciones u omisiones obtenidas o realizadas mediante el empleo de tortura, coacción, exacción o cualquier forma de violencia, son nulas de pleno derecho”. Pero cuando el art. 21.5, afirma el derecho “a expresar y difundir libremente pensamientos u opiniones por cualquier medio de comunicación, de forma oral, escrita o visual, individual o colectiva”, estamos ante un principio.

Así pues, las reglas nos dicen cómo debemos o no debemos actuar en las situaciones previstas por ellas; los principios, en cambio, nos proporcionan criterios para “tomar posición” ante situaciones que aparecen como indeterminadas. Son “mandatos de optimización” y aportan “razones para la acción” (Zagrebelsky, 1997). En este sentido que afirmamos que la normatividad del Estado Constitucional está preferentemente estructurada sobre reglas indeterminadas (abiertas) y sobre

principios y directrices que constituyen no solo límites para el ordenamiento, sino exigencias que éste debe desarrollar⁵.

4. De la Ley a la Constitución Política del Estado

La necesidad de reconocer la existencia de una sociedad plural transformó la estructura del Estado legislativo, haciéndolo evolucionar hacia un nuevo modelo de Estado en el que la diversidad de grupos sociales existentes y sus diferentes proyectos, ideologías e intereses, adquieren importancia en la estructura fundante de la convivencia social (la Constitución), sin que ninguno de esos grupos (o su proyecto) sea dominante ni exclusivo, en el sentido tradicional de establecer las bases de la soberanía estatal.

Para evitar la anarquía normativa, el Estado Constitucional plantea un consenso general sobre los aspectos esenciales de la convivencia política y social, que esté por encima de la concurrencia de fuentes normativas diversas y de los intereses particulares que cada grupo y estrato social intenta plasmar en leyes. Ese consenso global se materializa en los principios, valores y derechos recogidos en la Constitución⁶. En este nuevo modelo, la unidad y la coherencia del ordenamiento jurídico dependen de que la ley respete y responda al consenso sustancial sobre los principios y derechos fundamentales por los que se rige la sociedad plural. Los derechos y la justicia ya no derivan de la ley, sino que derivan directamente de la Constitución, que se convierte así en la fuente capaz de dotar de unidad y coherencia al sistema jurídico-político⁷.

La Constitución ahora es un conjunto de principios y derechos fundamentales, fruto de valores y aspiraciones de distinta procedencia, que condicionan la validez de las leyes, que deben convivir y armonizarse, y cuya explicación reside en su carácter pacifista. Para conseguir esa armonización debe realizarse una importante tarea de “ponderación” entre ellos para conservar en pie de igualdad abstracta a

5 Sobre la distinción entre principios y reglas, puede ver L. Prieto, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson 1998, p. 46 ss.; M. Atienza J. Ruiz-Manero, *Las piezas del Derecho*, cit., p. 3 ss.

6 L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1992, p. 94.

7 G. Zagrebelsky, *F/ derecho dúctil. Ley, principios, justicia*, Madrid, Trotta 1997, p. 41.



normas y principios que reflejan valores heterogéneos propios de una sociedad plural. Esa tarea de “ponderación”, de aplicación directa de la Constitución y de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes, corresponde, obviamente a los jueces, y explica su protagonismo en el Estado Constitucional, frene al protagonismo del Legislador en el modelo tradicional de Estado legislativo⁸ y, en consecuencia, el principio de legalidad resulta matizado e integrado en el principio de constitucionalidad⁹.

En las actuales sociedades pluralistas, como la boliviana, la Ley queda subordinada a la Constitución, que da primacía a los principios y valores superiores sobre los que se asienta el Estado (plurinacionalidad, libertad, igualdad, solidaridad, seguridad, etc.) y a los derechos fundamentales de los ciudadanos, que ostentan el máximo rango jurídico; en particular, los derechos colectivos directamente ligados al reconocimiento de minorías (derechos lingüísticos, religiosos, culturales, políticos), para cuya salvaguarda los jueces deben asumir su papel de auténticos protagonistas, en tanto que llamados a suplir y completar las deficiencias del legislador a través del juego de los principios constitucionales como referente ineludible en sus decisiones¹⁰.

En el modelo de Estado constitucional boliviano se ha planteado un nuevo sistema de estructuración del poder donde todos los elementos del tradicional Estado de Derecho vienen redefinidos y reubicados en función del hecho fundante básico sobre el que se edifica: la “plurinacionalidad”. En ese contexto, el art. 3 de la Constitución política del Estado Plurinacional presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas (las naciones, pueblos y comunidades que componen el pueblo boliviano) introducen principios que corresponden con sus ideales de justicia. De este modo, esos principios son insertados plenamente como presupuestos fundantes de todo el orden jurídico y exigen tener presencia en la acción judicial ordinaria; sin embargo, ninguno de los principios puede tener un carácter absoluto (no hay un orden jerárquico entre ellos); de lo contrario, se rompería el frágil equilibrio de la sociedad plural. Todos deben pervivir en el mismo nivel y sólo el juez está legitimado para hacerlos jugar (y prevalecer en cada

8 L. Prieto, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson 1998, p. 69.

9 G. Zagrebelsky, *F/ derecho dúctil*, cit., p. 34.

10 R. Alexy, */ concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa 1984, p. 168.

caso unos sobre otros), de acuerdo al interés superior que deba salvaguardarse en cada situación.

5. De la subsunción a la ponderación

Para el modelo clásico, el juez debe limitarse a descubrir la voluntad del legislador expresada en la norma, a fin de aplicarla al caso concreto mediante una labor puramente lógica y de verificación. La actividad judicial estaba pensada sobre el mecanismo de la subsunción del caso concreto a la norma general¹¹.

La subsunción como procedimiento lógico-formal establece un paralelismo con el conocimiento de las ciencias naturales -donde el objeto es accesible al sujeto cognoscente-, el razonamiento judicial subsuntivo, es típicamente monológico. Cada sujeto razona individualmente, en su fuero interno, y todos por igual. Conocida la verdad de las premisas del razonamiento, la conclusión -la decisión- se sigue con necesidad lógica. Con ello se garantizaba, además, el predominio de la legislación sobre la jurisdicción (sólo función aplicativa que evita toda arbitrariedad).

En el modelo del Estado constitucional el razonamiento jurídico viene entendido como un razonamiento “práctico” que conduce a que la decisión jurídica tenga carácter discursivo e intersubjetivo¹². Es decir, se sustituye la perspectiva monológica por la dialógica.

Si tenemos en cuenta cómo son las normas constitucionales de este modelo (prevalencia de reglas generales indeterminadas, de principios -incluso implícitos-, y de directrices); si observamos el contenido y exigencias de los derechos fundamentales tal y como están configurados (expectativas positivas); y si atendemos al nivel de “exigencia” que el modelo proyecta sobre las decisiones jurisdiccionales, debemos constatar que la sentencia ya no es la conclusión

11 La supremacía de la ley (imperio de la ley), propia del Estado legislativo, rompió de facto el equilibrio entre los poderes del Estado. La función legislativa de creación del Derecho prima sobre las otras dos funciones, por lo que se propicia el predominio de una concepción formal-legalista del Derecho, como consecuencia de la cual se produce una exaltación de la actividad codificadora (cuyo mayor exponente es el Código civil Napoleónico de 1804) y una reducción de la actividad jurisdiccional a mera aplicación mecánica de la ley (el juez es la boca de la ley). El término “subsunción” (encajar el hecho en el supuesto previsto por la norma) resume toda la actividad judicial: “al servicio de la Ley”.

12 G. Zagrebelsky, derecho dúctil, cit, p. 79.



necesaria que deriva de unas determinadas premisas legales (ya no es una operación mecánica, meramente aplicativa de la norma al supuesto), sino que estamos ante una “opción” del juez que se inclina por una determinada solución. Cabe afirmar, que en el modelo de Estado constitucional no cabe plantear la existencia de “una única respuesta correcta”. La tarea del juez es, sobre todo, interpretativa y con una importante componente de “discrecionalidad”, favorecida por la prevalencia de los principios sobre las reglas, pero que no debe confundirse con arbitrariedad, dado que su decisión debe contar con un suficiente respaldo argumentativo.

Este modelo permite el doble sometimiento del juez a la ley (principio de legalidad), y a la Constitución (principio de constitucionalidad), le exige hacer una aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto; es decir, debe considerar junto a las razones de la Ley, las razones de la Constitución. Pero el carácter abierto de las normas constitucionales y su frecuente contenido moral valorativo (mucho más que las leyes), facilita que el juicio ponderativo de razones que el juez realiza -el juicio de constitucionalidad al que somete la ley en la resolución de un caso- sea (o pueda ser) notablemente discrecional; no en vano se habla de juicio de “razonabilidad” para referirse a él. En suma, cuando en la resolución de casos se hacen jugar los principios constitucionales, el intérprete desempeña una actividad mediadora e interpretativa (dialógica) mucho más intensa que cuando se trataba simplemente de aplicar leyes en el modelo tradicional.

De acuerdo a lo anotado, el modelo de Estado Constitucional Plurinacional de derecho, asume la vigencia del valor normativo no sólo de la Constitución sino del Bloque de Constitucionalidad, a partir del principio de aplicación directa de derechos, tal como lo establece el artículo 109.1, concordante con el art. 13.III de la Constitución. Además, este modelo de Estado, asume el principio de igualdad jerárquica de derechos que a su vez conlleva el cambio de paradigma de derechos, en este marco, en el caso boliviano, se supera la teoría generacional de derechos, y todos los derechos, incluidos los económicos sociales y culturales, tienen la misma jerarquía y por tanto son justiciables, es decir tienen un mecanismo de defensa en el ámbito de control tutelar.

6. La exigencia de argumentación en la decisión judicial

Este presunto “debilitamiento” del principio de legalidad exige que los jueces (los

constitucionales y también los ordinarios), sean hombres prudentes capaces de mitigar en el caso concreto los posibles excesos de la ley; es decir, que en el Estado constitucional los jueces deben ser “guardianes” del legislador; dicho de otra manera, el juez sólo está vinculado a la ley si entiende que la solución que ésta aporta para el caso concreto es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional. Si, por el contrario, entiende que el contenido de justicia material contenido en la Constitución no se ve respetado plenamente por las posibles veleidades partidistas de la ley, el juez puede “sortearla”¹³.

Aunque la radicalidad de estos planteamientos no puede sostenerse porque permiten al juez ordinario vulnerar el principio de legalidad en casos extremos, sí pone en evidencia la tensión existente entre el principio de legalidad y el de constitucionalidad. En efecto, si el juez debe respetar el principio de constitucionalidad y la defensa de los derechos fundamentales frente al legislador, resulta justificado un cierto incremento del activismo judicial, incluso en los sistemas jurídicos de tradición continental; es más, resulta indispensable. Pero ese activismo puede fácilmente desembocar en un modelo decisionista (antidemocrático) cuyos riesgos de arbitrariedad son evidentes. En otras palabras, si la ley se reduce a una indicación relativa, sometible al criterio “constitucional” y discrecional del juez ordinario, podría derivar en la desconfianza de que la supuesta inconstitucionalidad de la ley argüida puede ser un simple subterfugio para justificar su no aplicación cuando ésta no ofrece la solución al caso que él estima satisfactoria.

Para solventar este dilema: legalidad (decisión democrática que puede no respetar derechos) frente a constitucionalidad (que garantiza derechos pero permite la discrecionalidad judicial) resulta imprescindible una estrecha vigilancia sobre la discrecionalidad judicial, la racionalidad de sus resoluciones y sentencias, la exigencia de una rigurosa argumentación en sus resoluciones para no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley y sobre todo el carácter no arbitrario de la función judicial.

13 “Las exigencias de los casos -dice G.Zagrebelsky- cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley; son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida” (Derecho dúctil, cit., p. 134).



7. Pautas constitucionalizadas de interpretación en el Estado Plurinacional de Bolivia

Para evitar decisiones judiciales arbitrarias, se debe observar determinadas pautas constitucionalizadas de interpretación, que deben ser la base de la justificación de las decisiones judiciales para brindar así decisiones que realmente sean acordes con el bloque de constitucionalidad.

Las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos son criterios establecidas por la Constitución Política del Estado de 2009, para que las autoridades judiciales, en el marco del modelo argumentativo vigente y a la luz del principio de aplicación directa de derechos consagrado en el artículo 109.1 de la Constitución las apliquen.

En el contexto descrito, las autoridades judiciales deben aplicar directamente los derechos consagrados en el bloque de constitucionalidad aun cuando no exista ley de desarrollo, para este fin y para evitar decisiones arbitrarias deberán justificar sus razonamientos y resultados interpretativos en las pautas constitucionalizadas que a continuación serán descritas.

Asimismo, el principio de aplicación directa de derechos, extiende su alcance a casos en los cuales la ley interna que establece o disciplina un derecho esté en contradicción con un tratado internacional referente a derechos humanos o a un estándar internacional de protección a derechos, supuesto en el cual, la autoridad judicial, en el marco de las pautas, deberá brindarle a la norma, a través del ejercicio del control de convencionalidad una interpretación acorde con el bloque de constitucionalidad.

De la misma forma, en el caso de colisión de derechos, sean estos individuales o colectivos, o entre derechos individuales; ó, entre derechos colectivos; ó colisión de principios y/o valores, el principio de aplicación directa de derechos tiene un alcance vinculado al principio de ponderación y la utilización del test de proporcionalidad.

Por lo expuesto, en los supuestos descritos es evidente que debe superarse una visión positivista del derecho, por lo que la autoridad judicial debe realizar un despliegue argumentativo en el marco de una coherente interpretación judicial para evitar así decisiones arbitrarias, para este efecto, la justificación a

ser realizada, sin duda debe estar sustentada en las pautas constitucionalizadas de interpretación que aunque no de manera limitativa, sino enunciativa, serán desarrolladas en los siguientes párrafos.

7.1. El bloque de constitucionalidad

La Constitución tiene una vinculación directa con los derechos y su progresividad tanto por el avance de los tiempos como de las interpretaciones supra-Estatales¹⁴, en este marco, la doctrina del bloque de constitucionalidad tiene sustento en la vinculación del derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos, ya que el Estado Plurinacional de Bolivia, forma parte tanto del Sistema Interamericano como del Universal de Protección a Derechos Humanos, por lo que debe cumplir sus obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos de buena fe.

Desde esta perspectiva el tenor literal del artículo 410.II de la Constitución establece: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificadas por el país...”.

El Tribunal Constitucional en la SC 0110/2010-R de 10 de mayo, desarrolló la doctrina jurisprudencial del bloque de constitucionalidad, en la cual estableció que la Constitución no es la única norma suprema del ordenamiento jurídico, sino que en el marco del bloque de constitucionalidad se encuentran también los tratados internacionales referentes a derechos humanos, pero también, los estándares internacionales de protección a derechos, entre ellos los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este entendimiento estableció también que las normas de derecho comunitario forman parte del bloque de constitucionalidad, por ejemplo, el Acuerdo de Cartagena, que es un instrumento internacional constitutivo de la Comunidad Andina de Naciones. De la misma forma, este entendimiento estableció que los principios y valores de rango plural forman parte del bloque de constitucionalidad.

¹⁴ D’Atena (2004) señala: “Otro punto que no admite controversias es que las constituciones modernas mantienen una relación constitutiva con los derechos fundamentales; encontrando en la exigencia de la tutela de estos últimos su más profunda razón de ser” (p. 295).



En base al alcance del bloque de constitucionalidad anotado, es importante establecer también que tanto las normas internacionales como los estándares internacionales referentes a derechos humanos “...deben ser aplicadas preferentemente por todas las personas, autoridades, jueces, juezas y tribunales, cobrando mayor relevancia en la labor jurisdiccional por cuanto las autoridades jurisdiccionales son las garantes primarias de la Constitución y de la tutela de los derechos y garantías humanos”¹⁵

En ese contexto, de acuerdo a la Constitución boliviana vigente, considerando que los derechos son de aplicación directa y que estos deben ser interpretados no sólo desde el tenor literal de la Constitución sino desde su avance en el marco del concepto de la doctrina del bloque de constitucionalidad, es evidente que las autoridades judiciales, no están sometidas exclusivamente a la ley, sino que deben darle a la ley una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad y en caso de evidenciar un desarrollo del derecho más progresivo y favorable, sin duda éste derecho, que puede estar consagrado en un tratado internacional de derechos humanos o en estándares internacionales, debe ser aplicado por la o el juez de manera directa y preferente, en base a la pauta de interpretación judicial contenida en el artículo 410.II de la Constitución y de acuerdo a los entendimientos jurisprudenciales citados, lo que sin duda evidencia la superación de un modelo exclusivamente positivista.

7.2. Los principios de progresividad y prohibición de regresividad

Otra pauta constitucionalizada de interpretación judicial que deberá guiar la labor de argumentación jurídica de las y los jueces se encuentra contenida en el artículo 13.I de la Constitución Política del Estado. En base a lo anotado, se puede evidenciar que el principio de progresividad tiene un reconocimiento expreso en la Constitución, sin embargo, este principio es interdependiente al principio de prohibición de regresividad y a la interpretación evolutiva, que a partir del reconocimiento explícito del principio de progresividad, se puede colegir que están reconocidos implícitamente en el art. 13.I de la Constitución

En virtud a este principio de interpretación, los derechos que pueden ser

15 Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario, op. cit. pp 2-3.

individuales, pluri-individuales o trans-individuales en el marco de una igualdad jerárquica consagrada en los artículos 109.I y 13.III de la Constitución-, deben ser interpretados en el marco de todos los avances, progresos e interpretaciones extensivas que en el ámbito interno o que en el sistema interamericano o universal de protección a derechos humanos hayan sido realizados, en este marco, las autoridades judiciales, en su labor interpretativa, siempre deberán considerar los estándares más altos, es decir las interpretaciones más favorables y progresivas que en el bloque de constitucionalidad se tenga en cuanto al derecho en discusión¹⁶.

Por su parte, el principio de prohibición de regresividad, asegura que el razonamiento judicial no implique retroceso o reconocimiento de estándares más bajos de aquellos que contienen criterios más favorables o progresivos en cuanto a un derecho objeto de protección.

Es importante señalar también que, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio de progresividad, genera para la autoridad jurisdiccional la carga argumentativa, por lo tanto, toda interpretación de derechos, debe justificar que la misma no es contraria a estos principios, por lo que las autoridades judiciales, no pueden omitir justificar sus decisiones en los principios desarrollados.

En base a todo lo expuesto, puede colegirse que las autoridades judiciales, en el marco del modelo argumentativo vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia, deben brindarles siempre a los derechos un sentido conforme a los principios de progresividad y prohibición de regresividad, para lo cual deben realizar interpretaciones acordes con la evolución de los tiempos y el avance de los derechos en el derecho internacional de los derechos humanos, tal como manda la interpretación evolutiva. En base a lo afirmado, se tiene que toda interpretación en cuanto a un derecho que no tenga justificación en estos principios, será una decisión arbitraria y carente de razonabilidad.

Los principios de progresividad y prohibición de regresividad, están íntimamente

16 Si bien se hace referencia a las autoridades judiciales, toda vez que el presente texto está dirigido a juezas y jueces de la jurisdicción ordinaria, sin embargo, este principio debe ser aplicado también por el Tribunal Constitucional Plurinacional, los vocales de las salas constitucionales en capitales de departamento y jueces o tribunales de garantías en provincias, las y los jueces agroambientales, las autoridades que conozcan procesos en el marco de las jurisdicciones especializadas y también las autoridades de la justicia indígena originaria campesina.



vinculados con el principio de buena fe, en virtud del cual el Estado Plurinacional de Bolivia en armonía y coherencia con los estándares más altos emergentes de la progresividad del derecho internacional de los derechos humanos, debe cumplir fielmente sus obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos.

7.3. La interpretación conforme al parámetro de convencionalidad

La Constitución boliviana, en la primera parte del art. 13.IV, establece lo siguiente: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno”. En este marco, se establece que esta pauta contiene el principio de prevalencia, el cual a su vez está vinculado al principio de aplicación directa y preferente consagrado tanto en el art. 109.I como en el art. 256 de la Constitución Política del Estado.

Al margen de lo señalado, la segunda parte del art. 13.IV establece que: “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. Este mandato constitucional contiene la pauta denominada: interpretación conforme al parámetro de convencionalidad, por lo que en un modelo argumentativo sustentado en la aplicación directa de derechos, tal como lo establece el artículo 109.I de la CPE, las autoridades judiciales, para efectos de esta aplicación, deben brindar a la norma un sentido conforme al parámetro de convencionalidad, el cual, tal como se dijo al desarrollar la doctrina del bloque de constitucionalidad, no se restringe a los tratados internacionales referentes a derechos humanos ya que también contempla a los estándares internacionales en esta materia.

La interpretación conforme, debe ser realizada por las autoridades judiciales en tres supuestos específicos: Cuando exista una antinomia o contradicción de norma interna con el parámetro de convencionalidad; cuando exista colisión de derechos, principios o valores; o, cuando exista imprecisión u oscuridad en la norma interna.

7.4. La interdependencia e indivisibilidad de derechos

La interdependencia e indivisibilidad de derechos, son principios constitucionales y a su vez pautas constitucionalizadas de interpretación que se encuentran

consagradas en el art. 13.I de la Constitución, que establece: “Los derechos reconocidos por esta Constitución son ...interdependientes, indivisibles....”.

Los derechos son indivisibles e interdependientes, porque cada derecho debe ser eficaz de una manera congruente y armónica con los demás derechos. En este contexto, desde la igualdad jerárquica de derechos, su aplicación directa y directa justiciabilidad, principios consagrados en el artículo 109.I de la Constitución tal como ya se señaló, este principio es de gran relevancia.

Por esta razón, esta es una pauta específica de interpretación que debe ser cumplida por todas las autoridades judiciales en el ejercicio de sus roles de justicia ordinaria y también por el máximo contralor de constitucionalidad, es decir el Tribunal Constitucional Plurinacional.

7.5. La inviolabilidad, incondicionabilidad, irrenunciabilidad y fuerza expansiva de derechos

El artículo 13.I de la Constitución señala: “Los derechos reconocidos por la Constitución son inviolables....”, por lo que a partir de esta pauta se establece que los derechos en el marco el bloque de constitucionalidad y las construcciones plurales que sean realizadas por las autoridades judiciales, son inviolables, incondicionales e irrenunciables.

El carácter de la inviolabilidad de los derechos tiene fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, porque, desde el alcance del *jus cogens* los derechos están sometidos al principio de imperatividad, por lo que no pueden ser violados, alterados, condicionados, ni convalidados de manera arbitraria por los Estados miembros del Sistema Interamericano y Universal de Protección de Derechos Humanos.

Asimismo, a partir de estos principios, el derecho internacional de los derechos humanos, desarrolló el principio de transversalidad en virtud del cual los derechos deben impregnar todos los actos y decisiones de un Estado Constitucional de Derecho, principio que implícitamente se encuentra reconocido en el artículo 13.I de la Constitución y que es también una pauta constitucionalizada de interpretación de derechos que debe guiar la labor de interpretación judicial y de argumentación jurídica.



7.6. La pauta constitucionalizada de interpretación intercultural de derechos

Uno de los rasgos esenciales del modelo constitucional vigente es, tal como ya se dijo, la vigencia de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, desde este marco, se genera una pauta de interpretación intercultural de derechos emergente de la aplicación a la luz del principio de unidad constitucional de los artículos 13.1 con el 8.1, 9 de la Constitución.

Desde esta perspectiva, en el modelo de Estado vigente, los derechos ya no se interpretan únicamente de acuerdo al principio de universalidad, sino también se interpretan bajo pautas interculturales de interpretación de derechos, las cuales, desde la diversidad cultural y desde las diversas cosmovisiones, principios y valores de las naciones y pueblos indígena originario campesinas, generarán consensos interculturales en el marco de un diálogo con el principio de universalidad de derechos, en aras de una construcción plural de derechos.

Esta interpretación intercultural de derechos obliga a los jueces y tribunales de la justicia ordinaria a interpretar los hechos y el derecho desde las visiones culturales de cada nación y pueblo indígena originario campesino, pero, además, debe consagrarse la presencia de pueblos indígenas en la definición e interpretación de derechos, además esta interpretación intercultural de derechos, tiene la finalidad de restaurar el equilibrio y la prevención.

7.7. La interpretación desde el principio de favorabilidad

Uno de los pilares de la Constitución boliviana de 2009 se encuentra en el artículo 256, cuyo tenor literal, en el primer párrafo reza lo siguiente: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”

Asimismo, el segundo numeral de esta previsión constitucional establece lo siguiente. “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”.

Del contenido de esta pauta constitucionalizada de interpretación de derechos,

puede advertirse que contiene al principio de favorabilidad y también al método de aplicación preferente, en este marco, toda autoridad que ejerza jurisdicción ordinaria o agroambiental, todos los vocales de las salas constitucionales o jueces o tribunales de garantías en provincias, y el Tribunal Constitucional Plurinacional, deben brindar a los derechos interpretaciones progresivas y favorables, nunca restrictivas, y en caso de existir una interpretación más favorable que la establecida en la ley o la Constitución, deben aplicar de manera preferente la interpretación más favorable y progresiva que se encuentre en un tratado internacional sobre derechos humanos o en los estándares internacionales en esta materia que como ya se señaló forman parte del bloque de constitucionalidad.

El principio de favorabilidad consagrado en el artículo 256 de la Constitución, está vinculado con los principios de interpretación referentes al pro persona, pro libertad, favorabilidad en relación a grupos de atención prioritaria, prevalencia de la justicia material, pro natura, entre otros, los cuales a su vez tienen génesis convencional en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

7.8. La interpretación desde el principio de verdad material

Otra pauta constitucionalizada de interpretación, que a su vez es un principio, valor y derecho, es el de verdad material que se encuentra consagrado en el artículo 180 de la Constitución, disposición que, de manera textual, en su primer párrafo, señala lo siguiente: “La jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de (...) verdad material ...”.

El principio de verdad material, en un Estado Constitucional Plurinacional de Derecho es esencial y marca un cambio sustancial de roles en la interpretación judicial y argumentación jurídica, ya que desde el paradigma lógico formalista, la autoridad judicial, en el marco de una igualdad formal, estaba sometido a una verdad también formal, sin embargo, desde el modelo argumentativo, vigente las autoridades judiciales en vía ordinaria o agroambiental deben guiar sus decisiones e interpretar la normativa de conformidad con el principio de verdad material.

CONCLUSIONES

Podemos concluir que: **1)** Los jueces de la jurisdicción ordinaria son esencialmente jueces constitucionales, toda vez que en un Estado Constitucional de Derecho,



como es Bolivia, desempeñan sus funciones sometidos a la Constitución, el sistema de valores y principios fundamentales en ella proclamadas y los derechos fundamentales consagrados; y, 2) Tienen el deber primordial de resguardar y respetar los derechos fundamentales de las personas que intervienen en los procesos sometidos a su conocimiento, y en especial, tienen el deber de tutelar los derechos fundamentales de las partes durante la sustanciación de los procesos judiciales y en la resolución de los mismos.

En este sentido, se necesita efectuar una reflexión seria y profunda sobre el papel institucional (no político) que corresponde al poder judicial como organismo y a los jueces ordinarios singularmente considerados sobre la responsabilidad encomendada como cauces efectivos de las concepciones de justicia vigentes en la sociedad, y que deben materializarse en sus resoluciones

Finalmente, la implementación real del Estado constitucional diseñado por la nueva Constitución Política del Estado pasa por una toma de conciencia radical por parte de los jueces sobre su papel fundamental de garantes del modelo (guardianes del principio de constitucionalidad) y por una conciencia más radical todavía sobre la necesidad de argumentación en sus resoluciones sobre la base de las pautas de interpretación desarrolladas en la aplicación de la legislación ordinaria.

REFERENCIAS

- Aguilo, Josep. (2001). Sobre la Constitución del Estado Constitucional. Universidad de Alicante. Doxa 24, pags. 424-457. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.16>
- Alexy, Robert (1984). El concepto y la validez del Derecho. Editorial Gedisa.
- Ferrajoli, Luigi. (2010). Derechos y garantías: La ley del más débil. Editorial Trotta.
- Prieto Sanchís, Luis. (1998). Ley, principios, derechos. Editorial Dykinson.
- Sagués, Nestor Pedro. (2002). La interpretación de los derechos humanos en las jurisdiccionales nacional e internacional; en Palomino Manchego, José y Remotti, José Carlos (coordinadores) Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. Editora Jurídica Grijley. Lima, Perú.
- Tribunal Supremo de Justicia. (2017). Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario. Estado Plurinacional de Bolivia.

Zagrebelsky, Gustavo. (1997). El derecho dúctil: Ley, principios, justicia. Editorial Trotta.



Mirtha Gaby Meneses Gómez¹



EQUIDAD DE GÉNERO

¹ Licenciatura en Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales de la Universidad Técnica de Oruro. Diplomado en Derecho Constitucional (UNIVALLE) y Diplomado en Educación Superior (UMSS).

Actualmente es Decana del Consejo de la Magistratura, entre otras funciones destacadas fue: Asistente Legal de Defensa Pública, Secretaria Juzgado de Instrucción Penal, Defensora Pública, . Abogada de la Oficina Anticorrupción, Secretaria de Cámara Sala Penal, Juez Técnico de Tribunal de Sentencia, Juez de Sentencia, Vocal Sala Penal, Encargada Departamental de la oficina de enlace del Tribunal Constitucional Plurinacional y Vocal Sala Constitucional.

Equidad de Género

Mirtha Gaby Meneses Gómez

RESUMEN

En el marco del proceso integrador del país, Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo (político, económico, jurídico, cultural y lingüístico). Al efecto, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, prevé la igualdad de condiciones entre hombres y mujeres, así como de principios y valores para alcanzar el anhelado vivir bien; entre ellos: la igualdad, la inclusión, la equidad social y de género, vinculados a la igualdad de condiciones y oportunidades, consecuentemente, participación, prohibiendo toda forma de discriminación en razón de sexo, identidad de género, color de piel, edad y/o cualquier otro parámetro inherente a la personalidad, que resulte excluyente.

El presente artículo analiza la equidad de género desde la óptica del Órgano Judicial, la importancia del juzgamiento con perspectiva de género con base en la normativa de desarrollo de la Constitución Política del Estado y políticas sobre la materia, concordante con el principal instrumento normativo interno que coadyuva en la eliminación de la desigualdad y la discriminación por razón de género, denominado “Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género”, elaborado con la finalidad de alcanzar la igualdad de condiciones y oportunidades, para materializar el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, a partir del XIV Encuentro Iberoamericano de Magistradas y Consejeras de la Magistratura del Órgano Judicial, que conformó el primer Comité de Género con la participación de todas las Magistradas y Consejeras, aprobado por el Consejo de la Magistratura, Tribunal Agroambiental y Tribunal Constitucional Plurinacional.

Palabras Clave

Equidad, Género, Órgano Judicial, , Constitución.



DESARROLLO

Conforme a los arts. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ratificada por Bolivia mediante Ley N° 1430 de 11 de febrero de 1993 y 410 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, los administradores de justicia son los llamados a garantizar el respeto y resguardo de los Derechos Humanos a nivel interno, para lo cual, deben juzgar con perspectiva de género, resolviendo las problemáticas sometidas a su jurisdicción en observancia de la igualdad de derechos y evitando la discriminación, prejuicio o criterios subjetivos respecto a las partes, cuando intervienen hombres y mujeres o miembros de la comunidad LGBTI+, ya sea por su sexo, género determinado o por su orientación sexual.

Actualmente se denomina género “a la forma en que las sociedades simbolizan la diferencia anatómica y esa lógica cultural es la fuerza subyacente que impide tratar a hombres y a mujeres, a heterosexuales y a homosexuales, a transexuales y a personas intersexuales, como ciudadanos iguales. Las diferencias que los seres humanos manifiestan en torno a su sexuación, su identidad sexual y sus prácticas sexuales se han traducido socialmente en desigualdad, discriminación, estigmatización y, en ocasiones, en linchamiento social y muerte” (Lamas Martha. “Dimensiones de la diferencia”. 2012).

Al efecto, resulta necesario referirnos a la diferencia entre los conceptos de sexo y género: *“El término sexo se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término género se refiere a las identidades, las funciones y los atributos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad, depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar” (Comité CEDAW, Recomendación N° 28).*

También es oportuno referirnos a la diferencia entre equidad de género e igualdad de género; aunque se suelen usar los conceptos de equidad y de igualdad como sinónimos, existe una diferencia entre ambos. Por un lado, la igualdad de género

se refiere a dar igual trato a todas las personas independientemente de su género, ya que todos son beneficiarios de los derechos humanos fundamentales; mientras que, por otro lado, la equidad de género busca que se consideren, cuando corresponda, las diferencias entre géneros para dar a cada uno lo que le corresponde. Esto implica el acceso a determinados derechos o responsabilidades.

Cuando se habla de género, nos referimos a varias definiciones o situaciones que guardan una estrecha relación entre sí, por cuanto el género es un estado o posición mental en el que una persona se auto considera como hombre o como mujer. En consecuencia, la equidad de género abarca al género no binario, compuesto por quienes no se auto consideran como hombre ni como mujer y resulta de vital importancia, por cuanto está vinculada a la dignidad y a los derechos de la persona, hombres y mujeres, cuyo contenido esencial es precisamente el recibir un trato justo, sin diferencia de género y por ende a la garantía del acceso de todos a las diferentes oportunidades que se presentan en el ámbito social, económico, político y doméstico.

La equidad pone énfasis en la idea de justicia; por ejemplo: equidad de género es dar a las mujeres una licencia de maternidad que esté acorde a las implicancias del proceso de embarazo. La equidad de género busca llevar a la práctica la teoría que expone la igualdad de género, en su lucha por la inserción de cambios en los distintos ámbitos sociales respecto al rol de las personas.

Al ser la equidad de género un derecho del ser humano, adquiere vital importancia para el desarrollo equilibrado de la sociedad en cuestión de respeto a los derechos de todos los géneros, es indispensable para la construcción de sociedades justas y equitativas.

Mientras exista diferencia entre géneros con relación a la toma de decisiones o la administración de poder en la sociedad, existirá debilidad social y política; por ello, actualmente se pretende implementar un sentido de equidad de género mayor hacia las mujeres, circunstancialmente dirigido a este género, por ser el más discriminado; sin embargo, esta situación de protección especial hacia las mujeres, resulta ser altamente modificable en el tiempo, ello debido precisamente a los cambios trascendentales por los que atraviesa constantemente una sociedad inclusive determinada.



Al respecto, el movimiento que reivindica los derechos de las mujeres, surgió a partir de los años 70, cuando comenzaron a reclamar una equidad de género que equipare el acceso de las mujeres a la salud, educación y participación política al que en ese entonces solo tenían los hombres; y es recién el año 1995, que se realizó en Beijing la Conferencia Mundial sobre la Mujer, en la que agencias internacionales e instituciones gubernamentales y no gubernamentales, impulsaron la temática sobre el arduo, pero necesario trabajo de concientización a la sociedad sobre las desigualdades de género y la normativa legal al respecto.

Las mujeres no siempre gozan de los mismos derechos que los hombres debido a diferencias estructurales y hasta sociales, además de la distribución desigual del poder. Los hombres y las mujeres deben tener igual participación en la toma de decisiones, en el acceso a la educación y a una vida profesional, para de esa forma, reducir las diferencias del sistema político, social y económico, con la finalidad de que cada uno, tenga la oportunidad de ejercer sus derechos libremente y en igualdad de condiciones, así por ejemplo, la facultad de expresar sus ideas, prioridades y opiniones, para que coadyuven o aporten al desarrollo pleno de la sociedad.

La desigualdad en el trato a las personas según el género, provoca situaciones de violencia (física o psicológica), y abuso que genera un desequilibrio individual y social. En consecuencia, las sociedades deben desarrollar diferentes estrategias para prevenir la violencia de género y que brinden igualdad de oportunidades, tanto a hombres como mujeres, para ser personajes activos de la comunidad, con igual acceso a recursos, gestión y toma de decisiones.

Para lograr un equilibrio y correcto desarrollo en la sociedad, es elemental que se respete la contribución de todas las personas de todos los géneros, cumpliendo el rol de ciudadanas y ciudadanos, individuos sociales y generadores de recursos.

Con relación al acceso a la política, tanto hombres como mujeres tienen igualdad de derecho para optar y ocupar cargos públicos, sin embargo, la esfera política es uno de los escenarios en los que se debe atender la lucha por la equidad de género. El número de líderes mujeres en cargos políticos (Presidencias, Cámaras de Diputados, Senadores, Alcaldes y Gobernadores), no sólo en Bolivia, sino en todo el mundo, es mucho menor al de los hombres, conforme consta en

los datos estadísticos consignados más adelante, situación que genera falta de pluralidad y discriminación de género. En consecuencia, es importante promover la participación de las mujeres en la vida política de nuestra sociedad y de esa forma coadyuvar a la materialización de la equidad de género en el tema político.

En cuanto al acceso a la educación, debemos considerar que el recibir educación es uno de los derechos humanos fundamentales de las personas, por lo que no debe existir discriminación alguna de género, raza o cultura para acceder a ella. Lamentablemente, aún existen lugares en el mundo en los que el acceso a la educación aún no está garantizado para todos y todas, sin exclusión.

Sobre el acceso al trabajo, todas las personas tienen derecho a acceder a las mismas oportunidades de trabajo, sin importar el género; sin embargo, existe una diferencia salarial y de acceso a puestos directivos entre hombres y mujeres. Precisamente es a través del reconocimiento a la equidad de género que se pretende conseguir que las mujeres cuenten con los mismos derechos que los hombres en el ámbito laboral.

La lucha contra la violencia es otra de las estrategias sobre la que se debe trabajar arduamente para materializar la equidad de género, por cuanto es una de las mayores vulneraciones a los Derechos Humanos, tanto a hombres como mujeres; aunque en los últimos tiempos la violencia hacia el género femenino es más frecuente, y constituye uno de los mayores problemas de nuestra sociedad.

Las mujeres no siempre gozan de los mismos derechos que los hombres, debido a diferencias estructurales y a la distribución desigual de poder. Los hombres y las mujeres deben tener igual participación en la toma de decisiones, en el acceso a la educación y a una vida profesional; para reducir las diferencias en el sistema político, social y económico, cada uno debe poder expresar sus ideas, prioridades y opiniones.

De todo lo manifestado, la equidad de género, constituye una Política Pública de trascendental importancia, cuyo contenido esencial es precisamente el recibir un trato justo, sin diferencia de género y por ende a la garantía del acceso de todos y todas a las diferentes oportunidades que se presentan en el ámbito social, económico, político y doméstico dentro de la sociedad.



El desarrollo de las estrategias para la promoción de equidad entre los géneros, busca que todas las personas puedan tener la oportunidad de acceder a los diferentes espacios, bienes y servicios que soliciten.

Las desigualdades en el trato a las personas según el género, provocan situaciones de violencia, abuso y destrato; generando un desequilibrio individual y social. Las sociedades y comunidades deben desarrollar diferentes estrategias que brinden igualdad de oportunidades, tanto a hombres como mujeres, para ser personas activas de la comunidad, con igual acceso a recursos, gestión y toma de decisiones.

Para lograr un equilibrio y un correcto desarrollo en la sociedad, es elemental que se respete la contribución de todas las personas de cualquier género, cumpliendo el rol de ciudadanas y ciudadanos, individuos sociales y generadores de recursos.

En ese contexto, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, garantiza la equidad de género y la igualdad de oportunidades y participación, a través del ejercicio de los derechos a la familia, la salud, la educación, el trabajo digno y protección contra toda forma de violencia, principalmente hacia las mujeres y sectores vulnerables.

Establece medidas preventivas y de eliminación de la violencia de género y generacional, y a través de éstas, el desarrollo de normativa que sancione la misma. En tal sentido, todas las personas tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad. Respecto a la familia, promueve el trabajo compartido en el núcleo familiar (participación igualitaria y sin discriminación en tareas domésticas) y en la responsabilidad de los deberes, por ende, la igualdad de derechos y deberes entre cónyuges o convivientes.

Sobre el derecho a la salud, prevé que todos tenemos derecho a acceder a la seguridad social, y en este caso, las mujeres tienen derecho a la maternidad segura y tanto ella como el progenitor, gozan de protección especial del Estado en los periodos prenatal y posnatal. En cuanto a los derechos a la educación y al trabajo, están garantizados en igualdad de condiciones, además reconoce el valor del trabajo en el hogar.

En ese contexto, es necesario que las autoridades judiciales identifiquen si la

problemática sometida a su jurisdicción y competencia involucra derechos de mujeres o del colectivo LGBTI+, e inclusive analizar la situación de la víctima para establecer si –en su caso– es necesario adoptar medidas de protección especiales o un criterio de protección reforzada.

En cuanto a la participación política, ciudadana y estructura del Estado, nuestra Ley Fundamental establece criterios de igualdad entre hombres y mujeres a través de la aplicación del principio de paridad y alternancia; así, en la elección de asambleístas (igual participación de hombres y mujeres), designación de Ministros de Estado (carácter plurinacional y equidad de género), elección interna de dirigentes y de candidatos de agrupaciones ciudadanas y partidos políticos (igual participación de hombres y mujeres, y titularidad de las mujeres al acceso, distribución y redistribución de la tierra sin discriminación por estado civil o unión conyugal), y además, en la oportunidad de postularse para ocupar altos cargos en la administración de justicia, garantizando la equidad de género en todos los niveles del Estado.

La equidad de género en Bolivia

Para el fortalecimiento y/o materialización de la equidad de género en Bolivia, se vienen realizando distintas actividades normativas y de capacitación, entre ellas:

1. Bolivia cuenta con un Comité de Género del Órgano Judicial desde noviembre de 2013, a través del cual, mediante Acuerdo de Sala Plena N° 126/2016 del Tribunal Supremo de Justicia, Acuerdo SPTA N° 23/2016 del Tribunal Agroambiental y Acuerdo N° 23/2016 del Consejo de la Magistratura, se aprobó el “Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género”, que pretende impulsar la política de igualdad de género en Bolivia, con el objetivo general de introducir los enfoques de género y Derechos Humanos en todas las acciones, niveles y ámbitos de actuación del Órgano Judicial; cultura organizacional caracterizada por relaciones de respeto en la diversidad armónica y horizontal, generando capacidades institucionales de respuesta para asegurar y garantizar mayor acceso a la justicia para mujeres y poblaciones en situación de vulnerabilidad.
2. Bolivia promulgó después de 9 años de trabajo de construcción del anteproyecto de ley, la Ley N° 807, Identidad de Género de 21 de mayo de 2016, en defensa de los Derechos Humanos de las personas LGTBI+.

3. El Tribunal Constitucional Plurinacional pronunció la SCP 0076/2017 y el Auto Constitucional Aclaratorio N° 0028/2017, determinando la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley N° 807, suspendiendo cuatro derechos (al matrimonio vinculado a la religión, a la adopción, a la confidencialidad y a la paridad), empero se garantiza a las personas transexuales y transgénero el reconocimiento de sus uniones libres, su derecho a la identidad en base al género asumido, para que puedan por ejemplo, ejercer sus derechos políticos sin discriminación.
4. Bolivia registra la primera Unión Libre (unión civil) entre personas del mismo sexo, a través del Registro Civil de La Paz, el 11 de diciembre de 2020, autorizada mediante una Resolución Constitucional de 3 de julio de 2020, pronunciada por la Sala Constitucional Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz.
5. El art. 14.II de la CPE, prohíbe y castiga la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género.
6. El art. 7 de la Ley N° 2298 de Ejecución Penal y Supervisión, promulgada el 2001, establece que todas las personas sin excepción alguna, gozan de igualdad jurídica y prohíbe toda discriminación de raza, color, género, orientación sexual, lengua, religión, cultura, opinión política, origen, nacionalidad, condición económica o social.
7. La Resolución Ministerial N° 0668 aprobada el 30 de agosto de 2007, luego de detectarse que al interior del sistema de prestaciones de servicios de salud, existen grupos poblacionales que por diferentes factores se tornan más vulnerables a la violación de sus derechos humanos por parte de quienes prestan esos servicios, mediante el Ministerio de Salud resolvió: *“Garantizar el acceso y la atención universal de los servicios de salud a todas las personas que habitan en el territorio nacional, sin diferencia alguna, con criterios de calidad y calidez. Ninguna circunstancia de carácter económico, social, cultural, orientación sexual e identidad de género y ocupación sexual o personas que viven con VIH/SIDA, podrá justificar trato discriminatorio o negación de la prestación de estos servicios”*.
8. El Código de las Familias y del Proceso Familiar, Ley N° 603 de noviembre

de 2014, eliminó la contemplación de la homosexualidad como causal de divorcio. Anteriormente, el art. 130 del Código de Familia de 1988 establecía que el divorcio podía demandarse por adulterio o relación homosexual de cualquiera de los cónyuges.

9. Se realizaron sin número de cursos presenciales y virtuales por el Tribunal Constitucional Plurinacional y el Comité de Género del Órgano Judicial sobre el juzgamiento con perspectiva de género en el ámbito de la capacitación y socialización de la problemática.

Uno de los instrumentos normativos internos más importantes para materializar la equidad de género en el Órgano Judicial es el “Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género”, que establece cuatro líneas estratégicas de trabajo para el Órgano Judicial que son:

- Promoción del acceso a las mujeres a puestos jurisdiccionales y administrativos (normas de ingreso, evaluación y ascenso), en un marco de institucionalidad para la igualdad.
- Formación inicial y permanente de jueces, sobre el derecho de acceso a la justicia y otros derechos de las mujeres y otras poblaciones en situación de vulnerabilidad.
- El clima laboral y enfoque de género.
- Monitoreo y evaluación de la actividad jurisdiccional, desde la perspectiva de género.

Este Protocolo desarrolla un Plan de Implementación a ejecutar a mediano o corto plazo, como es el caso de la creación de las Unidades de Género, que cuente con personal especializado en materia de género y Derechos Humanos; coadyuvar en la labor de juzgamiento con perspectiva de género en todo el proceso judicial, porque contiene una sistematización de los estándares internacionales sobre género y justicia.

Además, propone metodología para evitar las asimetrías de género en el ámbito judicial e identifica los razonamientos desarrollados por los Tribunales de Justicia (ordinaria, agroambiental y constitucional), considerando el carácter vinculante de las decisiones de los órganos que garantizan los Derechos Humanos, tanto del



Sistema Universal como del Sistema Interamericano.

Dicho Protocolo también reconoce los criterios constitucionalizados de Derechos Humanos con base en el bloque de constitucionalidad (pro persona o pro homine, interpretación favorable, interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, progresividad, aplicación directa y directa justiciabilidad de los derechos humanos, igualdad jerárquica de los derechos en abstracto y jerarquía axiológica móvil o ponderación, interpretación intercultural, igualdad desde la perspectiva de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y además del control de constitucionalidad).

Presenta las herramientas para la aplicación de la perspectiva de género y derechos humanos en sentencia sobre violencia en razón de género y considera las recomendaciones emergentes tanto de los órganos de protección de derechos humanos del sistema universal (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder, Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, a interponer recursos y obtener reparaciones) como del Sistema Interamericano (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e intolerancia).

El contenido del Protocolo encuentra su base en las experiencias y buenas prácticas al respecto plasmadas en los protocolos de los Tribunales de Justicia de México, Colombia y Guatemala, en los que el objetivo principal es el de introducir análisis con enfoques de género y Derechos Humanos en todos los ámbitos de actuación del Órgano Judicial, y con ello, desarrollar una cultura organizacional de respeto en la diversidad, armónica y horizontal que encuentre respaldo en las capacidades institucionales de respuesta a las problemáticas vinculadas a la equidad de género,

garantizando el acceso a la justicia para mujeres y poblaciones en situación de vulnerabilidad y/o el colectivo LGBTI+.

En ese contexto, el juzgamiento con perspectiva de género, tiene como base fundamental el Derecho Humano, y materializar los derechos a la igualdad de oportunidades y de participación, consagrados tanto en nuestras normas internas, como en la normativa internacional que forma parte de nuestro bloque de constitucionalidad.

De ello se infiere que la labor de juzgar con perspectiva de género, se despliega dentro del marco de los principios y valores de igualdad, trato digno, equidad de género, informalidad y especialidad, obteniendo un juzgamiento efectivo y eficaz para el resguardo de los derechos humanos con perspectiva de género, para ello, la autoridad judicial deberá identificar si en las problemáticas sometidas a su jurisdicción, intervienen mujeres o personas con diversa orientación sexual e identidad de género, o que formen parte de los sectores vulnerables de la sociedad, y ponderar también el contexto del caso concreto, con una argumentación interpretativa, ponderativa, que aplique el test de igualdad desde la perspectiva de género y del análisis de la existencia o no de discriminación, a través de una valoración de la prueba y calificación del hecho, acordes a las circunstancias y particularidades del caso, verificando además la compatibilidad con el bloque de constitucionalidad, para pronunciar una decisión que solucione el conflicto, con base en una interpretación previsor y sancionatoria, y a la vez, cuando así corresponda, analice y disponga la reparación proporcional del daño a la víctima.

Además, con relación a la protección especial a las mujeres, tenemos el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que fue adoptado por la Asamblea General en 1999 y obliga a los Estados signatarios, a reconocer la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, para recibir y considerar las quejas expresadas por personas o grupos organizados de la sociedad civil, lo que constituye un mecanismo exigente de rendición de cuentas en materia de actos de discriminación contra las mujeres, en comparación con el mecanismo vigente de presentación de informes periódicos, normativa que forma parte del bloque de constitucionalidad.



La gran mayoría de los países caribeños y una minoría de los latino-americanos, no han firmado ni ratificado este Protocolo; Bolivia firmó el año 1999 y ratificó el mismo el año 2000.

Argentina y Colombia fueron los últimos países de la región en ratificar el Protocolo, ambos el año 2007.

Antigua y Barbuda, Saint Kitts y Nevis, como dos de los únicos tres países caribeños que lo han ratificado, fueron los penúltimos en hacerlo, el año 2006.

Por su parte, Chile, Cuba y El Salvador firmaron el Protocolo Facultativo entre 1999 y 2001, sin que hasta hoy lo hayan ratificado.

Puerto Rico, Honduras y Nicaragua son los únicos países entre los 20 latino-americanos que todavía no lo han ni siquiera firmado.

La equidad de género como política, plan y/o programa de agenda pública

Con base en todo lo expuesto precedentemente, resulta necesario concluir que la equidad de género constituye una política, plan y/o programa de agenda pública que debe ser atendida por la sociedad y por las autoridades en todo ámbito y niveles de administración del Estado, no sólo en el ámbito judicial a través del cómo juzgar con perspectiva de género.

Al respecto, “La igualdad y equidad de género han sido considerados como temas latentes en la generación de políticas, planes y programas que deben ser adoptadas por los gobiernos centrales. En tal sentido, la generación de estadísticas e indicadores tendientes a la satisfacción de estas necesidades de información, constituyen una herramienta imprescindible para los tomadores de decisión, como también a las instituciones y organizaciones que se preocupan por la participación de la mujer con relación al hombre dentro la sociedad y como también al público en general que desee conocer las características de la población con un enfoque de género” (página web INE-Bolivia).

Al efecto, se deben generar instrumentos operativos que orienten el sentido de la acción de la equidad de género en los distintos sectores de la sociedad, es decir, ciertos indicadores que proporcionen información útil a los formuladores de políticas, a los directores de programas y operadores de los proyectos que les permitan medir los recursos con los que se cuenta (económicos y humanos) y

los efectos de sus intervenciones, junto a otros de diversa índole y origen, en las relaciones de género y en la situación de las mujeres en especial, o de los sectores vulnerables de la sociedad en general.

La construcción de un sistema de indicadores, por ejemplo, sobre la igualdad de Oportunidades para las mujeres, evalúa cómo evolucionan las relaciones de género y la situación de ellas en comparación a la de los hombres en un momento dado y los efectos a lo largo del tiempo más relevantes, situación que permitirá expresar cuantitativamente el estado de la igualdad de oportunidades entre los géneros, que permitan evaluar los cambios en la realidad de la mujer.

La elaboración del sistema de indicadores de género supone, *"...el desarrollo de un determinado modelo teórico sobre las relaciones de género, que conceptualiza e identifica las áreas más significativas en la producción y reproducción de las desigualdades"* (Guzmán, Virginia; Ríos, Marcela. 1995. Propuesta para un sistema de indicadores de género. Consultoría CEM al Servicio Nacional de la Mujer. Santiago, Chile).

En Bolivia, en oportunidad de la presentación del Libro Datos estadísticos con enfoque de género, respecto a los censos realizados en los años 1976, 1992, 2001 y 2012, se concluyó que: *"Según el tipo de hogar, las mujeres constituyen y lideran preponderantemente hogares monoparentales en 33,9%, mayor en comparación a los hombres que registran 7,2%; en contraste, la representación masculina es bastante alta en hogares nucleares completos, 36%, donde las mujeres participan con 6,1%"* (página web INE-Bolivia).

Como uno de las políticas para materializar la equidad de género, con relación a la mujer, tenemos a la paridad y alternancia de género en los órganos de elección del Estado Plurinacional de Bolivia y las instancias políticas intermedias, que tiene como objetivo garantizar la participación de las mujeres en los órganos de elección del Estado y en las directivas de partidos y agrupaciones políticas.

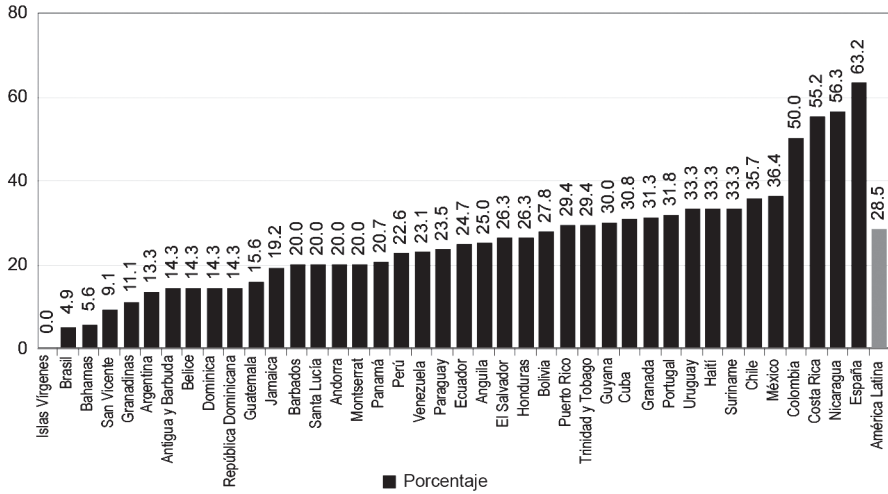
Thelma Gálvez en el estudio Aspectos económicos de la equidad de género (2001) expone que, desde la perspectiva de género, todos los factores, políticas públicas, pobreza y equidad de género (De Barbieri, Teresita. 1990. Citada por Paredes, Rosa. 2006), que obstaculicen el acceso de mujeres y hombres a los derechos universales, constituyen inequidades de género.

Datos estadísticos: América Latina, El Caribe y la Península Ibérica

Enfocados en la participación de las mujeres, tenemos los siguientes datos estadísticos:

Figura 1.

América Latina, El Caribe y La Península Ibérica (39 países): Participación de mujeres en gabinetes ministeriales (Poder Ejecutivo).



Fuente: Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y El Caribe.

El indicador se actualiza anualmente y corresponde a un cálculo acumulado en el periodo presidencial para cada país. Se presentan los datos de los tres últimos periodos presidenciales.

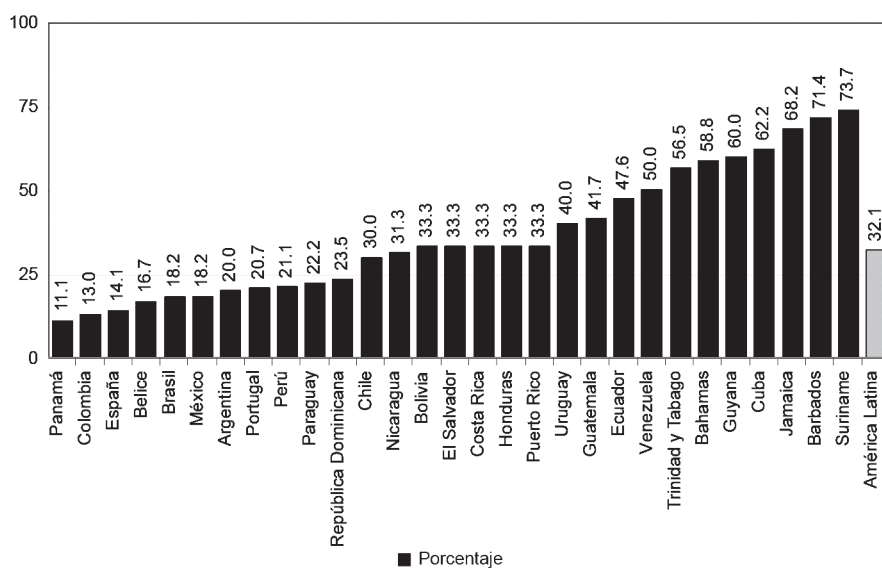
América Latina y el Caribe ha tenido un aumento discreto de participación de mujeres en los gabinetes presidenciales. Respecto al periodo anterior, América Latina aumentó 3.5 puntos porcentuales, alcanzando un promedio de 28,5%. Esta alza fue levemente más grande en Caribe, pasando de un promedio de 15,18% a un 19,42%. Los países de la subregión que registraron los mayores incrementos fueron Suriname y Trinidad y Tobago, los cuales aumentaron más del doble sus promedios, pasando de un 11,8 a un 33,3% y de un 13,3 a un 29,4%, respectivamente. Sin embargo, ambos países aún se mantienen muy lejos de alcanzar una participación igualitaria.

En el caso de América Latina, tres países han tenido incrementos importantes respecto del periodo anterior, como lo son Colombia (+22,41), Costa Rica (+23,74) y México (+17,61). Desde el año 2018, Costa Rica, posee un gabinete compuesto mayoritariamente por mujeres con un 55,17% y Colombia un gabinete paritario con un 50%.

Al igual que en todo el mundo, el análisis mostró que los promedios regionales de participación de las mujeres por tipo de cartera ministerial están concentrados en el área social y participan menos en las áreas políticas y económicas.

Figura 2.

América Latina, El Caribe y La Península Ibérica (29 países): Mujeres en el máximo tribunal de justicia, último año disponible (Poder Judicial).



Fuente: Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y El Caribe (1998 a 2018).

Este indicador se mide anualmente en cada país. Para seis países del Caribe (Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, Saint Kitts and Nevis, Santa Lucía y Saint Vincent and the Grenadines) desde 2008 se considera la información de Eastern Caribbean Supreme Court.



En América Latina y el Caribe, siete países registraron avances en la presencia de las mujeres en las cortes supremas respecto del año anterior. Tres países de Caribe poseen los mayores aumentos: Jamaica (+11.93), Barbados (+8.93) y Trinidad y Tobago (+7.47). Estos países, junto a Suriname (que además lidera la región con un 73.7%), poseen los promedios más altos de la región y además componen sus máximos tribunales de justicia con una presencia mayoritaria de mujeres.

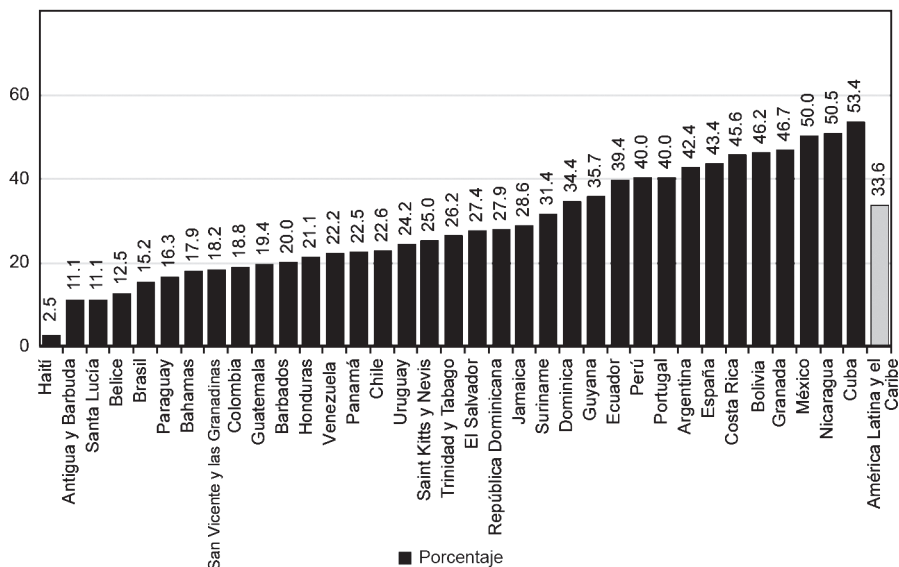
En cuanto a América Latina, Cuba, Chile y República Dominicana son los países que presentan mayores aumentos de participación femenina en los máximos tribunales de justicia, con incrementos de 7.16, 6.16 y 5.88, respectivamente. Bolivia cuenta con el 33.3% y Cuba es el país de América Latina con el promedio más alto en este ámbito (62.16%).

Por otra parte, en dos países de la región disminuyó el número de juezas en las cortes supremas: Belice (-25) y Guatemala (-12.18).

Para el caso de la Eastern Caribbean Supreme Court, integrada por los países caribeños de Anguilla, Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, Islas Vírgenes Británicas, Montserrat, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines, el porcentaje de mujeres ministras en la corte corresponde a 63.63%.

Figura 3.

América Latina, El Caribe y La Península Ibérica (35 países): Mujeres electas en los parlamentos nacionales (Poder Legislativo). Los datos están comúnmente disponibles en los Parlamentos Nacionales y son actualizados después de las elecciones. Los Parlamentos Nacionales transmiten sus datos, al menos una vez al año a la Unión Inter-Parlamentaria, particularmente cuando el número ha cambiado significativamente. La Unión Inter-Parlamentaria regularmente compila series internacionales y agregados regionales y globales. Los Parlamentos varían considerablemente en su independencia y autoridad. Generalmente desarrollan tres funciones: Diseñan leyes, controlan la gestión del gobierno, y representan el electorado.



Fuente: *Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y El Caribe (2020). La UIP despliega información mensual, mientras que la División de Estadística de las Naciones Unidas despliega información anual, motivo por el cual se pueden producir diferencias en las cifras.*

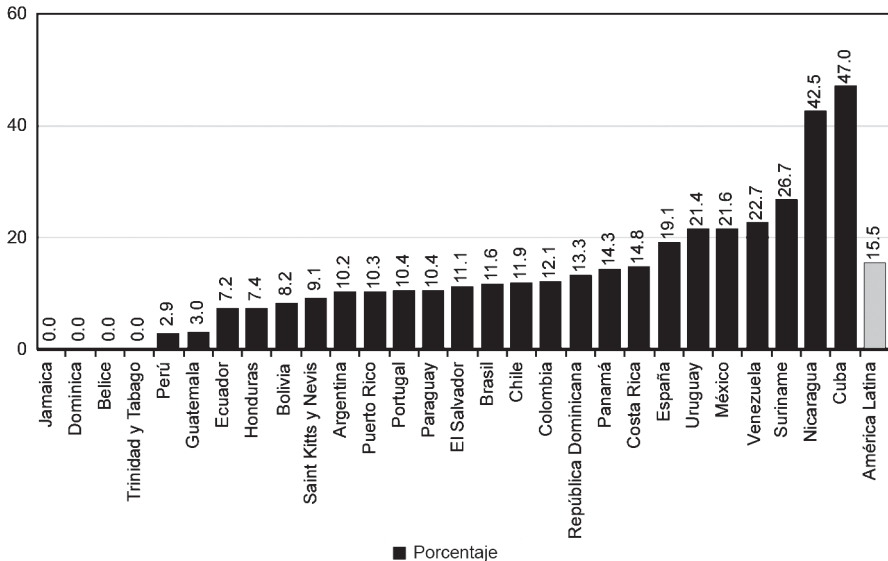
La presencia de las mujeres en los órganos legislativos ha aumentado de manera gradual en los últimos años en América Latina y el Caribe. Si bien es cierto que estos puestos siguen siendo ocupados en su mayoría por hombres, la región sigue manteniéndose a la cabeza del camino a la paridad en los parlamentos nacionales (Cámara Baja o Única) a nivel mundial, alcanzando en diciembre del 2020 un promedio de 32.93% (UIP, 2020).

A diciembre de 2020, Cuba y el Estado Plurinacional de Bolivia, mantienen más del 50% de la representación de mujeres en sus parlamentos, mientras tanto México, Nicaragua, Granada, Costa Rica, Argentina y Bolivia superan el 40%.

Actualmente 10 países no alcanzan el 20% de representación de mujeres en el parlamento, entre los cuales Haití se posiciona como el más bajo de la región con un 2.5%.

Figura 4.

América Latina, El Caribe y La Península Ibérica (28 países): Mujeres alcaldesas electas, último año disponible.



Fuente: *Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y El Caribe (2008 a 2018). Datos validados por los Mecanismos para el Adelanto de la Mujer (MAM), a partir de los datos oficiales de los organismos electorales. En ausencia de envío de información por los MAM, se recopila la información directamente con los organismos electorales o a partir de sus sitios web.*

En comparación con los avances logrados en los puestos de elección popular de nivel nacional, la presencia de las alcaldesas electas ha avanzado a un ritmo más lento y los resultados que se observan son limitados.

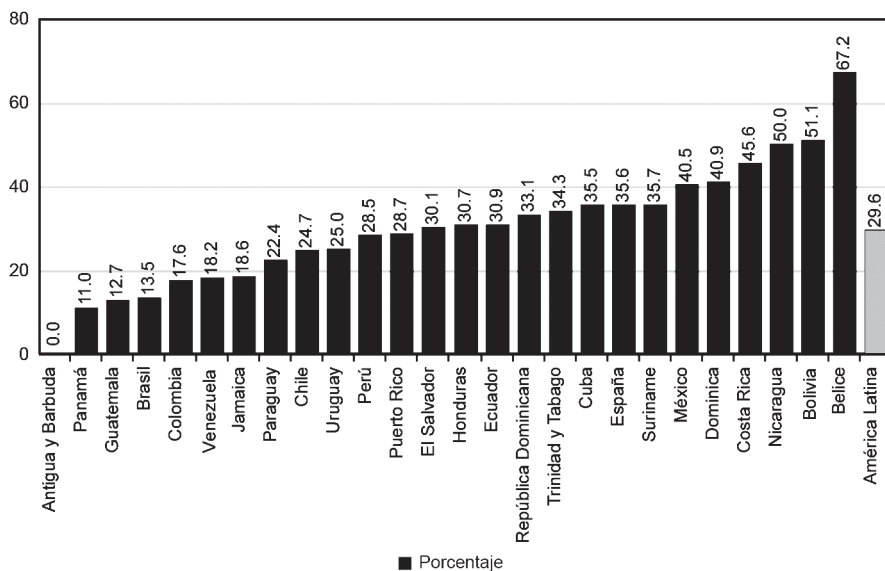
En la mayoría de los países de América Latina y el Caribe (26), el porcentaje de alcaldesas electas se sitúa por debajo del 15%, es el caso de Bolivia con 8,2% y el promedio latinoamericano llega solo al 15.5% para el año 2018, cifra levemente superior al 12,1% observados en el 2014.

Solo Cuba, con un 47,0% y Nicaragua, con un 42,5 % alcaldesas superan el umbral de 30%, proporción que habitualmente se considera equivalente a una masa

crítica capaz de generar cambios. En el caso de Caribe, sólo Suriname se acerca a esta cifra con un 26.7%.

Figura 5.

América Latina, El Caribe y La Península Ibérica (26 países): Mujeres concejales electas, último año disponible.



Fuente: *Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y El Caribe (2018). Datos validados por los Mecanismos para el Adelanto de la Mujer (MAM), a partir de los datos oficiales de los organismos electorales. En ausencia de envío de información por los MAM, se recopila la información directamente con los organismos electorales o a partir de sus sitios web.*

El promedio regional de concejalas electas para América Latina en el 2018, corresponde a un 29.6%, representando un aumento de 8 puntos porcentuales en la última década (el año 2008 el porcentaje de mujeres en concejalías sólo alcanzaba un 21.6%).

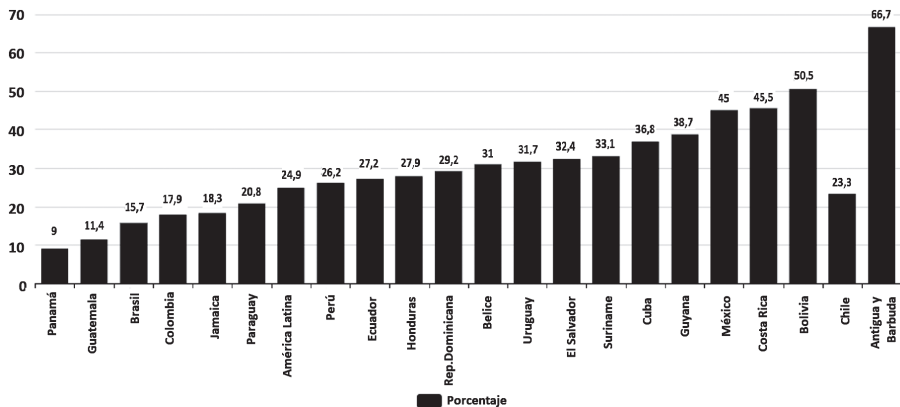
En trece países de la Región, la presencia de las mujeres en concejalías supera el 30%, entre ellos El Salvador, Honduras, Ecuador, República Dominicana, Trinidad y Tobago y Cuba. Sólo tres países poseen cifras inferiores al 15% (Panamá, Guatemala y Brasil).

Las últimas elecciones locales celebradas en Belice el año 2018, lo posicionaron como el país con la mayor tasa de participación femenina al nivel de concejalías con un 67,2%, seguido por Bolivia, que pasó de un 13,4% de concejales en 2005 a un 51.1% desde el año 2015.

Este último dato de Bolivia, se relaciona directamente con la ley de paridad aprobada en 2009 y luego perfeccionada en 2010 (Ley 4021 de 14 de abril de 2009 y Ley N° 26 de 30 de junio de 2010).

Figura 6.

Proporción de escaños ocupados por mujeres en los gobiernos locales (Indicador 5.5.1(b) = ((Número de escaños ocupados por mujeres) × 100) / (Número total de escaños ocupados por mujeres y hombres).



Fuente: Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y El Caribe (2017 a 2020).
Compilado por la División de Asuntos de Género de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres)

En los últimos años ha aumentado la representación política de las mujeres a distintos niveles, permitiéndoles participar cada vez más en espacios de toma de decisiones de forma igualitaria. Sin embargo, a nivel local la participación se ha mantenido a niveles constantes, siendo la proporción de mujeres aún menor a la de los hombres.

En la región a diciembre de 2019, en promedio un cuarto de los escaños en gobiernos locales es ocupado por mujeres. Panamá, Guatemala, Brasil, Colombia y Jamaica no superan el 20% de representación femenina en gobiernos locales. Sólo Bolivia y Antigua y Barbuda superan el 50%.

CONCLUSIONES

Con base en todo lo manifestado precedentemente, tenemos las siguientes conclusiones:

- Resulta de vital importancia continuar la labor de implementación de la equidad de género como una política, programa o plan de interés público que nos permita lograr la anhelada igualdad entre hombres y mujeres, cada uno con sus particularidades de auto determinación.
- La equidad de género no debe ser entendida únicamente desde la perspectiva de la discriminación o falta de oportunidades de la mujer o de los sectores vulnerables de la sociedad, sino de todos los actores que conforman la sociedad.
- La protección circunstancial hacia las mujeres a través de la equidad de género es circunstancial.
- Es necesario que tanto hombres como mujeres tengan igual participación en la toma de decisiones, acceso a la educación y a una vida profesional
- La forma de reducir las diferencias del sistema político, social y económico respecto a hombres y mujeres, radica precisamente en la equidad de género.
- En Bolivia se vienen desarrollando actividades legislativas, de capacitación y de difusión orientadas a la materialización de la equidad de género.
- Las autoridades judiciales tienen un instrumento normativo muy importante como es el “Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género”, que precisamente pretende impulsar la política de igualdad de género en Bolivia.
- El administrador de justicia debe identificar en cada caso, si es necesario aplicar la perspectiva de género para resolver la problemática sometida a su jurisdicción y competencia.
- Actualmente Bolivia no cuenta con mujeres Alcaldesas o Gobernadoras, es necesario promover la participación de las mujeres en la vida política de nuestra sociedad, y de esa forma coadyuvar a la materialización de la equidad de género en el tema político.
- La paridad y alternancia de género en los órganos de elección del Estado

Plurinacional de Bolivia y las instancias políticas intermedias, ello coadyuva a la equidad de género en los diferentes niveles de administración del Estado.

REFERENCIAS

- Constitución Política del estado [CPE]. (2009). 7 de febrero de 2009 (Bolivia). Gaceta Oficial de Bolivia.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [CEDAW]. (2010). *Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Naciones Unidas.
- Gálvez, Thelma. (2001). *Aspectos económicos de la equidad de género*. En Serie 35 Mujer y Desarrollo, junio de 2001. Unidad Mujer y Desarrollo. CEPAL, Naciones Unidas.
- Guzmán, Virginia. Ríos, Marcela. (1995). *Propuesta para un sistema de indicadores de género*. Consultoría CEM al Servicio Nacional de la Mujer. Santiago, Chile.
- Instituto Nacional de Estadísticas [INE]. *Estadísticas con Enfoque de Género*. Recuperado el 10 de enero de 2022 de <https://www.ine.gob.bo/index.php/estadisticas-con-enfoque-de-genero-nueva-publicacion-del-ine/>
- Instituto Nacional de Estadísticas [INE]. *Género*. Recuperado el 10 de enero de 2022 de <https://www.ine.gob.bo/index.php/estadisticas-sociales/genero/>
- Lamas, Martha. (2014). *Dimensiones de la diferencia*. En Cuerpo, sexo y política. Editorial Océano de México.
- Ley 1430 de 1993. *Aprueba y ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"*. 11 de febrero de 1993. Gaceta Oficial de Bolivia Edición 1775 de 8 de marzo de 1993.
- Ley 2298 de 2001. *Ley de Ejecución Penal y Supervisión*. 20 de diciembre de 2001. Honorable Congreso Nacional.
- Ley 603 de 2014. *Código de las Familias y del Proceso Familiar*. 19 de noviembre de 2014. Gaceta Oficial de Bolivia.
- Ley 807 de 2016. *Ley de Identidad de Género*. 21 de mayo de 2016. Asamblea Legislativa Plurinacional.
- Naciones Unidas. (1999). *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Adoptada por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999.

- Naciones Unidas. *Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y El Caribe*. Recuperado el 10 de enero de 2022 de <https://oig.cepal.org/es/indicadores>
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.
- Órgano Judicial de Bolivia. (2016). *Acuerdo de Sala Plena N° 126/2016 del Tribunal Supremo de Justicia, Acuerdo SPTA N° 23/2016 del Tribunal Agroambiental y Acuerdo N° 23/2016 del Consejo de la Magistratura*. Aprobación del Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género.
- Paredes, Rosa. (2006). *Políticas públicas, pobreza y equidad de género*. En Espacio Abierto, vol. 15, núm. 4, octubre-diciembre, 2006. Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela. pp. 741-757.
- Tribunal Constitucional Plurinacional [TCP]. (2017). *Auto Constitucional Plurinacional N° 28/2017*. Sala Plena. 13 de noviembre de 2017. Sucre, Bolivia.
- Tribunal Constitucional Plurinacional [TCP]. (2017). *Sentencia Constitucional Plurinacional*. 0076/2017. Sala Plena. 9 de noviembre de 2017. Sucre, Bolivia.



Gonzalo Miguel Hurtado Zamorano¹



JUSTICIA CONSTITUCIONAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN RAZÓN DE GÉNERO

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad del Valle. Diplomado en Derecho Tributario y Aduanero, Diplomado en Formación Docente y Formación, Diplomado Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Magister en Derecho Administrativo, Laboral y Tributario por la Universidad Nacional Siglo XX.

Actualmente es Magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia electo por el departamento de Beni. Entre otras funciones fue: Asesor Legal del Servicio Departamental de Gestión Social SEDEGES dependiente de la Prefectura del Departamento del Beni, Secretario Abogado del Juzgado de Partido Administrativo, Coactivo Fiscal y Tributario, Juez Instructor Cautelar, Juez Agrario de Moxos, Presidente Ex. R. Corte Superior de Justicia Actual Tribunal Departamental de Justicia (Trinidad, Beni), Presidente. Tribunal Supremo de Justicia (Sucre), Magistrado Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado Sala Social y Administrativa Segunda del Tribunal Supremo de Justicia, Juez Electoral y Docente.



Justicia Constitucional con Perspectiva de Género: Violencia contra la mujer en Razón de Género

Gonzalo Miguel Hurtado Zamorano

Introducción

El problema de la violencia contra la mujer en razón de género ha sido asumido comprometida y sostenidamente por los sistemas universal e interamericano de protección de derechos humanos, a través de sus diferentes instancias y organismos tanto en sus roles consultivos como en el ejercicio de su función contenciosa, introduciendo dentro de sus entendimientos e interpretaciones la perspectiva de género como enfoque de inexcusable observancia tanto de manera directa, en casos en los que se adviertan hechos de violencia contra la mujer, como de forma transversal en las causas en las que se discutan los derechos de las mujeres.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional Plurinacional, como máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución Política del Estado, no puede resultar ajeno a la urgente necesidad de garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, misma que convencionalmente emerge no solo las obligaciones y deberes previstos en los arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sino de modo particular del compromiso asumido por los Estados parte de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará), de adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, las políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia particular, así como, entre otras acciones; i) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; ii) Optar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; y establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces; acciones que, igualmente, deben ser observadas e impulsadas por esta jurisdicción en el marco de sus atribuciones y competencias previstas por la Constitución y la ley.

Definición de violencia contra la mujer en razón de género

De acuerdo a la precitada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “...debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1). Este Instrumento internacional, de igual manera establece los ámbitos de la vida en los que se puede presentar este tipo de actos que dañan la integridad personal de la mujer en sus distintas esferas (física, sexual y psicológica):

a. Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

b. Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c. Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra (art. 2)”.

A partir de estos alcances, se concluye que la violencia hacia la mujer se puede dar en cualquiera de los ámbitos señalados; es decir, dentro de la familia, en la comunidad o cuando es perpetrada por el Estado o sus agentes; incluso, cuando es tolerada por éstos; es decir, que el Estado es responsable cuando no cumple sus obligaciones de prevención, garantía, sanción y reparación.

Por su parte, el Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), a tiempo de interpretar los alcances del art. 1 de ese instrumento, estableció que la discriminación incluye “... la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones concretas de la Convención, independientemente

*de que en ellas se mencione expresamente a la violencia o no*².

En este contexto, la violencia contra la mujer en razón de género se presenta cuando la misma es empleada de manera desproporcional a la que sufriría un hombre encontrándose en la misma situación. Está basada en creencias, prejuicios y construcciones sociales que consideran a la mujer en situación de inferioridad con respecto al sexo masculino, con base en la desigualdad estructural o discriminación institucional que pretende mantener a la mujer en una posición subordinada, ya sea física o ideológica, a otras personas de su familia, su hogar o su comunidad.

Estándares con perspectiva de género: especial énfasis en casos de violencia en razón de género

En su labor contenciosa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos detectó que la falta de diligencia de parte de agentes o funcionarios estatales en los casos de violencia contra la mujer puede tener su origen y causa en estereotipos de género. Así, en el caso González y otras (“campo algodónero”) vs. México³, asumió que:

“208. ...los comentarios efectuados por funcionarios en el sentido de que las víctimas se habrían ido con su novio o que tendrían una vida reprochable y la utilización de preguntas en torno a la preferencia sexual de las víctimas constituyen estereotipos. De otra parte, tanto las actitudes como las declaraciones de los funcionarios demuestran que existía, por lo menos, indiferencia hacia los familiares de las víctimas y sus denuncias”.

Asimismo.

“401. ...que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (supra párr. 398), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las

2 CEDAW. Recomendación General N° 19 “La Violencia contra la Mujer”, 1992, párr. 6.

3 Corte IDH. Caso González y otros (“campo algodónero”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.”

En ese contexto, la Corte IDH en el mismo fallo, previa verificación que la actuación de los funcionarios estatales no se sujetó al conocimiento que el Estado tenía sobre el contexto de violencia que las mujeres y niñas sufrían en el lugar donde las víctimas del caso perdieron la vida (Ciudad Juárez, México), estableció **los estándares de la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los actos de violencia contra las mujeres en razón de género**, en los siguientes terminos:

“258...los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará.”

Los estándares del enfoque de género en casos de violencia contra las mujeres y de debida diligencia para la prevención, investigación, sanción y reparación que deben observar los Estados Parte de la CADH, constituyen parámetros de efectivización de los derechos de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, a la igualdad y la no discriminación y, por ende, también se configuran en medidas encaminadas a garantizar el ejercicio de sus derechos a la vida, vida digna e integridad personal.

Ahora bien, de manera más amplia, en el Informe de la CIDH sobre Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en Mesoamérica⁴, se establecieron los

⁴ CIDH. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en Mesoamérica, 9 de diciembre de 2011.

“estándares jurídicos emitidos por el sistema interamericano y universal”, que de acuerdo a la siguiente sistematización:

Dos de ellos se refieren a cuestiones de calificación de la violencia. Así se remarca la íntima relación entre los problemas de la discriminación y la violencia contra las mujeres. Se califica a la violencia sexual como tortura cuando es realizada por agentes estatales. Los otros estándares se refieren a obligaciones estatales; en especial: la de cumplimiento inmediato de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, investigar y sancionar con celeridad y sin dilación todos los actos de violencia contra las mujeres cometidos por actores estatales como no estatales; la de garantizar la disponibilidad de mecanismos judiciales efectivos, adecuados e imparciales para víctimas de violencia contra las mujeres; la de “implementar acciones para erradicar la discriminación contra las mujeres y los patrones estereotipados de comportamiento que promueven su tratamiento inferior en sus sociedades”; “el deber de los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales de analizar mediante un escrutinio estricto todas las leyes, normas, prácticas y políticas públicas que establecen diferencias de trato basadas en el sexo, o que puedan tener un impacto discriminatorio en las mujeres en su aplicación”; “de considerar en sus políticas adoptadas para avanzar la igualdad de género el particular riesgo a violaciones de derechos humanos que pueden enfrentar las mujeres por factores combinados con su sexo, como su edad, raza, etnia y posición económica, entre otros”⁵.

En ese marco, corresponde ahora determinar la importancia de la incorporación de los estándares con perspectiva de género en los fallos constitucionales con el fin de maximizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución Política del Estado.

Incorporación de los estándares internacionales sobre violencia contra la mujer basada en género en los fallos constitucionales

Siguiendo al profesor Sagüés⁶, una interpretación sistemática de los arts. 13.IV,

5 Clérigo y Novelli. La Violencia contra las Mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Rev. Estudios Constitucionales, Año 12, N° 1, 2014, pp. 15-70.

6 Sagüés, Néstor Pedro, Obra: “Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, al derecho interno”, Texto originalmente publicado en la obra Presente y Futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez, IIDH. Establece cuatro alternativas básicas de recepción nacional de un tratado

256, 410.II de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPE), se tiene que el modelo de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al sistema jurídico interno, guarda elementos concurrentes con las dos primeras alternativas por éste propuestas. Al Supraconstitucionalismo, dado que expresamente se reconoce la aplicación preferente de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, aunque supeditada al reconocimiento de mejores derechos por parte de dichos instrumentos.

Y, al *Constitucionalismo*, pues con base en el art. 410 de la CPE, se consolida la doctrina del Bloque de Constitucionalidad, el cual no sólo se encuentra integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de derechos humanos sino, en una interpretación integradora de los citados arts. 13.IV y 256.II y gracias al proceso dialógico llevado adelante particularmente con los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (CIDH y Corte IDH), también son parte del mismo, la interpretación sobre los derechos humanos consagrada en el *corpus iuris interamericano* a la luz de los arts. 1, 2 y 29 de la CADH, configurándose así el *bloque de convencionalidad boliviano*⁷, fundado sustancialmente en la labor interpretativa realizada por el Tribunal Constitucional Plurinacional a momento de efectivizar la tutela constitucional reservada a este en virtud del art. 196 de la CPE, a través de los mecanismos establecidos al efecto.

sobre derechos humanos: 1) "Supraconstitucionalización"; 2) "Constitucionalización"; 3) "Subconstitucionalización de primer grado"; y, 4) "Equiparación Legislativa".

- 7 En la SC 0110/2010-R de 10 de mayo, se realizó una interpretación extensiva y evolutiva del art. 410.II de la CPE, consagrando que: "... el art. 410 de la CPE, determina los alcances del bloque de constitucionalidad, incorporando al rango constitucional a todos los Tratados Internacionales ratificados por Bolivia que versen sobre Derechos Humanos. (...)

...las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del 'Estado Constitucional' enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos".

En relación al bloque de convencionalidad boliviano, ver la SC 1888/2011-R de 7 de noviembre, en la cual se estableció que "...el Tribunal Constitucional, como órgano encargado de la defensa de los derechos humanos, el control de constitucionalidad y competencial, realiza también entre sus labores, el control de Convencionalidad, resguardando la compatibilidad del sistema normativo interno con el bloque de constitucionalidad integrado formalmente al plexo jurídico boliviano..."

Ahora bien, establecido como se encuentra el modelo de incorporación del derecho convencional al derecho interno, así como los mecanismos constitucionales creados al efecto, cabe resaltar aquellos importantes pronunciamientos emitidos por la jurisdicción constitucional en observancia de los estándares en la materia, destacando en esa línea, lo razonado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, instancia que preponderó la labor del poder judicial, -ergo, constitucional- en la protección de los derechos y las libertades individuales de las mujeres y de su respuesta efectiva ante las violaciones de derechos humanos, estableciendo como premisa que ***“...el poder judicial constituye la primera línea de defensa a nivel nacional, para la protección de los derechos y las libertades individuales de las mujeres”***⁸. El poder judicial, también se constituye en un actor fundamental en el desempeño de la responsabilidad del Estado de actuar con la debida diligencia, por cuanto a través de los fallos judiciales envía un mensaje social de “no tolerancia a la violencia sexual”⁹, de donde se asume que abarca con igual fuerza, el rechazo a todo tipo de violencia ejercida contra la mujer por el solo hecho de serlo; es decir, basada en prejuicios y estereotipos sociales y culturales que esgrimen los esquemas de dominación de los hombres sobre las mujeres en sociedades patriarcales.

Ahora bien, como fue anunciado, como un primer importante precedente a destacar respecto a la incorporación de la perspectiva de género en la labor que despliega este Tribunal, se tiene el caso resuelto en la **SCP 0033/2013 de 4 de enero** en el que la accionante denunció que pese a haber solicitado medidas de protección dentro del proceso penal que inició por la agresión y amenazas que empleó el demandado en contra suya, las mismas no hubiesen sido adoptadas. Al respecto, este Tribunal asumió que:

“...el deber de los fiscales de otorgar protección a las presuntas víctimas de un delito no es potestativo sino se desprende de la gravedad y circunstancias del propio caso (...) la adopción de medidas preventivas y de protección, deben ser de oficio, en este sentido, la falta de adopción de medidas preventivas y de celeridad en la investigación de casos de violencia en razón de género no sólo puede pesar en el éxito de la investigación sino provoca desconfianza y descrédito en la justicia, pudiendo incluso significar un mensaje inequívoco a

8 Ídem., CIDH. Acceso a la justicia...

9 Ídem.

los agresores de continuar la escalada de violencia, en este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gonzáles y otras vs. México sostuvo: “...La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia...”

“...las autoridades fiscales no sólo deben buscar sancionar toda forma de violencia hacia las mujeres y el feminicidio sino prevenirlo independientemente a la gravedad del delito investigado que puede encubrir este tipo de problemática, además recuerda que nuestra Constitución y los Tratados de derechos humanos le obligan a otorgar la debida seriedad a toda denuncia que por irrelevante que parezca pueda encubrir violencia en razón de género pues (...) los procesos de violencia en razón de género justamente son progresivos e invisibles y consumen muy lentamente a sus víctimas obligándolas inclusive en ciertos casos al suicidio, conductas respecto a las cuales las y los servidores públicos no deben acostumbrarse sino combatir...”

Otra causa también relevante, específicamente referida a las víctimas de violencia sexual, es el contenido en la **SCP 0776/2019-S4 de 12 de septiembre**, en el que el accionante –imputado en la causa penal– denunció la lesión de sus derechos a la defensa y el debido proceso por la negativa de la autoridad Fiscal demandada de entregarle copias del CD o DVD con el contenido de las declaraciones del hecho delictivo prestadas por las víctimas de violencia sexual (violación y abuso sexual). Sobre ello, efectuando la aplicación del test de proporcionalidad sobre la restricción de los derechos del imputado en confrontación con el derecho de las víctimas de violencia sexual a la dignidad e intimidad se asumieron los siguientes razonamientos: respecto al elemento **idoneidad de la medida**, se estableció que *“...cumple con una finalidad de resguardar el derecho a la dignidad de las víctimas aludidas (...) está plenamente justificada por la protección de la que son objeto las mujeres que sufren ese tipo de agresión y la debida diligencia que deben observar los operadores de justicia y encargados de la persecución penal sobre el resguardo de la prueba”*. En cuanto a la **necesidad de la medida**, se entendió que *“resultó necesaria a los fines de garantizar no solo el cumplimiento de las obligaciones convencionales asumidas por el Estado en materia de derechos humanos, sino principalmente, de resguardar el derecho a la dignidad humana de las víctimas*

(...) únicamente tuvo la finalidad de evitar que las declaraciones prestadas por las víctimas contenidas en medio magnético sea propagadas, saliendo de la cadena de custodia, con posible riesgo de provocar su victimización”; y, finalmente, en cuanto a la **proporcionalidad**, se asumió que la medida asumida por el Fiscal de Materia “...de modo alguno resulta arbitraria –ni– lesiva de los derechos del accionante; toda vez que, la misma tuvo como fundamento una ponderación entre el derecho a la defensa de éste, y el derecho a la dignidad e intimidad de la presunta víctima del delito de violación investigado (...) la medida de restricción de obtención de una copia del referido medio magnético, además de ser idónea, resulta necesaria y proporcional por la especial naturaleza del caso concreto y el grado de afectación a la víctima”.

Finalmente, incumbe destacar que en al **SCP 0824/2019-S4 de 12 de septiembre**, al resolver una presunta lesión del derecho a la vida a raíz de una supuesta actitud negligente de parte de las autoridades y funcionarios demandados, en el cumplimiento de las medidas de protección dispuestas en favor de la accionante dentro de un proceso penal seguido por la presunta comisión del delito de violencia familiar o doméstica, en la *ratio decidendi* del fallo en cuestión se determinó que: “(...) si bien la **acción de libertad puede constituirse en el medio idóneo y efectivo para la protección del derecho de la mujer a tener una vida libre de violencia**, no obstante el mismo debe encontrarse íntimamente relacionado con los derechos cuyo ámbito de protección se encuentren en la configuración constitucional y procesal de este mecanismo, en particular con el derecho a la vida, como el bien jurídico más importante de cuantos consagra el orden constitucional (énfasis añadido)”; razonamiento que apertura la posibilidad de que vía acción de libertad se tutele el derecho de las mujeres a tener una vida libre de violencia (de manera específica), en cuyo caso también procederá la abstracción del principio de subsidiaridad excepcional, que obliga a la parte accionante, previamente a activar la jurisdicción constitucional, agotar todos los mecanismos intra-procesales previstos por ley para resolver la vulneración de derechos denunciada.

CONCLUSIONES

La Constitución Política del Estado vigente, incorpora como parte del bloque de constitucionalidad los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, y en el caso particular, aquellos referidos al derecho de las mujeres

a vivir una vida libre de violencia (Belém do Pará; CEDAW) otorgándoles la misma jerarquía constitucional (art. 410 CPE); aplicando para ello la doctrina del bloque de convencionalidad (arts. 256.I y 410 de la CPE); y la eficacia de la cláusula de interpretación conforme (arts. 13.IV y 256.II de la CPE), ejerciendo así, un control de convencionalidad tendiente a la aplicación progresiva de los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y la interpretación de éstos por parte de las instancias internacionales de protección, estándares que corresponden ser y son aplicados de manera directa por la jurisdicción constitucional en el ejercicio del control tutelar de constitucionalidad encomendado a éste, es decir en la resolución en revisión, de aquellas acciones de defensa que hubieren sido promovidas, en defensa de dicho derecho.

En ese sentido, resulta insoslayable la trascendental importancia de la delicada labor del administrador de justicia constitucional en los casos en los que están involucrados los derechos de mujeres y niñas, por cuanto para su resolución debe aplicar el enfoque de género de manera directa o de forma transversal, procurando, la efectivización de su derecho a vivir una vida libre de violencia, así como el cumplimiento de la obligación indeclinable del Estado boliviano de adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar muerte, dolor y sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado (art. 15.III CPE).

Para dicho cometido los administradores de justicia constitucional deben contar con una visión sensible con la problemática de la violencia contra las mujeres en razón de género, con el fin de lograr la real efectivización de sus derechos y libertades, en especial el derecho a la igualdad y no discriminación y a vivir una vida libre de violencia, vinculados al derecho a la dignidad conforme al reconocimiento expreso que efectúa la Norma Fundamental en el art. 15.II, sobre la especial situación de vulnerabilidad de las mujeres a sufrir violencia en razón de género, al establecer que todas las personas, “en particular las mujeres” tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad.



REFERENCIAS

- CEDAW. (1992). *Recomendación General N° 19: La Violencia contra la Mujer*. 11° período de sesiones. 29 de enero de 1992. Naciones Unidas.
- Clerico, Laura y Novelli, Celeste. (2014). *La Violencia contra las Mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista de Estudios Constitucionales. Año 12, N°1.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Acceso a la Justicia Para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica*. 9 de diciembre de 2011.
- Constitución Política del estado [CPE]. (2009). 7 de febrero de 2009 (Bolivia). Gaceta Oficial de Bolivia.
- Corte Interamericana sobre Derechos Humanos [Corte IDH]. (2009). *Sentencia pronunciada en el caso Gonzáles y otros (Campo algodónero) vs. México*. 16 de noviembre de 2009.
- Sagúes, Néstor Pedro. (2003). *Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, al derecho interno. Presente y Futuro de los derechos humanos*. Pag. 45-52
- Tribunal Constitucional [TC]. (2010). *Sentencia Constitucional*. 0110/2010-R. Sala Plena. 10 de mayo de 2010.
- Tribunal Constitucional. [TC]. (2011). *Sentencia Constitucional*. 1888/2011-R. Sala Plena. 7 de noviembre de 2011.
- Tribunal Constitucional Plurinacional [TCP]. (2013). *Sentencia Constitucional Plurinacional*. 0033/2013-S3. Sala Tercera. 4 de enero de 2013.
- Tribunal Constitucional Plurinacional [TCP]. (2019). *Sentencia Constitucional Plurinacional*. 0776/2019-S4. Sala Cuarta Especializada. 12 de septiembre de 2019.
- Tribunal Constitucional Plurinacional [TCP]. (2019). *Sentencia Constitucional Plurinacional*. 0824/2019-S4. Sala Cuarta Especializada. 12 de septiembre de 2019.



Olvis Egüez Oliva¹



LA EDUCACIÓN Y DESPATRIARCALIZACIÓN COMO PRINCIPALES ARMAS EN CONTRA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

¹ Licenciado en Derecho de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno. Diplomado en Derecho Procesal Penal, Diplomado en Lucha Contra la Corrupción y Recuperación de Bienes para Jueces y Tribunales Especializados en la Materia. Magister en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno.

Actualmente es Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia electo por el departamento de Santa Cruz, entre otras funciones fue: Oficial de Diligencias del Órgano Judicial, Asesor Jurídico de la Escuela Nacional de Teatro, Asistente Legal del Ministerio Público de Santa Cruz, Fiscal Asistente del Ministerio Público de Santa Cruz, Fiscal Asistente del Ministerio Público, Fiscal de Materia del Ministerio Público de Santa Cruz, Coordinador Departamental de la Fiscalía Especializada, Responsable Nacional del Área de Seguimiento en Persecución de Delitos de Corrupción del Ministerio Público de Sucre, Fiscal Departamental de Pando, Fiscal Responsable de la Fiscalías Especializadas en Persecución de Delitos de Corrupción.

La educación y despatriarcalización como principales armas en contra de la violencia de género

Olvis Egüez Oliva

RESUMEN

Nuestro Estado Plurinacional, a través de las instituciones encargadas de la administración de justicia y, en especial las de justicia penal, ha tomado mayor conciencia en los últimos años, de la transgresión a los Principios consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que constituye la violencia de género; y en especial, la violencia familiar o doméstica, que mereció, la creación de normativa específica e inclusive, un específico tipo penal en nuestro ordenamiento jurídico sustantivo penal.

Surge entonces la interrogante: ¿cuáles son los factores que causan o acrecientan la violencia de género en nuestra sociedad?, entendiendo a esta violencia como cualquier acto violento o agresión, basados en una situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de dominación de los hombres sobre las mujeres que tenga o pueda tener como consecuencia un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas de tales actos y la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si ocurren en el ámbito público como en la vida familiar o personal.

Pues bien, me permito exponer los que considero son algunos de los más relevantes; entre ellos, se encuentran los patrones socioculturales discriminatorios basados en consideraciones de género, que son la base de una discriminación estructural de los Derechos Humanos, y a su vez, son elementos intrínsecos del patriarcado existente, como sistema de organización social basado en la idea de autoridad y liderazgo del hombre sobre la mujer, que ocasiona una discriminación sistemática basada en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación, que incide en los altos índices de violencia familiar o doméstica.

Lamentablemente, nuestra sociedad boliviana, no ajena a muchas otras, en el pasar de los años asignó roles a las mujeres sobre la base de estereotipos de género, imponiendo conductas, características y papeles que subordinan a la mujer, mismos que se ven reflejados en políticas y prácticas como la descalificación de



la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos.

Palabras Clave

Perspectiva de género, sexo y género, dominación y subordinación, patriarcado, androcentrismo, desigualdad, discriminación, inferioridad y opresión, violencia basada en género, educación y despatriarcalización.

DESARROLLO

Como Estado, nos encontramos en la obligación de adoptar medidas integrales que prevengan los factores de riesgo y a la vez fortalezcan las instituciones, para que estas puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer, máxime si, dicha obligación contenida en la Convención Americana, es reforzada a partir de la Convención Belém, do Pará.

Siendo así, en casos de violencia contra la mujer, ciertos instrumentos internacionales, resultan útiles para precisar y dar contenido a la obligación estatal reforzada de investigarlos con la debida diligencia, como la adopción o implementación de normas y medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana; y, artículo 7.c de la Convención Belém do Pará.

Resulta neurálgico para nuestra administración de justicia, enmarcados en la Garantía Constitucional de Acceso a la Justicia, el reforzar la eficacia judicial en los casos de violencia de género, a efectos de no propiciar un ambiente de impunidad que facilite o promueva la repetición de los hechos de violencia y sean parte del diario vivir de sectores vulnerable.

Siendo así, más allá de la supervisión de la correcta administración de justicia, competencia de los Tribunales y Juzgados de nuestra jurisdicción ordinaria, en respeto a las obligaciones internacionales del Estado derivadas de los artículos 8 y 254 de la Convención Americana, la supervisión de la correcta administración de justicia, a través de políticas públicas judiciales como ser: la evaluación de la gestión judicial, la evaluación del desempeño, evaluación de la utilización de

recursos humanos y materiales, evaluación del servicio justicia, evaluación de resultados, entre otras.

Ahora bien, considerando la despatriarcalización como una arma en contra de la violencia de género; resulta pertinente previamente distinguir ciertos conceptos que hacen a la materia, como ser “sexo” y “género”, términos que son constantemente aplicados en el ámbito de perspectiva de género y por ello, debemos tener una idea clara sobre los mismos; siendo “el sexo lo biológicamente dado, el género es lo culturalmente construido, es el conjunto de características, actitudes y roles social, cultural e históricamente asignado a las personas en virtud de su sexo”.²

De acuerdo con la autora Marta Lamas, en la actualidad se nombra género “a la forma en que las sociedades simbolizan la diferencia anatómica y esa lógica cultural es la fuerza subyacente que impide tratar a hombres y a mujeres, a heterosexuales y a homosexuales, a transexuales y a personas intersexuales, como ciudadanos ‘iguales’. Las diferencias que los seres humanos manifiestan en torno a su sexuación, su identidad sexual y sus prácticas sexuales se han traducido socialmente en desigualdad, discriminación, estigmatización y, en ocasiones, en linchamiento social y muerte”.³

Igualmente, la discriminación contra la mujer y contra personas que tienen diferente orientación sexual e identidad de género se enmarcó dentro de un sistema socio-cultural de dominación y subordinación que se denomina patriarcado, en el cual se sustenta ideológicamente en preceptos androcéntricos; es decir, en una mirada masculina del universo, con los que se pretende justificar prácticas de discriminación de violencia basada en los roles atribuidos como naturales y biológicos de unos y otros, como también asentada en el típico discurso de superioridad de lo masculino sobre lo femenino, imponiendo de esa forma una idea cerrada y primitiva “que busca, a su vez, controlarlas y mantenerlas dentro del modelo que el patriarcado ha querido imponerles: el de la mujer sumisa,

2 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Protocolo para juzgar con perspectiva de género, México DF, 2013, p.62.

3 LAMAS, Marta, “Dimensiones de la diferencia”, en Rodolfo Vásquez y Juan A. Cruz Parceró, coords., Género Cultura y Sociedad, México: Fontamara-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012. P.1.

madre, hija o esposa”.⁴, por lo que tal idea, se origina debido a patrones culturales arraigados que concluyen en ideas misóginas de superioridad del hombre, como ya se señaló, de discriminación o desprecio contra la mujer, e incluso en grados más elevados de discriminación, un desprecio a la propia vida de las mujeres (feminicidios), haciendo creer al hombre que por tales elementos culturales y su sistema de creencias tendría el poder suficiente para determinar la vida y el cuerpo de una mujer, para castigarla o sancionarla, y en última instancia, para preservar los órdenes sociales de inferioridad y opresión. En ese sentido, son tales elementos culturales los que le permiten al victimario que se vea reforzado como hombre a través de la conducta realizada.

Por lo anteriormente expuesto, la perspectiva de género puede ser entendida como una categoría de análisis que sostiene que las diferencias entre hombres y mujeres se explican a partir de las condiciones sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas, históricamente creadas para determinar la vida de hombres y mujeres a partir de su sexo biológico. Este análisis, que en su conjunto se conoce como “sistema sexo-género” permite comprender y profundizar sobre el comportamiento aprendido diferencialmente entre hombres y mujeres. La perspectiva de género explica así, cómo los hombres y las mujeres históricamente han estado regulados por comportamientos permitidos, esperados, negados o condenados por el ambiente social en que viven, el cual está basado en las ideas de la dominación masculina que plantean, como fundamento principal, la inferioridad de las mujeres y la superioridad de los hombres sobre ellas; sin embargo, tales criterios culturales del pasado, que mantienen una discriminación y desigualdad entre hombres y mujeres, deben quedar atrás hoy por hoy; y, fue precisamente que el Estado boliviano con dicha postura, en la promulgación de la actual Constitución Política del Estado, es que consideró desde su preámbulo, que Bolivia es un Estado **basado en el respeto e igualdad** entre todos y con principios de dignidad, solidaridad, armonía, entre otros, y con respecto a la pluralidad social y cultural de los habitantes bolivianos, sustentándose bajo el **cumplimiento de los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad**, solidaridad, respeto, armonía,

4 Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ONU Mujeres, Únete Latinoamérica-Campaña del secretario general de las Naciones Unidas para poner Fin a la Violencia contra las Mujeres, Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género (feminicidio/femicidio), Panamá, p.38.

igualdad de oportunidades, **equidad social y de género** en la participación, bienestar común, etc., para “vivir bien”; y entre sus fines, determinó expresamente el de establecer una sociedad justa y armoniosa, **sin discriminación** y garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y **protección e igual dignidad** de las personas.

Asimismo, nuestra Ley Suprema de manera clara prohíbe y sanciona **toda forma de discriminación fundada en razón de sexo**, color, edad, **orientación sexual, identidad de género**, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, estado civil, condición económica o social, **embarazo**, u otras que tengan por objetivo o resultado **anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio**, en condiciones de igualdad, **de los derechos** de todos los bolivianos; debiendo garantizar el Estado a todas las personas, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución, las Leyes y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, ya que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico boliviano conforme el bloque de constitucionalidad previsto en el artículo 410 de la Constitución Política del Estado; debiendo recordar que tales criterios protectores y garantistas de nuestra Constitución, naturalmente se encuentran estrechamente relacionados con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 7) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer - Convención de Belém do Pará (artículo 9); por consiguiente, todo ciudadano boliviano debe erradicar de su comportamiento toda forma de discriminación o violencia contra las mujeres y desde luego, ese criterio arcaico del patriarcado; ya que, actualmente cualquier forma de violencia contra las mujeres es considerado como una violación a los derechos humanos, tutelados a nivel internacional como también debe ser en nuestro estado boliviano, bajo el cabal cumplimiento: a la normativa sobre Derechos Humanos y a todo Tratado o Convención contra la violencia de la mujer, desde luego, que Bolivia suscriba y/o ratifique, en pro de una mejor forma y calidad de vida a este sector latentemente vulnerable en la sociedad hoy en día, brindando el Estado una vida libre de violencia conforme al respeto y acatamiento a los principios, valores y derechos consagrados en nuestra Constitución.

Es así que, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoció la importancia de la citada Convención Belém do Pará; puesto que, es el único



Instrumento Interamericano que incluye una definición de la violencia contra un grupo particular, definiendo tal Convención a la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado; por lo que, la Corte Interamericana sostiene que la discriminación contra las mujeres incluye “violencia basada en género”, la cual fue definida como violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada, señalando que en los patrones de asesinatos de mujeres, la violencia sólo puede ser comprendida en el contexto de una desigualdad de género socialmente arraigada, que es influenciada por una cultura de discriminación contra las mujeres.

Por consiguiente, la violencia de género tiene vinculación con la despatriarcalización, entendida, de manera genérica, como la modificación de las relaciones de poder, de dominación, basadas en la idea (equivoca) de superioridad del hombre sobre la mujer que propicia el patriarcado, definido como una construcción social en la que “el control de los recursos económicos, políticos, culturales, de autoridad o de autonomía personal, entre otros, están en manos masculinas”⁵; por lo que, supone una definición de las estructuras sociales a partir de los intereses de lo masculino, asegurando de esa forma la hegemonía sobre lo femenino a partir de prácticas que se naturalizan dentro de la sociedad. Bajo lo manifestado, todo el esqueleto institucional, las estructuras sociales y el imaginario colectivo tienen como finalidad reproducir ese sistema social; empero, tal tarea (despatriarcalización) este año en particular es un reto primordial y debe ser materialmente combatido para lograr el cumplimiento de tal importante desafío; puesto que, en enero de este año, se declaró el “Año de la Despatriarcalización para frenar la violencia machista” en el Estado Plurinacional, considerándose para Bolivia, el 2022 como el año de la Revolución Cultural para la Despatriarcalización a fin de establecer actividades dedicadas a luchar contra la persistente violencia doméstica y principalmente contra los feminicidios, que desde el año 2015 superan el centenar de casos anuales, debiendo promoverse acciones orientadas desde todos los ámbitos del Estado a la lucha contra la violencia sobre las mujeres, para lograr de una vez y de

5 COBO, Rosa, Despatriarcalización y agenda femenina, Ponencia presenta en el Seminario Internacional Mujeres en diálogo: Avanzando hacia la despatriarcalización en Bolivia. La Paz, 26 y 27 de septiembre de 2011, p.2.

manera eficaz, un verdadero fortalecimiento a una cultura despatriarcalizadora en este año, dado que los casos de feminicidios durante el 2021 fueron en aumento, tal como lo señaló la Ministra de la Presidencia, María Nela Prada en conferencia de prensa el 06 de enero del presente; por lo que, tal aspecto debe llamarnos a la reflexión como ciudadanos bolivianos, orientándonos a una movilización y acción constante, no debiendo quedar en simples preocupaciones esta temática de violencia de género, correspondiendo iniciar con acciones, programas y talleres de capacitación y educación a la población en general y desde luego a los sistemas educativos de Bolivia, sobre la forma de aplicar la perspectiva de género en nuestras interrelaciones humanas, la eliminación de la violencia contra la mujer, la cual es sujeto activo de derechos, que deben ser respetados y la importancia de esos derechos humanos que tiene este sector latente y constantemente vulnerable en la actualidad, como también la capacitación de los mecanismos legales de defensa y procedimiento respectivo a seguir ante la vulneración de sus derechos.

Continuando con el término de despatriarcalización para evitar la violencia de género, éste resulta ser amplio y al presente se vincula a la descolonización, haciendo referencia (ambos términos), a una articulación compleja que posibilitaría “combatir estos y otros horizontes políticos, uniendo las luchas de las mujeres, con las de los pueblos indígenas y con otras luchas más”⁶; y justamente en un criterio similar es que la autora “Marcela Lagarde y de los Ríos”, en su ponencia Claves Feministas para la despatriarcalización, desarrollada en el Seminario Internacional Mujeres en Diálogo. Avanzando hacia la despatriarcalización en Bolivia, expresó que *“las sociedades que fueron colonizadas, aunque ahora sean independientes, presentan una profunda marca del patriarcalismo colonial, resultante de la combinación de los patriarcados precoloniales autóctonos y los aportados por el colonialismo. Por eso es nodal que cualquier proceso de descolonización incluya la despatriarcalización. De no ser así, lo descolonizado continuará siendo patriarcal”*; entonces y conforme a lo anteriormente mencionado, se puede advertir que desde una perspectiva despatriarcalizadora y descolonizadora, se pretende asentar a la teoría de género en un contexto específico de clase, raza, edad, etnia, cultura, nación, sexo, nivel de instrucción; por lo que, se requiere eludir de las

6 ESTRADA PONCE, Cecilia, Propuesta Feminista sobre el Patriarcado: Nulos para su desestructuración. Dilemas, estrategias y retos feministas en el proceso de cambio, Ponencia presentada en el Seminario Internacional Mujeres en diálogo: Avanzando hacia la despatriarcalización en Bolivia, 26 y 27 de septiembre de 2011 en La Paz-Bolivia, p.15.



tentaciones esencialistas y reconocer la existencia de diversas luchas, que se relacionan con un proyecto global de transformación desde múltiples proyectos emancipatorios; en síntesis, no hay luchas más importantes que otras, y en ese sentido, se puede determinar una relación horizontal, entre la descolonización y la despatriarcalización.

La sociedad patriarcal usa la capacidad reproductiva de las mujeres, la maternidad para asignarles el espacio privado del hogar (donde las mujeres cumplen con roles que les han sido asignados por ser mujeres) y a los varones el mundo de lo público (el espacio en el que se toman decisiones, se produce, se participa, donde se asienta el poder económico, el prestigio social y el reconocimiento, y donde se delega representación a los gobernantes). Entonces en una sociedad patriarcal también se produce una división de los espacios, el privado para las mujeres y el público para los hombres, asignado al mismo tiempo un valor diferenciado para ambos espacios. Se establece también un contrato sexual en que las mujeres son pactadas, y en las que determina que unas deben obediencia a los otros. Este contrato se funda en el matrimonio y en la exclusión de las mujeres en lo público (del poder político, económico, cultural). Por este contrato patriarcal las mujeres deben sumisión y los varones prometen como una supuesta recompensa a cambio, una protección, tutela y representación en el espacio público. Este contrato sexual, por tanto, se crea sobre una relación de subordinación evidente de las mujeres respecto de los varones.

Nuestra sociedad nos plantea ciertos modelos a los que las mujeres y los hombres debemos responder. Estos modelos, llamados también estereotipos, son guías de conducta de cómo ser mujer y cómo ser hombre. A continuación, pensemos cuáles son las características que en nuestra sociedad se les asigna a las mujeres y a los hombres: Aunque los estereotipos van cambiando de acuerdo a cada sociedad, existen algunos que se mantienen en la mayoría de nuestras sociedades. Mientras que lo femenino se identifica con lo emocional, los afectos, la intuición, la moralidad, el cuidado; lo masculino se relaciona con la razón, objetividad, poder, violencia, éxito, libertad, autonomía, autoridad, competencia, proveedor y apropiador de las cosas y de los otros. El problema con la asignación de espacios, características y roles, está en que van acompañadas de una valoración diferente y desigual de lo que se considera femenino y masculino.

Entre las características más usuales que tenemos del patriarcado, tenemos las siguientes formas:

a) Es sexista porque se basa en la superioridad de un sexo (el masculino) sobre el otro (femenino) y tiene distintas formas de expresión: **1) El Androcentrismo**, que consiste en ver el mundo desde lo masculino, tomando al hombre como parámetro de la humanidad. El hombre aparece como centro de todos los conocimientos y de la humanidad, un ejemplo básico de ello está que, en varios casos, los libros de biología en los que aprendemos en la escuela, sólo nos muestran cuerpos de hombres, como también en los libros de historia no visibilizan la participación de las mujeres. **2) La Misoginia**, que es cualquier conducta o comportamiento de odio manifiesto hacia las mujeres o género femenino, que pretenda o logre vulnerar sus derechos humanos. El feminicidio es la máxima expresión de la misoginia; y, **3) El Machismo**, que es la forma agresiva, torpe y grosera en la que se portan algunos hombres, maltratando y despreciando a las mujeres, denigrando su condición y menoscabando el ejercicio de sus derechos. El machismo, se expresa a través de la violencia doméstica, el lenguaje sexista, los chistes, la publicidad, el acoso político y otros.

b) Es autoritario porque no respeta otras formas y concepciones de convivencia social, abusa del poder para imponerse y sancionar material y/o simbólicamente a las personas que viven o piensan diferente.

c) Es adultista porque discrimina a partir de la edad; las personas adultas se atribuyen la potestad de ejercer el poder con actitudes impositivas hacia la niñez, la adolescencia, y a los/as adultos/as mayores, así como a personas discapacitadas. Los hijos e hijas, al igual que las mujeres son propiedad del hombre adulto.

d) Es homofóbico porque sostiene y ejerce ideas y prácticas de aversión, odio, prejuicio o discriminación contra hombres o mujeres homosexuales o lo que es lo mismo, personas con atracción sexual por otras de su mismo sexo.

e) Es racista porque es un sistema que valora y brinda oportunidades a las personas en base a sus características biológicas y/o culturales, en



provecho de un grupo y en perjuicio de otro, presumiendo la superioridad de unos/as sobre otros/as.

El racismo se manifiesta de manera abierta a través de los insultos: “indio, chola, cunumi, gorda, fea, gordo, tonta, pelón, negra, bruta, estúpido, etc.” o puede estar encubierto como cuando en restaurantes, tiendas, gasolineras, discotecas, confiterías, o en un campo deportivo, se atiende de mejor manera a ciertas personas de acuerdo a su apariencia en desmedro de otras. El racismo es un problema de valores causado por las diferencias sociales, culturales y políticas.

Entre las instituciones sociales más comunes que reproducen el patriarcado, sistema antiguo que se ha mantenido durante muchos años debido a que se reproduce y adapta a diferentes épocas y sociedades, son: 1) la familia; 2) la escuela; y, 3) los medios de comunicación, entre otros.

1. La familia, ya que es el primer espacio en el que las niñas y niños aprenden sus primeros hábitos, pensamientos, valores y relaciones, que definirán la forma de vida y actitudes que asumirán frente a la vida y la sociedad, en el futuro. Algunas de las principales funciones que la familia cumple son las siguientes:

- **Educativa-socializadora.** Un objetivo importante de la familia es la integración de los y las integrantes más jóvenes en el sistema establecido.
- **Psicológica.** Es la satisfacción de la necesidad y el deseo de afecto, seguridad y reconocimiento, para las y los integrantes de la familia. También se incluiría el cuidado a los miembros de más edad.
- **Establecimiento de roles.** Según las culturas y en relación directa con el tipo de economía prevaleciente, las familias varían en su estructura de poder y, en consecuencia, en la distribución y establecimiento de roles. Son patriarcales aquellas familias donde el marido toma las decisiones sin consultar ni debatir con los otros integrantes de las familias. De acuerdo a estas funciones que señalamos, la familia es pues un importante espacio en el que desde muy pequeñas/os, las niñas y los niños pueden aprender valores de igualdad entre mujeres y hombres y la importancia del respeto de los derechos y oportunidades para todas las personas. En ese sentido, es muy trascendental que todos/as los/as integrantes de la familia compartan las diferentes tareas del hogar y que de acuerdo a las posibilidades

económicas se beneficien de las oportunidades que puedan brindarles. Por lo tanto, así como la familia puede ser la primera instancia que reproduce el patriarcado, también puede ser la primera en iniciar la transformación de las relaciones desiguales por otras de mayor equidad entre sus propios miembros; y, replicando luego tal transformación en la sociedad.

Es entonces que, por intermedio de la familia, las sociedades transmiten o comparten valores y costumbres a las hijas e hijos. La lengua, el modo de vestir, la manera de celebrar los nacimientos o de enterrar a los muertos, las estrategias para el trabajo y la producción, la manera de pensar y de analizar la historia, los modos comunitarios de aprender o de relacionarse con otras personas o grupos sociales, son todas herencias culturales que se transmiten en las familias.

2.- La escuela porque la educación, como institución social juega un importante rol en la socialización de las nuevas generaciones. Al igual que la familia puede ser un espacio en el que se mantienen y transmiten las costumbres y valores patriarcales o en las que se las cuestionen y transformen de manera material y efectiva. La educación en la escuela puede jugar dos roles:

- Asegurar la continuidad social, nuestras diferentes sociedades tienen como fin reproducirse y mantener su identidad a lo largo del tiempo, para ello transmiten a las nuevas generaciones todo el patrimonio cultural acumulado por las generaciones anteriores. En este sentido, la sociedad busca mantener sus tradiciones, usos y costumbres y lo hace también a través de la educación para formar mujeres y hombres con los moldes que se cree deben reforzarse.
- Promover el cambio social, empero, al mismo tiempo las sociedades deben adaptarse a nuevos momentos y nuevas visiones, a veces es necesario renovar viejas estructuras y asegurar su supervivencia y progreso. Por estas razones, también puede contribuir a preguntarnos qué cosas queremos cambiar de nuestras culturas y sociedades y cómo lo podemos hacer, nos desafía a ser más creativos para promover y preparar el terreno para el cambio social. **La escuela y el sistema educativo cumplen con la tarea de preparar a las personas para la vida social**, para su integración a las normas y principios y también puede ser un instrumento para mejorar las



condiciones de vida de las diferentes personas.

Es por tal motivo, que las escuelas tradicionalmente trabajaron con un modelo diferenciado, con roles separados para los hombres y las mujeres, y a manera de ejemplo tenemos: listas de asistencia divididas por el sexo de cada estudiante; filas de formación separadas: las niñas en una fila y los varones en otra; clases de educación física, agropecuaria, labores de manualidades y otras con tareas diferentes para las niñas y los niños; instrumentos musicales que no pueden ser usados por las niñas; el patio de juego empleado con mayores privilegios por los niños; libros de texto en los que no aparecen las mujeres y sus contribuciones al desarrollo del país; o, el lenguaje empleado se dirige exclusivamente a los varones, las mujeres o no existen, son invisibles o no son mencionadas.

3.- Los Medios de Comunicación porque tienen un rol importante en la sociedad actual por su capacidad para transmitir información, percepciones y valores que contribuyen a formar corrientes de opinión pública; es por ello, que son un importante instrumento para mantener o modificar los principios y bases del patriarcado y las condiciones de desigualdad entre mujeres y hombres. Diferentes programas como las películas, novelas, series, algunos “reality show” (telerrealidad) o televisión de vida real, etc., reproducen modelos rígidos y patriarcales de cómo deben ser las mujeres y los hombres, estableciendo los clásicos estereotipos que relacionan la belleza, la maternidad y los roles domésticos con las mujeres (ámbito privado) y la fuerza, inteligencia y poder con los hombres (ámbito público). De igual manera, la publicidad puede ser utilizada para resaltar como atributo principal de las mujeres su cuerpo y belleza y en los hombres su capacidad de producir bienes, generar ingresos económicos y de dominar a otros seres, los cuales son estereotipos claros del patriarcado.

Es por ello, que, para lograr la despatriarcalización y descolonización, se deben considerar los siguientes desafíos:

- Desmontar, desarmar lo que asumimos como verdades, los intentos de copiar lo de afuera, desconfiar de nuestras verdades, tenemos que cuestionarlas, remirarnos desde lo propio, posicionarse desde nuestras realidades y diversidades.
- El sentimiento de competencia entre excluidos, la salvación de unos

pocos a costa de otros. Procesos de división entre las mujeres, son diferentes, pero están del mismo lado. Descolonizar es hacer realidad el Estado Plurinacional, como vivimos lo plural con acuerdos de convivencia entre diferentes y diversidad.

- ¿El proceso colonial ha concentrado el poder en pocas personas (Político, económico) Cómo rompemos las lógicas de concentración del poder? Como generamos sociedades más participativas tomando decisiones descentralizadas.
- Cambiar las bases económicas del Estado, cómo rompemos esos mecanismos de saqueo de la riqueza, desconcentración y pasamos a la redistribución, mayor equidad e igualdad.
- No es posible descolonizar sin despatriarcalizar, son dos pies juntos que atacan las estructuras de poder, cuestionando formas coloniales.
- El tema de la descolonización toca nuestras vidas, como organizamos y transformamos nuestras vidas “El mejor capataz de negros era otro negro que quiere ascender” no reproduzcamos las formas coloniales en nuestras vidas y nuestras organizaciones, repensarnos como sujetos. ¿Qué hacemos desde nuestro lugar? ¿En nuestras instituciones? ¿En las Leyes?

Por lo anteriormente expuesto, considero que, la piedra angular en la lucha contra la violencia de género se cimienta sobre todo en el Derecho a la Educación; es decir, desde el mismo sistema educativo, con la inclusión de materias en de Género y Derechos Humanos y suprimiendo esa idea de patriarcado antiguo que existe en los hogares bolivianos, pasando por el sistema educativo primario y secundario, universitario y finalizando con los estudios post graduales de profesionales; acciones que, sin duda alguna deben de estar acompañadas del núcleo familiar y la sociedad civil organizada.

De acuerdo con el III INFORME ANUAL DE LA RELATORÍA ESPECIAL SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES (REDESCA), establecido en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2019, respecto al Derecho a la educación, el Estado boliviano se comprometió a incluir la materia de “igualdad de género” en el sistema educativo, como parte de las medidas de prevención y lucha contra la viola hacia las mujeres;



notándose con ello, la importancia la educación como un arma primordial contra la violencia de género.

Asimismo, se debe considerar la responsabilidad reforzada, respecto a la protección de mujeres y sectores vulnerables acentuados como niñas, niños y adolescentes, bajo un deber de prevención, con la adopción de medidas especiales, se basan en el hecho de que estos sectores se consideran más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la esfera familiar, la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros.

Es así, que dando prioridad a estos elementos principales de la despatriarcalización y la educación contra la violencia de género, mi persona como Magistrado por el Tribunal Supremo de Justicia, tanto en el ejercicio de Presidencia de las Salas Especializadas Penal y Social Segunda, como también en ejercicio de la Presidencia de este máximo Tribunal de justicia ordinaria, he enfatizado en la concreción de políticas de prevención, la implementación y ejecución de programas y capacitaciones dirigidas a servidores públicos del Órgano Judicial en materias de: i) Derechos Humanos y de Género; ii) Perspectiva de Género; iii) superación de los estereotipos sobre el rol social de las mujeres, enmarcados en el cumplimiento de estándares internacionales como los contenidos en la Sentencia de 16 de noviembre de 2009, del Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, bajo la adopción de medidas respecto a la formación de derechos humanos como sistema de formación continua; asimismo, la capacitación con perspectiva de género y de protección de la niñez, tendente a la deconstrucción de estereotipos de género.

En esa misma línea, el suscrito Magistrado, en el ejercicio de la Presidencia del Tribunal Supremo de Justicia, suscribió la firma del Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre el Tribunal Supremo de Justicia, la Escuela de Jueces del Estado, la Dirección Administrativa Financiera del Órgano Judicial y el Ministerio de Educación, con el objetivo de **implementar programas de capacitación**, de formación integral y equitativa en derechos humanos con **énfoque en temas de violencia de género** y ética dirigidos a todo el Sistema Educativo Plurinacional, siendo un camino largo que debe continuar con la atención prioritaria de educar a

nuestra juventud sobre el conocimiento, respeto y cabal cumplimiento de nuestra normativa jurídica sobre Violencia de Género y Derechos Humanos.

En el mes de junio de 2021, se suscribió con la Escuela de Jueces del Estado, la Dirección Administrativa y Financiera del Órgano Judicial y Solidar Suiza – AOS, el Convenio Específico relativo al proyecto: “Gestión de la Perspectiva y Concientización de Género a Nivel Judicial y Social, en el Marco de los Derechos Humanos y el respeto a los Sectores Vulnerables en Bolivia”, en la búsqueda del fortalecimiento del desempeño y las capacidades de autoridades judiciales especializadas en violencia contra las mujeres y la optimización de la gestión judicial.

Asimismo, en julio de la pasada gestión, mi persona, como Presidente del TSJ, presentó el **Plan de Trabajo para capacitación contra todo tipo de violencia**, conjuntamente con el Ministerio de Educación, a los fines de **capacitar** a los maestros y estudiantes en **la lucha contra todo tipo de violencia**; y, el mismo mes, se efectuó el Webinar Internacional: “Juzgar con perspectiva de género para avanzar hacia una igualdad efectiva”, capacitándose a autoridades y personal de apoyo jurisdiccional del Órgano Judicial; sumándose los cursos virtuales: “Cátedras Virtuales de Justicia y Género”, dirigidos a servidores del Órgano Judicial; “Actualización de las modificaciones de la Ley 548 (Código niña, niño y adolescente) y sus efectos”, dirigido a Vocales y Jueces de capital y provincia con competencia en Niño, Niña y Adolescentes; y, “Especialización en procedimientos de faltas y sanciones por acoso y violencia política en materia electoral”, dirigido a jueces electorales.

De igual manera, siempre preocupado por la “Violencia de Género y Derechos Humanos”, que en muchos casos representan conductas típicas establecidas Ley 348, con el apoyo del Tribunal Departamental de Justicia, llegamos a obtener la **Resolución Administrativa Departamental, que otorga la Personalidad Jurídica al “Comité Interinstitucional de Lucha contra la Violencia de Género”**; que está conformado por más de 30 instituciones públicas y privadas del departamento de Santa Cruz, siendo el suscrito Magistrado quien lo Preside.

El proyecto ejecutado por el Comité, que la gestión pasada tomó importancia se denomina: **“Familia sin violencia, Familia sin miedo”**, que tiene el apoyo de



la ONG Solidar Suiza, habiendo logrado satisfactoriamente los objetivos y metas establecidos en su Estatuto y Reglamento Interno, ejecutando en dicha gestión acciones dirigidas a **prevenir la violencia contra las mujeres, adolescentes y niñas desde el ámbito y la comunidad educativa**, mediante la aplicación de capacitaciones en materia de prevención y protección interinstitucional y social en el Departamento de Santa Cruz, **capacitando a un total de 8.796 personas (maestros y padres de familia)** en las localidades de San Julián, Yapacaní, La Guardia, El Torno, Cotoca, Comarapa, Vallegrande, Pailón, Puerto Suárez y en tres Distritos Educativos de la capital Cruceña.

CONCLUSIONES

Si realizamos un abordaje acerca del fenómeno criminal de violencia de género, necesariamente debemos referirnos a los aspectos históricos y socio-culturales como son la despatriarcalización y educación, que a su vez constituyen elementos necesarios para eliminar la violencia contra la mujer; para luego comenzar a transformar patrones valorativos y de conducta hacia el respeto a sus diferencias sexuales y de género., como pilar pedagógico en la educación, que enriquezca a las personas sin considerar las diferencias que puedan existir entre unos y otros, considerando siempre las semejanzas como seres humanos y la igualdad de derechos que todo Boliviano posee desde su nacimiento. Este es el propósito de transversalizar la perspectiva de género como política pública educativa, para lograr el cambio de mentalidad en la sociedad, que representaría el inicio de una desmitificación de la cultura Patriarcal.

Para que genere resultados positivos y contundentes, debe existir la participación real de: El Sistema Educativo Boliviano, Casas de Estudios Pre y Post Gradual, Órganos del Estado, Sociedad Civil, Juntas Vecinales, Padres de Familia y Sectores Sociales, con el objetivo de lograr inclusión formativa de la transversalidad de género en su marco de referencia.

La problemática sobre violencia de género en el Estado Boliviano, requiere de mayor atención por las autoridades en sus tres niveles (central, departamental y municipal), a la par de las agencias estatales secundarias (Ministerio Público, Policía, etc.), siendo los últimos los competentes para generar políticas criminales., y, los delitos de violencia contra la mujer que día a día aumentan, podrán dar

cuenta de sus orígenes, variables e indicadores, de las violaciones a derechos humanos contra la mujer como sector vulnerable, desnudando la falta de educación desde las familias, escuelas, universidades, acerca de la importancia del respeto hacia la mujer y sus derechos como sector fundamental de la sociedad boliviana, que se aferra a una cultura patriarcal (vigente en el pueblo Boliviano), que lleva a reproducir las brechas de género, en diversos ámbitos sociales, económicos, institucionales y educativos, que muestran a la mujer como un ser inferior al varón. Siendo imprescindible para el sistema educativo actual, el uso pedagógico de herramientas conceptuales, didácticas y metodologías, que les permitan la revisión de su actuar y práctica reflexiva en el aula, así como buscar el trato equitativo e igualitario de su relación con sus educandos, y de ellos entre sí. La relación con sus iguales, el uso de un lenguaje incluyente hacia su alumnado, con el objetivo de lograr sensibilización, capacitación y formación en temática de Género y Derechos Humanos, en las instancias formativas mencionadas. En el departamento de Santa Cruz, el Comité de Lucha Contra la Violencia de Género, a través del proyecto: "Familia sin violencia, familia sin miedo", ha tenido importantes experiencias, llegando a capacitar alrededor de 8,500 personas, en algunos Municipios del Departamento y Distritos Capitalinos, acerca de los derechos humanos de género y los efectos nocivos para la niñez que genera la violencia hacia la mujer, entre otros.

La vigencia, respeto y promoción de los Derechos Humanos y de Género, conforme lo consagra nuestra Constitución, así también los sistemas universal e interamericano: Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer "CEDAW", y, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención De Belem Do Para", respectivamente, para su ejercicio pleno y goce efectivo, requiere la existencia de canales permanentes de consulta, participación y seguimiento que garanticen la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las instituciones públicas y privadas, su cabal desarrollo de competencias de vida y ejercicio de sus principios, derechos y valores de igualdad, inclusión, dignidad, respecto, armonía, igualdad de oportunidades, equidad social y de género, entre otros más, como aspectos determinantes para erradicar la violencia contra las damas, en la mentalidad y comportamiento del pueblo boliviano.



Finalmente, considero que para avanzar en las políticas públicas de género y educación a nivel nacional, claramente se requiere de la vinculación entre los actores gubernamentales, civiles y sociales, en un marco de coordinación y cooperación de los primeros conforme lo prevé el artículo 12, párrafo I de nuestra Constitución Política del Estado, y de militancia activa en la promoción y ejercicio de los segundos en los derechos humanos de la mujer, a favor de la niñez y juventud, en aras de estructurar el tejido socio-gubernamental, capaz de atrofiar el hoy alarmante fenómeno criminal, denominado “Violencia de Género”.

REFERENCIAS

- Cobo, Rosa. (2011). *Despatriarcalización y agenda femenina*. Ponencia presentada en el Seminario Internacional Mujeres en Diálogo: Avanzando hacia la despatriarcalización en Bolivia. La Paz, 26 y 27 de septiembre de 2011.
- Comisión de Derechos Humanos. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Organización de las Naciones Unidas.
- Constitución Política del Estado [CPE]. (2009). 7 de febrero de 2009 (Bolivia). Gaceta Oficial de Bolivia.
- Estrada Ponce, Cecilia. (2011). *Propuesta Feminista sobre el Patriarcado: Nulos para su desestructuración. Dilemas, estrategias y retos feministas en el proceso de cambio*. Ponencia presentada en el Seminario Internacional Mujeres en diálogo: Avanzando hacia la despatriarcalización en Bolivia, 26 y 27 de septiembre de 2011.
- Lamas, Marta. (2012). *Dimensiones de la diferencia*, en Rodolfo Vásquez y Juan A. Cruz Parceró (coords). Género Cultura y Sociedad, México: Fontamara-Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Oficina Regional de ONU Mujeres para las Américas y el Caribe. (2014). *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (feminicidio/feminicidio)*.
- Organización de los Estados Americanos. (2013). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013). *Protocolo para juzgar con perspectiva de Género*. México DF, p.62.



Marvin Molina Casanova¹



LA MITAD DE TODO

¹ Licenciado en Derecho de la Universidad Autónoma Tomas Frías. Diplomado en Derechos Humanos, Diplomado en Derecho Fiscal, Diplomado en Educación Superior. Especialidad en Derechos Culturales y Pueblos Indígenas. Magister en Ciencias Jurídicas, Penales y Criminales en la Universidad de la Habana. Doctorando en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional de la UMSA.

Actualmente es Presidente del Consejo de la Magistratura, entre otras funciones destacadas fue: Coordinador legislativo para la Ley 025-212-GIZ, Director de la Escuela de Jueces del Estado, Director Jurídico Ministerio de Culturas, Director General de Administración Pública, Director General de Empleo, Secretario General del Tribunal Constitucional Plurinacional y Consejero de la Magistratura.

La Mitad de Todo

Marvin Molina Casanova

RESUMEN

Cuando se habla sobre la teoría del género, es imperativo el análisis de las formas de tratamiento y enjuiciamiento injusto y cruel a la que fueron sometidas miles de mujeres a lo largo de nuestra historia. La sociedad de forma genérica mediante patrones patriarcales presentes hoy en día en nuestras sociedades sobre todo en nuestra administración de justicia.

En relación con lo señalado anteriormente he denominado al presente trabajo “La mitad de todo”, ya que bajo ese matiz trataremos de analizar los principales patrones patriarcales, desarrollados por nuestra sociedad a partir de preceptos y mandatos morales y jurídicos. Son nuestras miradas sobre la mujer y lo femenino las que, sin duda, marcan una línea de administración judicial. Es ahí precisamente que el presente artículo trata de sensibilizar sobre el simbólico de mujer, en nuestras percepciones de la cotidianidad. Este trabajo, desarrolla conceptos y sobre todo miradas sobre la mujer, la naturaleza, las formas de enjuiciamiento inquisitivo, preceptos misóginos y otros.

Palabras Clave

Madre Tierra, Despatriarcalización, Religión, Mitos, Mujer.



DESARROLLO

1. Madre Tierra

Considerado como uno de los conceptos más antiguos de la historia civilizatoria humana. La asimilación de la naturaleza, hacia la mujer, comprensible debido a que las primeras impresiones del ser humano, fue denotar la reproducción de vida, que a su vez genera vida, y al igual que la tierra cumple esta función ayudada por la lluvia; la mujer cumple esta función ayudada por el hombre. En este caso el principio ancestral de complementariedad “chacha – warmi” “warmi – chacha”, parece encontrar su manifestación perfecta; ya que tierra y lluvia, naturaleza, bosque y biodiversidad que nos rodea, en realidad es una madre para todos, quienes devenimos de la unión y/o la complementariedad de lo femenino y masculino, constituyéndonos en el resultado de esa unión siendo cada uno de nosotros “chacha - warmi”, el producto de ambos.

Madre Tierra, es la generadora de vida, ¿entonces cuál es la individualidad humana básica generadora de vida?, la respuesta es sencilla “la mujer”. Por lo señalado es obvio y lógico que la primera imagen, o símbolo para la deidad humana haya tenido que ser femenino.

La Madre Tierra y su equivalencia como “Diosa madre”, en abstracto femenino, es un tema que aparece en muchas mitologías. La Madre Tierra es la personificación de la tierra. Veamos como en diferentes culturas, siempre fue asimilada a la mujer, descrita como una diosa, que representa a la tierra fértil; incluso también descrita en algunas culturas como la madre de otras deidades, siempre bajo la imagen de la mujer, madre de toda la vida que crecía en ella.

La mujer como símbolo de deidad, no es un fenómeno reciente ya que deviene desde las primeras culturas del mundo, lo cual probablemente tiene su origen en los matriarcados neolíticos, pre-indoeuropeos.² En las tierras que hoy se llaman América del Sur, los pueblos indígenas andinos contemporáneos de las comunidades quechuas y aymaras, sostienen el culto a la gran deidad de la Pachamama “Madre Tierra”, nuevamente con la imagen de la mujer como deidad; importante culto presente en Ecuador, Perú, Bolivia, Argentina, Chile, Colombia y Venezuela.

2 Frazer James, La rama Dorada.

Las culturas amazónicas y/o moxeñas, no tuvieron idea acerca de la existencia de un Dios único, ni sobre el origen de las cosas. Para ellos, la naturaleza había creado los astros y los seres, los que estaban animados por espíritus invisibles. En varias naciones, rendían culto a ciertos espíritus que animaban por ejemplo al sol y a la luna. Había dioses particulares en cada parcialidad, los que representaban a las estrellas, el agua, el río, el rayo, la laguna, los tigres, etc.³ Empero todo esto desde el imaginario femenino de “la naturaleza” y función generadora de vida.

Como podemos ver el imaginario de la mujer y su relación con la deidad, es parte del inicio de las civilizaciones y es aproximadamente hasta el siglo IV, después de cristo que esta concepción es eliminada del imaginario espiritual, para pasar al imaginario mítico de deidad o Dios masculino, el cual persiste hasta nuestros días.

En la cultura Mapuche (sur de Argentina y de Chile) existe la Ñuke Mapu que significa “Madre Tierra” en idioma mapuche; aunque no es equivalente a una «diosa madre» propiamente, sino que es un concepto diferente y más amplio.

Los pueblos indígenas del caribe, como los taínos, adoraban a una diosa madre bajo varios nombres como ser: Atabey, Yermao, Guacar, Apito y Zuimaco, con referencias relativas a la naturaleza y su poder generador de vida. En la mitología taína, Atabey era el principio femenino del mundo y era madre de Yúcahu, el principal Dios monoteísta o creador de los taínos que, entre otros atributos, era la divinidad de la yuca y del color blanco. La concepción de Yúcahu en Atabey se realizó sin mediación de ninguna potencia masculina, por lo que Yúcahu no tuvo padre y Atabey es el principio de los demás dioses. Como ocurre en otras tradiciones del mundo, esta divinidad, además de ser diosa madre, se relaciona también con la luna, el mar, la fertilidad y el nacimiento. Los taínos rendían honores a esta diosa, personificada por las ranas, para que protegiera a las parturientas y facilitara el alumbramiento.

En la mitología india la diosa Durga, es considerada como la diosa madre suprema de los hinduistas. En el contexto de las religiones de la India, el culto a la diosa madre puede seguirse hasta los orígenes del vedismo que no es otra cosa que la religión anterior al hinduismo. En el Rig-Veda, el texto más antiguo de la India, de mediados del II milenio antes de Cristo, existe la diosa Áditi, la madre de todos

3 Aquím Chávez Rosario, Dossier Curso Descolonizando el Estado desde el Estado, MCyT-VDD 2013.



los dioses. También se presenta el concepto de la Tierra como diosa madre. En la posterior literatura puránica, (literatura escrita en la india) se alude a la diosa madre con varios nombres, como Durga, Deví, Maya, Parvati, diosas madres que sirven o se representan como deidades de fertilidad general.

En las tradiciones occidentales, la madre tierra simbolizada como diosa fue representada de muchas maneras, desde las imágenes talladas en piedra como de la diosa Cibeles, hasta la Dione, diosa que se invocaba junto con el dios Zeus en el oráculo de Dodona en Grecia, hasta finales de la época clásica.

En la cultura griega, se tiene precedentes de la simbolización de deidad femenina en las culturas del Egeo, Anatolia y el antiguo oriente próximo, una diosa madre fue venerada con las formas de Cibeles, adorada en Roma como Magna Mater, que quiere decir “la gran madre”.

Las diosas olímpicas de la Grecia clásica, tenían muchos personajes con atributos de diosa madre, incluyendo a Hera y Demeter. La diosa minoica representada en sellos y otros restos, a la que los griegos llamaban Potnia Theron, muchos de cuyos atributos fueron luego absorbidos también por Artemisa. Parece haber sido un tipo de diosa madre, pues en algunas representaciones amamanta a los animales que sostienen, también se tiene a la arcaica diosa local adorada en Éfeso, cuya estatua de culto se adornaba con collares y fajas de los que colgaban protuberancias redondas, más tarde identificada por los helenos como “Artemisa”, la cual fue probablemente también una diosa madre.

En la mitología romana, se tiene a “Venus”, fue finalmente adoptada como figura de diosa madre. Era considerada la madre del pueblo romano, por ser la de su ancestro, “Eneas”, y antepasado de todos los subsiguientes gobernantes romanos. En la época de Julio Cesar se le apodaba “Venus Genetrix” que significa “Madre Venus”. Asimismo, se tiene a Magna Dea que es la expresión latina para la “Gran Diosa”, y puede aludir a cualquier diosa principal adorada durante la república o el imperio romano. El título Magna Dea podía aplicarse a una diosa a la cabeza de un panteón, como Minerva, o a una diosa adorada mono teísticamente.

Los primeros judíos señalaban que, en el templo de Salomón, albergaba no sólo a Dios sino a su poderosa equivalente femenina la diosa Shekinah, los hombres que querían alcanzar su plenitud espiritual acudían al templo a visitar a las sacerdotisas

o hieródulas con las que se cuenta hacían el amor y experimentaban lo divino a través de la unión carnal.

El tetragramaton judío YHWH el nombre sagrado de Dios derivaba en realidad de Jehova una andrógina unión física entre lo masculino JAH Y HAVAH el nombre pre-hebraico que se le daba a Eva, en este dato podemos observar la similitud de cosmovisión con la cultura andina en la lógica del “chacha – warmi” la unión de lo femenino y masculino presente en todos los seres humanos.

Ahora podemos analizar que es la iglesia moderna la cual, gracias a su autoproclamado papel de intermediación, entre Dios y los humanos, único vehículo hacia Dios, quien por razones obvias, hicieron todo lo que pudieron para masculinizar las deidades, demonizar a la mujer como sujeto de pecado, convirtiéndolos en un acto pecaminoso y sucio.

Es también menester y de suma importancia analizar que la figura del demonio caracterizado con cuernos, conocido como Satán; tiene su origen en Baphomet, el cual también fue objeto de malignización, ya que se lo convirtió del cornudo Dios de la fertilidad, en el símbolo del mal. La cornucopia o cuerno de la abundancia era un homenaje a la fertilidad de Baphomet el símbolo de los cuernos en la cabeza de un varón en la antigüedad era un símbolo de virilidad lo que fue cambiado por un símbolo de infidelidad.

Así podemos analizar y nombrar las incontables, mórfosis que ha sufrido las deidades, a lo largo de la historia con un fin común; desechar la idea sobre la posibilidad de deidades femeninas, para imponer el imaginario hegemónico de deidad masculina en todo acto religioso.

Empero si vemos como el imaginario religioso espiritual de Madre Tierra, “pacha mama” ha logrado persistir en el tiempo con su imaginario femenino, admitiremos su existencia real, parte de la fe y la cultura de los pueblos suramericanos, lo cual no se ha quedado sólo en la parte espiritual de los seres humanos sino que ha logrado trascender de la espiritualidad, a la normatividad; es así que por ejemplo las Naciones Unidas, reconocen a la Madre Tierra como “una expresión común utilizada para referirse al planeta tierra en diversos países y regiones del mundo, lo que demuestra la interdependencia existente entre los seres humanos, las demás



especies vivas y el planeta que todos habitamos”⁴, declarando el 22 de abril como el día Internacional de la Madre Tierra.

Ahora a nivel local resuena de fundamental importancia, la nueva connotación que el Estado Plurinacional de Bolivia, le ha otorgado a la Madre Tierra, mediante su caracterización de sujeto de derechos; la emisión de la Ley N° 071 de fecha 21 de diciembre de 2010, denominada Ley de Derechos de la Madre Tierra, cuyo objeto radica en reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de estos derechos. Asimismo, se emitió la Ley N° 300 de fecha 15 de octubre de 2012, de nominada “Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral Para Vivir Bien”, normas que fueron fortalecidas con la creación de la nueva justicia agroambiental, creada bajo Ley N° 025 de 24 de junio de 2010, unificando dos ciencias del derecho irreconciliables hasta antes de 2009, como son el Derecho Agrario y el Derecho Ambiental, fusionados ahora en la justicia agroambiental. Lo cual es el grito descolonizador y de construcción de un modelo de justicia, propio de cuna boliviana sin igual en el mundo, generando un nuevo reto, quizás el más importante: “La madre tierra como sujeto de derechos”, resultado de la unión de dos culturas jurídicas bolivianas, la positiva del derecho moderno como “Derechos” y “Madre Tierra” o pachamama contribución andina originaria, que resume la gestión pública y ahora judicial de los derechos de la naturaleza.

Diversos investigadores mencionan la existencia de concepciones y valores culturales sobre la justicia y el conflicto, destacándose por un lado, la relación entre los miembros de la comunidad con la naturaleza y, por otro lado, la relación entre los miembros de la comunidad con la naturaleza y por otro, ciertas nociones, como la reparación del daño en la resolución del conflicto. Esas concepciones pueden revestir de carácter sagrado a los sistemas jurídicos indígenas, según algunos autores el conflicto en los andes especialmente, es concebido como una amenaza no solo a la armonía con la sociedad sino a la armonía con la naturaleza, el ritualismo observado en estas sociedades ilustra los homenajes a la Pachamama y demandas de perdón a la misma.⁵ Empero siempre con el simbolismo espiritual femenino de Madre Tierra.

4 Véase la Resolución 63/278 el año de 2009, de la Asamblea General de Naciones Unidas.

5 Vincent, cit.post. “Pluralismo Jurídico y Derechos de la Infancia, Niñez y Adolescencia” UNICEF, 2012 página 29.

Es tan fuerte la relación entre la mujer y la madre tierra que hasta nuestros días, se tiene la creencia que muchos de los actos realizados entre seres humanos especialmente mujeres tienen efecto directo en la naturaleza, por ejemplo la creencia de que los abortos son desencadenantes de catástrofes naturales, tales como granizadas y heladas, genera sentimientos encontrados, pues afectan a los intereses de toda la comunidad, por lo que son justiciables de oficio y merecen una sanción.⁶ Asimismo la connotación que se le otorga como fundamento de creencias como deidad que habita en las grietas, en las rocas, en el río, en los animales, cascadas de determinados lugares, para lograr diferentes favores, manifestando el lazo fuerte con la madre tierra.⁷

Para terminar este punto, debemos analizar el rol fundante que tiene la mujer o la simbolización de la mujer como deidad, como el primer símbolo de “Dios o Diosa”, lo cual fue borrado del imaginario colectivo de forma intencional, para someter al género femenino; visualizándolo como accesorio al varón, afectando a la humanidad en general. Desde la conversión de la madre tierra, a un mundo de hombres y dioses de la destrucción y de la guerra, las sociedades misóginas o machistas fueron construyendo una creciente pérdida de respeto por la naturaleza. Asimismo, en estas lógicas de destrucción, el respeto y consideración de la Madre Tierra, jamás podrá ser el mismo; allanado de esta forma el camino para el desarrollo de las lógicas capitalistas de extracción y explotación inmisericorde de los recursos naturales.

2. La mujer y la iglesia.

En este punto analizaremos cual fue y es la situación de la mujer en la iglesia, partiendo de la relación de las mujeres y el cristianismo, el mensaje de Jesús sobre la unión de los aspectos de la realidad masculina y femenina y que las mujeres supuestamente hayan sido líderes en la primitiva cristiandad hasta la llegada del cristianismo patriarcal. Partimos también de la afirmación de que la situación de las mujeres en la iglesia, hoy en día no sería lo mismo sin la aplicación de campañas sutiles y meticulosas de descalificación, demonización y negación a lo sagrado femenino y con ello; la erradicación y extirpación total de cualquier idea de diosa o deidad femenina de la religión moderna.

6 “Pluralismo Jurídico y Derechos de la Infancia, Niñez y Adolescencia” UNICEF, 2012 página 64.

7 Oruro Cultural y Turístico, Gobierno Autónomo del Departamento de Oruro, pag. 8 2012.

La teoría y/o afirmación acerca de la deidad femenina, previa a la apropiación de Dios con imaginario masculino, no es nueva ya que se tiene una escuela de pensamiento que surge en el siglo XIX afirmando tal como se redactó en el punto II del presente trabajo; que el antiguo culto popular a las diosas había nacido de la más elemental de las afirmaciones naturales la “Madre Diosa”, explicado en parte por la antigua y profunda devoción popular por el misterio y el poder del alumbramiento. Para apoyar esta teoría, se basaba, entre otros hallazgos, en descubrimientos arqueológicos de figuras femeninas embarazadas. Esta teoría se desarrolló a finales del siglo XX hasta afirmar, como aduce la escritora Charlotte Allen, que: “Esta consonancia con la naturaleza, el respeto a la mujer, la paz y la cultura igualitaria prevalecieron en la actual Europa Occidental durante miles de años... hasta que los invasores indo-europeos arrasaron la zona introduciendo dioses guerreros, armas diseñadas para matar a seres humanos y una civilización patriarcal”.⁸

Podemos estar seguros que; sí hubo deidades femeninas en las culturas antiguas así como las hay hoy en día, en los sistemas animistas⁹, como la religiosidad andina y politeísta¹⁰ como el Induismo. En algunos casos se tiene datos que las deidades femeninas eran consortes de las masculinas. Los sistemas antiguos reflejan una conciencia de los principios masculino y femenino en el tejido de la realidad, pero no manifiestan una particular y monopolizante veneración por la deidad masculina como el cristianismo y en especial el catolicismo. No podemos negar que las primeras celebraciones de rituales de agradecimiento a la deidad femenina (madre tierra), fueron paganas¹¹ por tanto eran literalmente campesinos sin adoctrinar apegados a los antiguos cultos rurales a la naturaleza¹²

Las mujeres que en otros tiempos fueron consideradas la mitad esencial del mundo y por ende de la iluminación espiritual, ahora están ausentes de los templos del mundo. La unión sexual natural entre hombre y mujer se ha interpretado moral

8 Allen Charlotte, The Atlantic 2001.

9 Considerada como la creencia y fe a los elementos del mundo natural, como ser: montañas, ríos, el cielo, la tierra, determinados lugares característicos, rocas, plantas, animales, árboles, de los cuales se dice que están dotados de alma y son venerados o temidos como dioses.

10 Creencia en una multiplicidad de dioses.

11 La raíz de la palabra, en realidad, estaba en el término latino PAGANUS, que significaba habitante del campo.

12 Brown Dan, El Código Da Vinci, ediciones URANO 2004 pag. 53

y religiosamente como acto vergonzante, lo que en la antigüedad se tenía como convicción de los hombres que en algún momento habrían precisado de la unión sexual, con sus equivalentes femeninos para alcanzar la comunión con Dios, ven ahora sus impulsos sexuales naturales como obra del diablo, por lo que para evitar congeniar con este maligno ser debemos de forma inicial cumplir la formalidad religiosa y moral de unirnos en matrimonio con un ser que; religiosamente sin esta unión matrimonial es considerada como la cómplice preferida del pecado.

Se puede afirmar sin temor a error alguno que la mujer, no es considerada hasta nuestros días parte importante de las iglesias, o al menos no como sujeto capaz de guiar o de estar a la cabeza de las iglesias y es utilizada como simple accesorio de colaboración o parte de las masas creyentes que forman la iglesia. Veamos el Papá, que es el representante de Dios en la tierra, los cardenales, secundarios al papá, arzobispos, obispos, sacerdotes, todos hombres los que dirigen la iglesia católica de sus niveles más básicos “hombres”, siendo la mujer destinada a ser máximo madre superiora, pero sin posibilidad alguna de dirigir jamás la iglesia. No es diferente en las demás religiones a cuyas cabezas existen pastores todos hombres, como común denominador de la mayoría de las iglesias modernas.

Esta lógica de manejo de poder no es extraña a nuestra realidad boliviana, es más se puede afirmar que en nuestro Estado existe una total monopolización de varones, sobre el manejo de las iglesias, empero eso devine de la creación de la república, no debemos olvidar, el proyecto de la primera constitución política del Estado enviando por Simón Bolívar, no se habló de religión porque según Simón Bolívar “no puede el Estado regir la conciencia de los súbditos, ni dar el premio o el castigo, pro que Dios es el único poder”, “La religión es la Ley de la conciencia manifestada con total lucidez, además él decía que “Toda Ley sobre la conciencia, la anula, porque imponiendo la necesidad del deber, quita a la fe, que es la base de la religión. El reconocimiento de la oficialidad de una determinada religión en una constitución, es el reconocimiento de la injerencia de un determinado Estado en el fuero interno de las personas”.¹³ Lo cual no sólo es ignorado sino refutado y opuesto por los conservadores pseudo independistas de 1825, quienes instauraron la religión colonial, institucionalizando de forma oficial y legal la restricción de participación de mujeres en cargos de mando o dirección religiosa.

13 Carlos Corzón, El ABC de la Asamblea Constituyente, edit PECOZ, La Paz – Bolivia, 2006 p. 15.



3. El Martillo de las Brujas.

La inquisición publicó el libro que algunos consideran como la publicación más manchada de sangre de toda todos los tiempos: el malleus malleficarum “El martillo de las brujas”, mediante el que se adoctrinaba al mundo de los peligros de las mujeres librepensantes e instruía al clero sobre como localizarlas, torturarlas y destruirlas, entre las mujeres que la iglesia consideraba brujas; estaban las que tenían estudios, las sacerdotisas, las gitanas, las místicas, las amantes de la naturaleza, las que recogían hierbas medicinales y cualquier mujer sospechosamente interesada por el mundo natural, las comadronas también eran asesinadas por su práctica herética de aplicar sus conocimientos médicos para aliviar los dolores del parto, un sufrimiento que para la iglesia católica era el justo castigo divino por haber comido Eva el fruto prohibido del árbol de la ciencia, durante trescientos años de caza de brujas la iglesia quemó en la hoguera a nada menos que cinco millones de mujeres.¹⁴ Sobre este hecho histórico se desarrollaron varios mitos, como el llamado “Viernes 13” como el día de brujas, empero lo probablemente cierto es que el viernes 13 de octubre de 1307, se debe recordar como el día que el “Papa Clemente” envió ordenes selladas (para abrirse en esa fecha) con la orden de eliminar y asesinar a los templarios bajo el cargo de ser herejes, rendir culto al demonio y a la homosexualidad y comportamientos blasfemos, empero lo que nunca se dijo es que los templarios después de los beneficios recibidos por el vaticano a cambio de guardar secretos de la iglesia comenzaron a conceder créditos a casas reales arruinadas y a cobrar intereses estableciendo el precedente de la banca moderna e incrementando de esta manera de forma desproporcional de sus riquezas. Como se puede observar no existe el día de brujas ni razones espirituales para esa barbarie, fueron motivos políticos misóginos en extremo.

El Martillo de las brujas es sin duda alguna el tratado más especulativo, mentiroso, insidioso, falso y negativo que se haya publicado con la finalidad de alimentar y fundamentar la misoginia y la persecución de mujeres denominadas “Brujas”, justificativo que sirvió de nutriente a la histeria de la iglesia que en su afán de acallar a la creciente ola de mujeres libre pensantes, en constante cuestionamiento a las prácticas machistas y crueles de la iglesia, elaboran este malevo libro de

14 Molina Casanova Marvin, Descolonizando 1, Viceministerio de Descolonización, página 50, 2013.

cacería de brujas. El martillo de las brujas fue publicado en Alemania en 1486, difundándose en Europa, esta obra a más de ser nociva y de contenidos de odio extremo hacia la mujer, fue utilizada como texto de referencia en los juicios contra mujeres consideradas brujas y hombres considerados blasfemos en Europa por más de 200 años siglos XVI-XVII.

El Martillo de las brujas, fue escrito por dos monjes dominicos llamados Heinrich Kramer y Jacob Sprenger, en 1486 una obra especulativa y demoniaca la cual lastimosamente era una especie de manual de consulta para jueces, magistrados, sacerdotes tanto católicos como protestantes, a lo largo de los tres siglos siguientes a su publicación, en la lucha contra la brujería en Europa, inquisidores o tribunales de la santa inquisición que como todos conocen fueron instituidos a partir de 1478 mediante la bula *Exigit sinserae devotionis affectus* del Papa Sixto IV. Este libro es una especie de tratado sobre brujería se constituyó en una fuente de consulta para cualquier comprensión de la historia y la naturaleza de las brujas, del satanismo y fuente de inspiración para la persecución de mujeres.

Para dar una mejor explicación sinóptica de esta obra, debemos analizar la coyuntura contextual de lo que ocurría en ese entonces en Europa, en relación también a las tierras americanas que fueron invadidas, tan sólo seis años después de la publicación de este libro que también influyó en el tratamiento de mujeres, sacerdotes, sabios y/o amawtas originarios.

A fines de la edad media se estaban produciendo cambios en la forma de vida en Europa, se puede mencionar una de las primeras crisis existenciales del capitalismo y por ende del cristianismo católico, el hombre europeo enfrentaba dicotomías culturales constantes entre el pensamiento del cristianismo y la conciencia popular de los campesinos, entremezclados con conocimientos religiosos rudimentarios, conocimientos supersticiosos ancestrales, en contraposición a los dogmas cristiano-católicos, la aparición de la imprenta, con la que la posibilidad de la difusión de ideas era latente y con esta la posibilidad de interpretar la palabra de Dios. Por lo que urgía la necesidad de interponer frenos al constante crecimiento de personas que cuestionaban los dogmas y prácticas católicas de ese entonces, por lo que la forma más certera y radical fue nuevamente hacer uso de mitos y de miedos sobre los seres humanos descalificando la inteligencia femenina y



denominándosela brujería.¹⁵

Pero dentro del presente trabajo es necesario comentar algo sobre la Biografía de sus autores, así tenemos: Heinrich Kramer, nació en Schlettstadt, ciudad de la baja Alsacia al sudeste de Estrasburgo y a muy temprana edad ingresó en la Orden de Santo Domingo, fue nombrado Prior de la Casa Dominica de su ciudad natal, predicador general y maestro de teología sagrada, designado inquisidor para el Tirol Salzburgo, Bohemia y Moravia. Jacobus Sprenger nació en Basilea Suiza, ingresó como novicio en la Casa Dominica en 1452, se graduó de maestro en teología y fue designado Prior y regente de estudios del convento de Colonia. En 1480 fue designado decano de la Facultad de Teología de la Universidad y en 1488 fue designado Provincial de toda la provincia alemana.

Empero al igual que Mein Kampf “Mi Lucha” de Adolf Hitler, no hubiera sido absolutamente nada si no fuera por el poder político, militar y económico del que fue investido e impuesto para su lectura y cumplimiento obligatorio, usado incluso como regalo de bodas imperativo para las parejas alemanas. El Martillo de las Brujas, jamás hubiera logrado los funestos resultados y las millones de vidas humanas de mujeres que se llevó consigo, si no hubiera sido por el apadrinamiento y aval oficial de la iglesia católica, ejemplo de ello es la participación del papá Inocencio VIII, quien abanderó la campaña contra la brujería, mediante un decreto papal del 5 de diciembre de 1484, la Bula Summis Desiderantes Affectibus, mediante la cual la iglesia reconoce la existencia de las brujas, lo cual era rechazado mediante el Canon Episcopi, donde la Iglesia sostenía que creer en brujas era una herejía, no se debe obviar el hecho de que el Martillo de las Brujas, está basado en la frase bíblica, «A los hechiceros no los dejarán con vida»¹⁶. Se dice que en esta bula se menciona a los autores del Martillo de las Brujas por sus nombres y se les conmina a combatir la brujería, por lo que iba respaldado y autorizado nada menos que por una bula papal, como el manual oficial de la inquisición y por ende causante de la muerte de millones de mujeres. Algunos autores sostienen que el Papa no podía saber los contenidos exactos del Martillo de las Brujas y que la bula tenía el carácter de compartir su inquietud por el problema de las brujas. Sin embargo, la posición de la Iglesia con respecto a las brujas, complementada por

15 Del Río García Eduardo, *Pure de Papas*, Edit.DEBOLSILLO, 2011.

16 La Santa Biblia, éxodo 22:18

este tipo de obras tenidas como verdades, agravó la crisis de las persecuciones, incrementando el odio hacia las mujeres, lo cual perduró hasta el año de 1657 cuando se prohibió esas persecuciones en la bula *Pro formandis*.

El Martillo de las Brujas fue publicado oficialmente en 1487, desde ese año la obra fue publicada de forma masiva hasta 1669, la obra llegó a ser tan popular que vendió más copias que cualquier otro libro, sólo comparable con la Biblia. Los efectos del Martillo de las brujas se esparcieron mucho más allá de las fronteras de Alemania país donde esta obra fue escrita, causando gran impacto en algunos países de Europa, se dice que los primeros religiosos que acompañaron a los invasores a las tierras de las Américas, traían consigo ejemplares de esta obra para poder interpretar algunos actos de los originarios habitantes de estas tierras, no debemos olvidar que los cálculos de la cantidad de mujeres quemadas acusadas como brujas data de dos a cinco millones según los distintos autores.

El Martillo de las Brujas fue utilizado durante el siglo XV, para procesar y quemar herejes y cuando los Estados feudales se organizaron como monarquías independientes, alejándose del poder del Papa, el poder punitivo de la inquisición se trasladó a los jueces laicos de estas monarquías, los cuales lastimosamente continuaron la tarea de la Iglesia de quemar brujas hasta el siglo XVIII, manteniendo el Martillo de las Brujas como libro de consulta y de procesamiento.

La inquisición publicó el libro que algunos consideran como la publicación más manchada de sangre de todos los tiempos: *El malleus malleficarum* “El martillo de las brujas”, mediante el que se adoctrinaba al mundo de los peligros de las mujeres librepensantes e instruía al clero sobre como localizarlas, torturarlas y destruirlas, entre las mujeres que la iglesia consideraba brujas estaban las que tenían estudios, las sacerdotisas, las gitanas, las místicas, las amantes de la naturaleza, las que recogían hierbas medicinales y cualquier mujer sospechosamente interesada por el mundo natural, las comadronas también eran asesinadas por su práctica herética de aplicar sus conocimientos médicos para aliviar los dolores del parto, un sufrimiento que para la iglesia católica era el justo castigo divino por haber comido Eva el fruto prohibido del árbol de la ciencia, durante trescientos años de caza de brujas la iglesia quemó en la hoguera a nada menos que cinco millones de mujeres.¹⁷

17 Brown Dan, *El Código Da Vinci*, ediciones URANO 2004 pag. 158



REFERENCIAS

- Aquíim Chávez, Rosario. (2013). Dossier Curso Descolonizando el Estado desde el Estado. Ministerio de Culturas y Turismo, Viceministerio de Descolonización.
- Brown, Dan. El Código Da Vinci. Ediciones Urano S. A., 2003.
- Charlotte, Allem. (2001). The Scholars and the Goddess. The Atlantic Magazine, January 2001.
- Corzón, Carlos. (2006). El ABC de la Asamblea Constituyente. Editorial PECOZ.
- del Rio García, Eduardo. (2011). Pure de Papas. Editorial Debolsillo.
- Foucault, Michel. (2009). Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión. México. Ed. Siglo
- Frazer, James G. (2016). La rama dorada: Magia y religión. Trad. Elizabeth y Tadeo Campuzano. Editorial Fondo de la Cultura.
- Gobierno Autónomo Departamental de Oruro. (2012). Oruro Cultural y Turístico. Unidad de Turismo y Cultura del Gobierno Autónomo Departamental de Oruro.
- Ministerio de Justicia. (2012). Pluralismo Jurídico y Derechos de la Infancia, Niñez y Adolescencia. Estado Plurinacional de Bolivia. Ministerio de Justicia. Viceministerio de Justicia Indígena Originaria Campesina; Organización de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).
- Molina Casanova, Marvin. (2013). Descolonizando 1. Ministerio de Culturas y Turismo, Viceministerio de Descolonización.
- Naciones Unidas. (2009). Resolución 63/278. Día Internacional de la Madre Tierra. Resolución aprobada por la Asamblea General el 22 de abril de 2009.
- Pikasa, Xavier. (2010). El evangelio de Marcos. La buena noticia de Jesús. Editorial Verbo Divino.
- Reina-Valera. (1989). La Santa Biblia. Editorial Mundo Hispano. XXI editores.



María Cristina Gómez Isaza¹



LA CONSTITUCIÓN Y LAS EMOCIONES

Relato alternativo de la Constitución y del Constitucionalismo

¹ Licenciada en Derecho Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín), Doctora en Derecho de la Universidad de Navarra - Pamplona (España).

Entre otras funciones desempeñadas se destaca haber sido Coordinadora del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad, Jefa del Departamento de Formación Universitaria de La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Magistrada Auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura-Sala Administrativa y Directora de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. En el ámbito académico ejerció el cargo de Profesora de Derecho (Universidad de Antioquia), Docente en el Posgrado de Derecho Administrativo. Docente en la Maestría de Derecho Procesal y Doctorado en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Docente de Argumentación Jurídica y de Derecho Constitucional de la Universidad EAFIT - Escuela de Derecho de Colombia. Profesora de la Maestría en Derecho Público de la Universidad Sur De Colombia.

La Constitución y las Emociones

Relato alternativo de la Constitución y del Constitucionalismo

María Cristina Gómez Isaza

RESUMEN

Este escrito busca describir el relato patriarcal y machista creado por el racionalismo ilustrado y por el constitucionalismo liberal. Las pasiones y las emociones acudieron a la construcción de la Constitución como intereses de tipo económico y egoístas radicados en los hombres blancos y propietarios. Es momento de encontrar una alternativa emocional que interprete la Constitución bajo principios de libertad femeninos y de igualdad material. Para ello se hará un recorrido por la dependencia de la pasión a la razón en la construcción de la democracia (supremacía de lo masculino sobre lo femenino), las razones y las pasiones del constitucionalismo para proponer la revisión de las relaciones de igualdad entre razón y emoción para construir debates igualitarios.

Palabras claves

Constitucionalismo, pasiones y razones, Constitución y emociones.



INTRODUCCIÓN

No hay nada en el mundo que sea capaz de hacer si de ayudar a las personas por quienes siento cariño se trata. Te aseguro que no soy de las que quieren a medias. Mis sentimientos siempre son profundos y arraigados. “La abadía de Northanger” Jane Austen (1817).

El liberalismo es una ideología racional de contenido masculino, es y ha sido el fundamento del relato político de la democracia moderna con argumentos basados en la lógica de medios- fines y de cálculos de éxito o fracaso en favor de los intereses particulares de los varones, blancos, propietarios.

El constitucionalismo tiene por fin el control al poder, que sólo se logra mediante la separación de poderes y la creación de derechos de libertad. Tanto el derecho constitucional como la teoría de la Constitución se han construido bajo ese mismo relato racional masculino de medios y fines; es en este sentido racional la Constitución el mejor medio para lograr el control al poder y asegurar el predominio de los intereses liberales de los varones burgueses.

Esta narrativa por tanto es excluyente de lo sensible, establecerá con sus razones dicotomías inconciliables como la división de la esfera de lo público y la esfera de lo privado, la diferencia entre la legalidad y la ilegalidad, la distinción entre lo constitucional y lo inconstitucional.

En este artículo quisiera sugerir otra reflexión acerca de la ideología del Constitucionalismo diferente a la reflexión institucionalista y masculina que ha sido tradicional en nuestra cultura jurídica – política, una reflexión no sesgada y excluyente como el dominante hasta ahora de la ideología liberal racional e ilustrada que ha privilegiado los intereses masculinos.

Esta reflexión que propongo utiliza a la pasión y los sentimientos que han estado solapados por la racionalidad masculina, pues para ésta, la política y el Derecho desdeñan a las emociones por ser sinónimo de locura. El sentimiento que propongo son las pasiones y emociones que hacen parte de la construcción de nuestros pensamientos y son los motivos de nuestras acciones, éstos, son el motor y la energía de nuestra voluntad en los espacios en los que nos relacionamos con los demás.

Con esta propuesta emocional del constitucionalismo se busca trasgredir

la asimetría entre hombre y mujer, así mismo, develar el interés masculino en mantener lo femenino al margen de la política, de la democracia y de la construcción de lo público.

Para ello quiero hacer evidente el rol protagónico de los sentimientos que acudieron a la construcción de la ideología del constitucionalismo liberal que los varones se encargaron de mantenerlos al margen de la política en la construcción de la democracia; resaltar además como el papel de lo afectivo fue usurpado por la razón, lo que reprodujo el interés de mantener la sumisión de la mujer al hombre; hacer el reconocimiento del poder que emerge de las emociones y de las pasiones y de su mano hacer explícito el empoderamiento de lo femenino en la política y en el constitucionalismo en el momento actual.

No quiero reproducir el sentido violento de exclusión que ha sido utilizado por la razón masculina y que ha creado una nueva tensión inconciliable y dicotómica; en este constitucionalismo emotivo no se pretende defender el poderío de la pasión por encima de la razón, intenta describir la necesaria relación de igualdad de ambas capacidades racionales y afectivas en la condición humana. Estamos obligados a buscar un nuevo horizonte no dicotómico entre razón y pasión (Máiz, 2010, p 15) para interpretar los proyectos democráticos y las Constituciones y con ello hacer efectiva la igualdad de géneros en los mismos.

Para lo anterior, quisiera partir de tres realidades:

1. Hemos “desdeñado” el sentimiento, la pasión y los afectos como parte de nuestro quehacer político y de nuestro papel como ciudadanas para darle el protagonismo a la razón, particularmente a la ilustrada.
2. El sentimiento, la pasión y las emociones como realidades humanas compartidas, nos identifican como seres humanos que existimos arrojados a un destino que no podemos controlar. En el sentimiento, en la pasión y en las emociones, encontramos el sentido de la igualdad y su contenido genuino de identidad en nuestra fragilidad, sin necesidad de acudir a relatos eruditos o funcionales de justificación o explicación, simplemente se necesita existir y sentir, a su vez sentir la existencia del otro para entender que tenemos los mismos miedos, angustias, simpatías o aversiones.
3. La construcción del discurso racional del constitucionalismo estuvo mediada y



tocada por los sentimientos y las pasiones. Si buscamos revivir el compromiso por la igualdad y la libertad sustento de la democracia debemos acercarnos a la construcción de sus contenidos con la sensibilidad de lo humano (Gómez, 2018, p.261).

Por lo anterior, la ruta que se emprenderá para encontrar un dialogo provocador entre la razón y la pasión en el constitucionalismo y en la construcción emotiva de la democracia, inicia en una primera parte con la descripción de las ideas básicas de la sumisión del sentimiento (la supremacía de lo masculino sobre lo femenino); posteriormente se definirán las razones del constitucionalismo y las emociones (el ascenso de lo femenino para alcanzar la igualdad) para finalizar con la necesaria revisión de relaciones de igualdad entre razón y emoción para construir debates igualitarios y de equidad de género en la vivencia afectiva de la Constitución.

PRIMER PARTE: EL DESDÉN POR EL SENTIMIENTO Y POR LA PASIÓN

La supremacía de lo masculino sobre lo femenino

“La historia nos muestra que los hombres siempre han ejercido todos los poderes concretos, desde los primeros tiempos del patriarcado, han juzgado útil mantener a la mujer en un estado de dependencia; sus códigos se han establecido en contra de ella; y de ese modo la mujer se ha constituido como lo Otro” (De Beauvoir 2017 p.139).

La cultura occidental en la modernidad ha creado el concepto de verdad, de ciencia y de política con la razón; dichos conceptos universales y abstractos han dejado a la pasión y a los sentimientos ocultos de los diálogos sociales, reservando sus espacios a lo privado.

La Constitución ha sido parte del discurso racional del constitucionalismo, que como técnica de control al poder, asumió la necesidad de dividir las funciones del poder y atribuir las a órganos separados además de la consagración de derechos de libertad (Bobbio, 1991). La Constitución y el Derecho, ocultaron la separación entre lo femenino y lo masculino, entre el poder del varón y la dependencia de la mujer, además, señalaron los espacios en las que ésta podía habitar y entregó los contenidos de libertad y derechos a los hombres.

Este discurso coincide con el gobierno cooptado y “justificado” de los hombres,

gobierno que reguló las formas de la democracia representativa en favor de sus intereses masculinos y que permitió la atribución exclusiva de los derechos políticos a los varones.

Esta victoria de lo masculino en las instituciones de la democracia de representación nos dejó a las mujeres relegadas a las relaciones privadas y de familia, pues no solo estábamos privadas de los derechos políticos, también de los derechos civiles, pues una vez la mujer contraía matrimonio (suscribía el contrato de matrimonio) perdía la capacidad civil. Así las cosas, sin derechos políticos y sin derechos civiles, el papel político de la mujer fue confinado a las labores de la crianza de los hijos y del cuidado del hogar.

Fue la razón la que determinó la exclusión de las mujeres de los debates y de la participación en política, la razón masculina construyó la democracia, institucionalizó el Estado y el derecho sin escuchar las voces femeninas en la construcción de lo público y de lo colectivo.

El desdén por la pasión reflejado en la política liberal y en el constitucionalismo es una de las estrategias utilizadas por lo masculino para opacar lo femenino, mantener además de la invisibilización, la exclusión, la jerarquía y la supremacía de las decisiones masculinas en política y en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Plantearé tres reflexiones con el fin de describir el desdén por los sentimientos y por la pasión en la construcción de la democracia o el relato político de exclusión y sumisión femenina: la pasión, el sentimiento o entusiasmo se identifican con la parte más frágil de la condición humana y su discurso alternativo “las mujeres no deben gobernar”; la pasión y el sentimiento se identifican con locura cuyo discurso paralelo es “las mujeres no tienen inteligencia racional”; finalmente los gobiernos despóticos han apelado a las pasiones y en su ejercicio han atropellado la dignidad humana como discurso subliminal “la culpa es de la pasión, la culpa es femenina, el error es masculino”.

Emplearemos los términos emoción, pasión o sentimiento como sinónimos, sólo a los limitados efectos de nuestro objetivo en estas páginas, de la estructuralmente proscrita dimensión afectiva de la política.



A. La fragilidad de la pasión y de los sentimientos - las mujeres no deben gobernar:

“Existe un principio bueno que ha creado el orden, la luz y el hombre, y un principio malo que ha creado el caos, las tinieblas y la mujer” Pitágoras

Hemos asumido que la condición humana se debate en la dualidad espíritu y cuerpo, la razón es el espíritu y el cuerpo la pasión, dualidad que se refleja también entre hombre - razón y mujer – sentimiento o entre hombre espíritu – mujer cuerpo; la parte fuerte de nuestra condición humana pertenece a la razón que debe dominar a la pasión, el espíritu debe dominar al cuerpo, que traduce finalmente el dominio de lo masculino y la dependencia de lo femenino en las relaciones interpersonales, sociales y políticas.

En la construcción del Estado moderno, del derecho y de la democracia, estos argumentos se mantienen bajo la razón, esta es considerada como la verdad, ilumina el camino del conocimiento, asu vez, la pasión es algo externo, confuso y oscuro que significa minoría de edad o inmadurez; la pasión además, no puede ser justificada en un diálogo o debate entre seres humanos que quieren acceder a la comunicación de la verdad y del conocimiento de la misma; la pasión por lo tanto sólo puede ser manifestada en la esfera de lo privado.

Maiz (2010) describe las siguientes dicotomías construidas bajo la preeminencia de la razón y el desdén por la pasión y las emociones:

Mente – Cuerpo; Res cogitans - Res extensa; Pensamiento – Sentimiento; Cognitivo- Afectivo; Cabeza- Corazón; Objetivo – Subjetivo; Racional- Irracional; Calvinismo- Pietismo; Consciente- Inconsciente; Literal – Metafórico; Activo- Pasivo; Control- Automatismo; Juicio - Prejuicio; Autonomía – Dependencia; Lucidez – Ofuscación; Cordura – Sinrazón; Constructiva – Destructiva; Imparcialidad - Faccionalismo Justicia Arbitrariedad Ilustración Romanticismo Ciencia Arte Civilización Naturaleza; Universal – Particular; Moderno – Primitivo; Intereses – Pasiones; Cálculo – Impulso; Negociable- Innegociable, Individuo - Multitud Masa; Civismo – Nacionalismo; Liberalismo – Populismo; Consenso – Conflicto; Libertad – Tiranía; Orden – Desorden; Coherencia – Incoherencia; Estabilidad- Inestabilidad; Trabajo – Sensualidad; Apolíneo – Dionisiaco; Poder – Debilidad; Público – Privado; Masculino – Femenino.

Esa fragilidad de la pasión ante la razón magnificada y exacerbada por la modernidad, tiene su origen en la antigüedad. Tanto Platón como Aristóteles consideraron que la razón es la condición necesaria para alcanzar la virtud. La virtud sólo puede ser lograda por los varones ciudadanos, quienes son los únicos dotados de razón; quedan excluidos de la posibilidad de acceder a ésta y al conocimiento de la verdad los niños, los esclavos y las mujeres. El logos logra el control y el dominio de la afectividad por medio de la racionalidad y el logos sólo lo tienen los hombres ciudadanos y libres.

“Considero más valiente al que conquista sus deseos que al que conquista a sus enemigos, ya que la victoria más dura es la victoria sobre uno mismo” o en el caso concreto del derecho “La ley es razón sin deseo” (Aristóteles, 1994, p.76).

En la distinción antigua entre lo racional y lo irracional del alma humana se encuentra entonces el origen de la discriminación que se ha mantenido a lo largo de la historia de la humanidad entre lo masculino y lo femenino, entre juventud y madurez y otra solapada entre quienes son propietarios y quienes subsisten de su trabajo.

La relación razón – pasión es de dominio y dicha jerarquía establece la diferencia inconciliable entre lo bueno que es lo racional y lo malo es lo sentimental o afectivo pues allí no existe más que debilidad.

La modernidad es donde la razón construye su victoria sobre la pasión y las emociones en la teoría del conocimiento, pero no se queda con este triunfo en lo cognitivo, la razón se lleva todo y gana también en el proceso de la construcción del Estado y en el de su legitimación democrática y en el proceso de discriminación de la mujer.

Para la época de la creación del Estado de derecho en la modernidad, la relación razón - pasión ya no es de dominio sino de exclusión, con consecuencias radicales de desconocimiento de dichas pasiones y emociones, a tal punto que el conocimiento y el acceso a la verdad sólo se lograba por medio de la razón, la pasión por su parte oscurece, entorpece el proceso de acceso a la verdad y al conocimiento.

La versión fuerte del concepto de racionalismo en la modernidad es construida por

Descartes, quien paradójicamente fue asesor de una de las reinas que propusieron el despotismo ilustrado. Cristina de Suecia quiso crear una justificación del poder absoluto fundamentada en razones, como la obligación moral de los monarcas de velar por su pueblo: “todo por el pueblo, pero sin el pueblo”. La historia relatará posteriormente que el interés político de la Monarca Sueca cedió por amor al abdicar finalmente en favor de su primo.

Descartes crea el relato de la exclusión de la pasión y terminó apasionado por la razón, ya que esta era el instrumento para acceder a la verdad, que ilumina todas las realidades humanas y sus dimensiones sociales, políticas y éticas.

La realidad del ser humano es su pensamiento o conciencia, estas ideas o pensamientos deben ser dotados de razón. Se debe dudar, como inicio de un proceso de conocimiento al que se convoca a la razón, porque las ideas en sí mismas no son ciertas. La condición humana duda, entiende, concibe, afirma, niega, quiere, no quiere, imagina y siente y solo la razón puede dar un orden a las ideas y al conocimiento de la verdad (Descartes, 1983).

Esta versión de supremacía de la razón es trasladada a la supremacía del espíritu –razón sobre cuerpo – pasión, esto se advierte en la tercera máxima del discurso del método (Descartes, 1983):

Tratar de vencerme siempre a mí mismo antes que a la fortuna, en procurar cambiar mis deseos antes que el orden del mundo, y, en general, acostumbrarme a creer que no hay nada que este enteramente en nuestro poder más que nuestros pensamientos (Descartes, 1983, pp.65-66).

La regla dos del discurso del método establecerá el orden racional del conocimiento:

(regla II) Solo hemos de ocuparnos de aquellos objetos para cuyo conocimiento cierto e indudable parecen ser suficiente nuestra mentes (...) Rechazamos todos los conocimientos que no son más que probables y declaramos que no hay que dar crédito más que a lo que es perfectamente conocido y aquello de lo que no se pueda dudar (Descartes, 1983, p.146).

Solo la razón accede a la verdad por medio del yo pensante, solo se existe si se piensa, pero una existencia en la verdad sólo se logra si podemos partir de lo que pensado no es comprobable pues se tiene por cierto y que podemos aprehender enderezando al pensamiento del todo a sus partes (Descartes, 1983, p.77).

La relación de sumisión de la pasión a la razón se encuentra en Kant (2016), quien distingue tres tipos de facultades: la razón, la sensibilidad y el entendimiento. La ruptura de la razón desde su criticismo reconduce la experiencia como presupuesto de la razón, las experiencias sensibles del hombre crean razones, el uso de la razón permite conocer el mundo.

Para Kant la razón teórica accede al conocimiento de los objetos y los fenómenos de la realidad sensible, esta no puede acceder a los objetos que están por fuera de la experiencia como Dios, el alma, el yo pensante, la sustancia. La razón práctica se ocupa de la moral y de las costumbres, estas pueden ser racionalizadas bajo principios superiores, todo ello puede ser encausado por la razón y es la inteligencia quien puede medir de alguna forma la moralidad de las personas, los principios pueden encauzar de manera adecuada la conducta del ser humano.

La distinción entre razón y emoción también se encuentra en Pascal que en el texto “Pensamientos” diferencia entre dos tipos de espíritu: entre espíritu geométrico (la razón) y espíritu de la sutileza (el sentimiento o la emoción), con el fin de demostrar que la existencia de Dios no le corresponde a la razón:

el espíritu geométrico ayuda a captar las verdades univocas, cuantitativas, utiliza la lógica y la deducción es el método propio de las ciencias; a su vez el espíritu de la sutileza o de la finura se caracteriza por el uso de las intuiciones, de los sentimientos para captar verdades ambivalentes y cualitativas, no utiliza la demostración, las reglas y es un método propio de la vida, las ciencias humanas, la estética y la moral. Es el corazón el que siente a Dios y no la razón “el corazón tiene razones que la razón no conoce (Pascal, 2001, p189).

Este desdén por la pasión, su relación excluyente y de jerarquía tuvo su explicación en el contexto político fundamento de sus relatos: conjurar el fanatismo religioso heredado de la edad media y arrebatar el poder a la iglesia católica con sus dogmas.

Bajo el anterior pretexto, la razón se “entronizó” y se constituyó en el fundamento de la construcción de la ética y de la moral, éstas convertidas en abstracciones rigurosas y matemáticas fueron utilizadas como argumentos para confrontar las legitimaciones de los gobiernos de tipo carismático y tradicional, también sirvieron como argumentos para invisibilizar a la mujer en la esfera de lo público y de la política.



En esta parte de las ganancias políticas masculinas las mujeres hacíamos parte de un grupo irracional de seres que dependían de un patriarca o pater familia que había logrado su liberación de las cadenas del absolutismo y de los dogmas oscuros de la religión, el varón con su razón ganó el Estado, la Constitución y el derecho con ideas de interés general, bien común, felicidad para el mayor número de seres racionales, voluntad general y representación.

El derecho de libertad nacerá con contenidos elitistas y de discriminación bajo ideales propios de los hombres, éstos empoderados de la verdad, de la ciencia y del gobierno, luego de su victoria contra los gobiernos absolutos se autoproclamaron en seres capaces de comprender la verdad por medio de la razón y alcanzar con ella un proyecto de vida propio.

Sin embargo, el discurso racional de esta ganancia masculina además de sesgado es incompleto pues negó varios sentimientos que acompañaron la victoria política burguesa, sentimientos no confesados como: el egoísmo, ánimo de lucro, el miedo a perder la propiedad, la expectativa de seguridad y certeza en las relaciones comerciales.

Esa versión masculina del Estado, de la Constitución y del derecho aparece signada por la violencia, la guerra, por la definición del otro como un sujeto sospechoso capaz de quitarnos lo propio. En esta versión el poder se interpreta como ganancia e imposición del guerrero vencedor.

El Estado entonces termina siendo identificado culturalmente con el ser masculino como algo natural y real, así lo describe Kelsen (1979) en la crítica que hace a la teoría organicista del Estado que le atribuye este sexo y lo distingue de la iglesia:

Finalmente, se plantea la cuestión en torno al sexo del Estado, y se afirma: El Estado es varón. Como es natural resulta imposible y superfluo fundamentar en la biología esta afirmación desconcertante, pues su sentido auténtico no pasa de ser un postulado político: téngase presente que al afirmarse el sexo masculino del Estado se dice al propio tiempo que el sexo femenino corresponde a la iglesia; así que todo lo que hay detrás de esta investigación de índole sexual es un capítulo de la política del derecho: el que determina que las relaciones entre el estado y la Iglesia se regulen de modo que corresponda a la tradicional supeditación de la mujer al varón (p14).

Las teorías del Estado describieron entonces a un sujeto poderoso, capaz de imponer su voluntad (soberanía) y de centralizar la fuerza, reflejo de la condición de varón creada por la cultura occidental; esta versión conservadora del Estado muestra de manera diáfana la aceptación de un argumento “irracional” pero políticamente sostenido por los intereses masculinos: La mujer no debe gobernar.

B. La pasión como sinónimo de locura que solo puede ser confesada - las mujeres no tenemos inteligencia racional:

“Cuando reflexionamos acerca de nuestras emociones, solemos imaginarlas como fuerzas que se adueñan de nosotros, por decirlo así, desde fuera. Frecuentemente, parecen tener poca relación con nuestros pensamientos, evaluaciones y planes.” (Nussbaum, 2006 p.34).

El interés masculino de apropiarse el poder para sí y para su género tenía que encontrar argumentos “racionales” para excluir a la mujer de la política, del Estado, de la Constitución, la razón jurídica fue la de la “incapacidad”, “solo los hombres como buenos padres de familia son capaces”, estas razones nos ubican en la esfera de lo privado, aparecimos entonces reflejadas en el Código Civil como parte de la familia y de los seres incapaces relativos dependientes de los hombres.

El anterior discurso excluyente se fundamentaba en que las mujeres no tenemos capacidad de raciocinio - razón y solo tenemos emociones; estas nos convierten en seres obnubilados e incapaces de descifrar intereses económicos. Somos incapaces de diálogos racionales y solo podemos hacer parte de diálogos emocionales.

Esta realidad humana y política nos deja en desventaja al momento de ser escuchadas nuestras razones, pues éstas se confunden con emociones y debemos cumplir con el argumento de que una pasión o emoción debe ser justificada y confesada (racionalizarla) si pretendemos hacerla explícita en algún tipo de diálogo entre seres racionales - varones.

La pasión como locura es el argumento del racionalismo masculino que justificaba la restricción de los derechos políticos de las mujeres durante los siglos XVII y XIX en los que se construye la democracia representativa.

Manteníamos entonces para esa época nuestra realidad vital acallada, nuestras voces eran identificadas como pasiones y emociones que estaban albergadas en nuestro ser irracional al que debía tenerse alguna condescendencia. Sólo éramos



tenidas en cuenta cuando tomábamos distancia de la pasión (dejábamos de ser parte de nuestro ser de mujer) y se nos permitía una discusión racional.

En el lenguaje del desdén a la pasión o de lo femenino se incluye un sacramento: las emociones no se argumentan se confiesan lo que determina su contenido de culpabilidad por sentirlas. Las confesiones son hechas bajo el sentimiento de culpa en espacios de arrepentimiento, casi siempre ante otro que reitera tu culpa, te consuela por la fragilidad de tu razón y de manera autoritaria te absuelve, además de increparte y advertirte que no lo debes volver a hacer.

La confesión es algo privado, una vez asumo mi culpa por padecer una emoción o simplemente por sentir, la razón es la que nos perdona, siempre y cuando asumamos el compromiso de no volver a recaer en el sentimiento, finalmente todo lo sentido debe olvidarse.

Restringir la voz de mujer a los sentimientos, confesados en privado y bajo la idea de culpa fue el relato político del constitucionalismo moderno que discriminó a la mujer en los derechos de libertad en su contenido personal: libertad de expresión y en su contenido político: le negó el derecho al voto y a ejercer cargos públicos.

El Derecho, la Constitución y el constitucionalismo consagraron esta discriminación racionalizando la cultura occidental de desigualdad entre mujeres y hombres, sin embargo, esta racionalización de la desigualdad femenina dañó igualmente lo masculino, al crear un estereotipo de ser humano que niega o desdeña su esfera afectiva y lo obliga a determinar una actitud excluyente y sospechosa ante los otros.

Así lo masculino queda incapacitado para comunicarse con los otros, para establecer relaciones de empatía, sus relaciones se basan en el interés y para ello es necesario eliminar los sentimientos y las pasiones. La exclusión de los sentimientos olvidó la única condición de igualdad natural del ser humano: la de sentir; la razón creó relaciones sociales de superioridad y dominación que terminaron en exclusión y violencia.

Hombres y mujeres quedamos separados y diferenciados de nuestros compromisos éticos y políticos; los primeros podrán ser escuchados en espacios donde se discute la verdad, el conocimiento y el ejercicio de los derechos políticos; nosotras que sentimos y reconocemos nuestras pasiones podremos ser escuchadas al

confesar las mismas en los espacios privados o de penitencia que es el lugar donde se hace explícita la fragilidad. Esos espacios no son los políticos y mucho menos los académicos.

Este mensaje dual no permite reconocimientos, de un lado están los seres superiores dotados de razón que niegan la existencia de las pasiones, y de otro lado nos encontramos los seres cargados de culpas por el solo hecho de existir y sentir.

No podrán existir por ello diálogos humanos que consideren la diferencia solo dos tipos de diálogos: el dialogo racional entre los seres sabios dominados por la razón y el dialogo emocional entre los seres ignorantes poseídos por la emoción.

La distinción excluyente y discriminatoria no permitirá crear compromisos de solidaridad y de empatía con los otros y mucho menos entre los seres distintos a los racionales.

Esta versión que radicaliza al individuo, lo encripta, lo circunscribe a lo racional va en contra de los postulados universales reivindicados por la Constitución de igualdad, le comunica sentidos de egoísmo y negación del otro a pesar de que sea de su mismo género.

C. El atropello de la pasión (la culpa es de la pasión, la culpa es femenina).

“Hasta los más hábiles hombres caen, e ignominiosa es su caída cuando en bello ropaje ocultan infames palabras para servir a su avaricia.” Antígona

La construcción del Estado en la modernidad utilizó a la pasión para la centralización del poder en el Monarca, la pasión entronizada por la religión y la tradición permitió la existencia del poder absoluto.

Como lugar común de la visión eurocéntrica del Estado, aceptamos que el origen del Estado moderno se encuentra en la conformación de la Nación y en la exclusión de poderes paralelos que competían con el poder real, este origen no tuvo un contenido racional.

La Nación es una realidad emocional que parte de la existencia de identidades de tipo cultural, racial, religioso y lingüístico entre otros. El extremo de este sentimiento de identidad es el nacionalismo que ha sido el origen de las mayores masacres. La pasión y el sentimiento han oficiado también como argumento



extremo y al igual que la razón moderna, ambas han propiciado realidades políticas excluyentes.

Comparte la pasión con la razón relatos de tensión y exclusión, pues la estrategia de exclusión es la misma, pero por diferentes caminos: mientras la razón puede ser argumentada (excluye a seres no racionales), la pasión es individual y nadie la comprende (excluye el diálogo humano de cualquier contenido).

La pasión derivó además en los fanatismos religiosos que generaron las confrontaciones bélicas entre católicos y reformistas. Las guerras religiosas que, enfrentará a Europa entre príncipes católicos y protestantes apelaron a la fe, justamente de manera contradictoria a lo propuesto en su origen por el cristianismo: el amor al prójimo.

En la denuncia de estos atropellos, nadie olvidará que los relatos racionales masculinos de que el hombre es un lobo para el hombre (Hobbes 2014), el individuo sólo tiene un instinto el de conservación; la condición humana es la de la bondad pero la sociedad se encarga de corromper al hombre (Rousseau, 1972); el conflicto entre los seres de una sociedad surge por la tendencia del hombre a apropiarse de cosas y por la necesidad de preservar su buen nombre (Locke, 2001).

En concreto el sentimiento de miedo es el sustento de la razón para construir el Soberano, y es en el Leviatán en el que se construirá desde el miedo un ser poderoso y malo capaz de controlar al ser humano que es malo por naturaleza. El miedo es “una aversión con la opinión de daño por parte del objeto”... es “una cierta previsión de un mal futuro”, es esencialmente, desconfianza, cautela, precaución (Bürlhe, 2004).

Así la construcción del otro es la de un enemigo:

“el otro acecha, homo hominis lupus; tal vez sólo tenga buenas intenciones; no lo sé, no puedo saberlo; el hombre no es diáfano, no se revela tal cual es; debo entonces estar preparado, menester es que me defienda. Puedo esperar el ataque y sólo reaccionar; o puedo adelantarme y atacar primero. Lo que me está vedado es no utilizar todos los medios a mi alcance para conservar mi vida. Pero también el otro me mira con recelo; no sabe lo que me propongo. La vida se asemeja a un drama en el que cada cual conoce su libreto, pero no

el ajeno. La existencia tiene la forma de lo incierto, la inseguridad es la regla". Bűrthe, 2004).

Históricamente no puede negarse que la pasión derivó en fanatismo, creó guerra y conflicto, pero considerar que la razón es la condición humana capaz de acabar con la infamia de la agresión al otro, es negar la existencia de una parte de los seres humanos en la que el individuo puede reconocerse, encontrar su realidad única, cual es el sentimiento, este se convierte en la condición más fuerte del humano para reconocerse con el otro, esta condición del sentimiento es la que puede propiciar sentimientos de empatía e inclusión.

La pasión que se identifica con fanatismo es la pasión contaminada de poder y miedo, le permite a quien la siente negarse a sí mismo y evadir su responsabilidad en torno a los demás y a su existencia, de la misma manera, la razón justificada en un consenso general de tipo racional termina diluyendo la responsabilidad del individuo en las decisiones colectivas.

Esta dicotomía entre pasión y razón, entre femenino y masculino es la negación de la pluralidad del ser y de su integridad humana: tanto hombres como mujeres estamos dotados de emociones y tenemos capacidades para racionalizar nuestro contexto y entorno.

El discurso político del constitucionalismo basado en los intereses económicos de los hombres y en su proyecto de libertad, creó una dicotomía inconciliable acerca de nuestra realidad humana: los hombres gobiernan porque son racionales, las mujeres no gobiernan porque son emocionales.

Es hora de transgredir este relato excluyente de libertad e igualdad formal masculina y propiciar un relato plural e integral femenino que incorpore las voces de la pasión y de la emoción, un relato integrado de ambas en el que se acepte en igualdad de condiciones a la razón y a la emoción, este, es el relato histórico reivindicado por la igualdad entre hombres y mujeres. Intentemos escribir un relato comprometido, en el que nuestra condición femenina sensible diferente a la condición racional masculina se encuentre con diálogos y compromisos colectivos por el respeto a la diferencia.



SEGUNDA PARTE: LAS RAZONES Y LAS PASIONES DEL CONSTITUCIONALISMO

Visibilizar la asimetría

“Para Kierkegaard ser mujer es algo tan extraño, tan mezclado, tan complicado que ningún predicado llega a expresarlo, y los múltiples predicados que se quisieran emplear se contradirían de tal modo, que sólo la mujer podría soportarlo” (De Beauvoir 2017).

No es real que el constitucionalismo se creó sólo por razones, también tuvo como sustento varias pasiones y emociones que fueron el motor de las reivindicaciones políticas de libertad e igualdad formal de los hombres; estas emociones no quedaron plasmadas en Constituciones y códigos; tampoco es real que los hombres no tengan sentimientos y menos real que las mujeres no tengamos razón.

Esa versión separada de las realidades humanas pasión – razón y su imposible convivencia sólo sirvió para excluir políticamente a las mujeres de la posibilidad de ejercer sus derechos civiles y políticos con el fin de mantener el mercado y una sociedad de tipo patriarcal.

Ahora que el constitucionalismo hace eco de nuestras ganancias políticas como mujeres su contenido debe integrar el sentimiento de reconocimiento al otro, al diferente y al distinto.

En esta segunda parte mostraré como las razones masculinas estaban acompañadas de sentimientos y pasiones, intentare finalmente describir una ruta de construcción de un constitucionalismo emotivo capaz de integrar nuestra naturaleza humana racional y pasional.

A. Las razones del Constitucionalismo:

“El hombre ilustrado cuyo pensamiento se resistió a defender prejuicios absurdos y adoptó la causa de los principios, perdió sin embargo la facultad de razonar cuando abrazó su nueva verdad con espíritu de partido, igual que el partidario del antiguo error, y, al final ambos han acabado empleando medios similares. Así como hemos visto predicar el ateísmo con la intolerancia de la superstición, así el espíritu de partido gobierna la libertad con el furor del fanatismo” (Staël, 2007 p.145).

Las razones del constitucionalismo resumidas en evitar la concentración del

poder y el riesgo de no ser libres, acompañadas del miedo y, de la inseguridad de perder la vida y la propiedad se construyeron como ideario político liberal para confrontar las pasiones del Monarca que desde la edad media eran consideradas como malignas.

Para ésta época, se reconoce la existencia de las pasiones en el ejercicio del poder del rey o del príncipe, los cuales debían gobernar alejándose de las mismas eran la causa del mal gobierno; de manera paradójica son los dogmas religiosos, místicos y emocionales los que justificaban el poder real y la concentración del poder y su centralización en la construcción del Estado moderno.

Thomas de Aquino, Dante y Marsilio de Padua reconocerán esta convivencia paradójica entre pasiones y gobierno y su reconocimiento como “mal” se constituyeron en los argumentos utilizados por la razón para deponer los absolutismos e instaurar la democracia masculina (Bertelloni, 2006).

Según Thomas de Aquino, la diferencia entre un Rey y un tirano era el ejercicio del gobierno de las emociones y las pasiones que lo tornaban en gobierno injusto. El tirano oprime a sus súbditos cuando gobierna con sus emociones corporales y espirituales: la avaricia, la rabia y la discordia y la vanidad.

Para Dante, las decisiones del Emperador, transformadas en leyes, son leyes justas porque emanan de la justicia encarnada en el mejor hombre. Éste no está dominado por la pasión (*volentissimus*), encarna el mejor querer, y es poseedor del mayor poder (*potentissimus*), es el sujeto con mayor poder por no sentir. (Ibíd, p.64).

Dante construye una secuencia causal (...) organizada en tres momentos: primero, el Emperador es el mejor poder porque puede todo y siempre quiere bien; segundo, ese poder actúa con plena justicia, porque en él todo querer es bueno y la justicia no encuentra obstáculo en ninguna pasión; y tercero, las decisiones o normas emanadas del Emperador son justas, pero no porque sean leyes, sino a la inversa, esto es, ellas son leyes porque son decisiones o mandatos de un poder absolutamente justo, es decir, plenamente virtuoso (Ibíd, p.65).

Marsilio de Padua será el primero en describir la ley como obstáculo al gobierno de las pasiones, A partir de la necesidad de establecer para atemperarlas desarrollará una teoría de la ley en tres tesis: 1) la sustracción al sacerdocio de toda potestas



coactiva y su transferencia al gobernante temporal; 2) la identificación del origen de la ley con el pueblo (*universitas civium*); y 3) la teoría de la ley como precepto coactivo. Como de inmediato podrá percibirse, Marsilio trata el problema de la pasión en vinculación directa con su teoría de la ley (Ibíd, p.66).

Los tres autores citados por Bertollini en el medioevo no negaron las pasiones, las confrontaron y las asumieron como un riesgo en el ejercicio del poder del Monarca para atacar la libertad y es el argumento principal de inicio de la construcción de la hazaña de la razón en la modernidad: la exclusión de la pasión de la política (Máiz, 2010).

El contexto en el que surge el Estado de derecho y la idea de la democracia liberal, era el de gobiernos despóticos que justificaban las distinciones sociales por el origen y la riqueza, en una sociedad estamental y estratificada, que excluía del ejercicio del poder político a la clase emergente denominada la burguesía.

Las revoluciones liberales asumen la confrontación pasión - razón y el dominio de la razón para alcanzar con ella la libertad. El Antiguo Régimen emocional y despótico debía ser derrocado aún por medio violentos.

La razón lideró la propuesta política del constitucionalismo para atacar y destruir las pasiones y las emociones que mantuvieron la estructura política y social del absolutismo.

El monarca ejercía el poder basado en justificaciones religiosas e históricas, para ese entonces, se excluía del debate político a quienes habían logrado un ascenso social y económico en una incipiente economía capitalista.

Las reivindicaciones burguesas tenían como justificación la irracionalidad del absolutismo en su contexto social clasista y en su contexto económico y político excluyente.

La razón acudió como el medio que lograría y garantizaría un régimen de libertad e igualdad formal y fue el relato que institucionalizó el Estado de derecho.

El constitucionalismo como ideología liberal planteó la necesidad de controlar el poder, el Estado es el resultado de un convenio o pacto entre los miembros libres de la sociedad, este reconocerá la existencia de unos derechos inalienables de libertad e igualdad para los individuos, será la Constitución el instrumento racional

que establecerá los límites al poder por medio del principio de separación de poderes y el reconocimiento de las libertades como el fin supremo de lo político.

La razón será el fundamento para declarar que todos los individuos por el sólo hecho de su existencia nacían libres e iguales (Rosseau, 1972). La libertad es la condición natural del sujeto dotado de razón que encontraba la evidencia clara y certera en la libertad de pensamiento (única libertad no restringible por fuerzas externas a las del propio individuo).

Un individualismo secular, racionalista y progresivo dominaba el pensamiento ilustrado. Su objetivo principal era liberar al individuo de las cadenas que le oprimían: el tradicionalismo ignorante de la clase media que todavía proyectaba sus sombras sobre el mundo; la superstición de las iglesias (tan distintas de la religión natural o racional); de la irracionalidad que dividía a los hombres en una jerarquía de clases altas y clases bajas según el nacimiento o algún otro criterio desatinado. La libertad, la igualdad – y luego la fraternidad- de todos los hombres eran sus lemas (...) el reinado de la libertad no podría tener sino las más beneficiosas consecuencias. El libre ejercicio del talento individual en un mundo de razón produciría los mas extraordinarios resultados. La apasionada creencia en el progreso del típico pensador <ilustrado> reflejaba el visible aumento en conocimientos y técnica, en riqueza, bienestar y civilización que podía ver en torno suyo y que achacaba con alguna justicia al avance creciente de sus ideas. (Hobsbawm, 1997 p. 97).

La igualdad formal desconocida en una sociedad estamental de carácter feudal, será garantizada por la existencia del mercado; en este espacio libre se podrá ejercer sin restricciones las libertades económicas, allí los individuos en igualdad de condiciones acudirían a demandar bienes y servicios.

La igualdad formal encontró además del mercado, dos espacios que permitían desplegar las libertades ganadas (libertad personal, libertad social, libertad religiosa, libertad económica y libertades políticas), estos fueron el proceso penal (debido proceso) y el ejercicio de los derechos políticos por medio del sufragio (un ciudadano un voto).

El cálculo racional de la democracia liberal elaboró el siguiente razonamiento: el fin de la democracia es lograr la igualdad y la libertad y los medios para garantizar dicha democracia son el principio de separación de poderes y el reconocimiento



de derechos fundamentales.

El principio de la separación de poderes atribuido a Montesquieu, describió y proscribió la tendencia humana a concentrar el poder, esto trae como consecuencia la existencia de poderes ilimitados que ponen en riesgo la libertad. La razón sugería que el mejor gobierno es un gobierno limitado.

Los derechos fundamentales surgen de la existencia humana y son innatos (como las ideas), el Estado y el poder no deben intervenir en el ejercicio de los mismos, pues estos que de manera racional son ejercidas por los sujetos de derecho.

El contrato social era el resultado del debate de los individuos racionales que abandonaban su libertad para cederla ante un soberano que les garantizaría las libertades civiles y políticas. Ese convenio acabaría con el estado de naturaleza o guerra en el que los individuos no pueden sobrevivir a la inexistencia de un orden.

La razón más fuerte se le atribuyó a la voluntad general que era la suma de la mayoría de las voluntades individuales de los individuos racionales que jamás se equivocaba (Rosseau, 1972).

Otra razón irrefutable la constituyó la declaración de que el origen de la Democracia se encontraba en “el poder constituyente primario”. Cuando la mayoría de los seres racionales consideraron ilegítimo el poder de la monarquía decidieron constituir un orden que estableciera las condiciones necesarias para vivir en libertad. Este poder irrefutable e irresistible no podría ser confrontado ni contrastado por decisiones posteriores de los poderes constituidos (Sieyes, 1957).

En esta construcción racional de la democracia masculina, la ley es el medio para garantizar el fin la libertad y este razonamiento tuvo como fundamento la legitimación de un gobierno basado en mayorías de las que no se discute su sabiduría pues se entiende que está conformada por seres racionales, que se han sacrificado para lograr un fin superior: la garantía de sus derechos.

Las razones masculinas del constitucionalismo crean una sola identidad: la de un sujeto que vive en medio de conflictos surgidos de intereses que deben ser homogeneizados por la razón y la verdad, en un Estado propio y apropiado por los hombres; ese constitucionalismo posibilitó un solo proyecto de vida basado en la apropiación y en el mercado.

Ese relato político no permitió construir un proyecto de libertad femenina diferente, en el que apareciera la libertad como sentimiento, una libertad sin contenidos egoístas e interesados en medio de un mercado hostil de seres competitivos, una libertad con contenido de compromiso con la vida, con la existencia propia y la de los demás, una libertad en la que los otros no son contradictorios o seres interesados en quitarnos la propiedad, una libertad en la que podemos decidir nosotras como seres que sienten que la vida es un proyecto propio y común.

B. Las pasiones del constitucionalismo.

“no se ha concedido a los sentimientos la importancia que merecen en tanto que factores de motivación y agentes de control y de negociación de las empresas culturales” (Damasio, 2019, p.15).

El constitucionalismo utilizó la razón para solapar los intereses de quienes ganaron en su momento la democracia representativa. El único sentimiento o pasión permitido en esta ganancia política y económica fue el ánimo de lucro, considerado como interés o sentimiento calmado (calmo) frente a los sentimientos oscuros y tormentosos del amor, la envidia o el odio. Ese ánimo de lucro se identificaría con egoísmo ilustrado por la razón, egoísmo que por la razón se convertiría en una virtud.

Con el fin de garantizar las libertades económicas, la razón liberal masculina, asumió que el único espacio privado que garantizaba la igualdad formal era el mercado; en el estaban dadas las condiciones para acceder al derecho de propiedad por parte de los sujetos egoístas.

El mercado fue definido como aquel espacio donde los vicios privados se convertían en virtudes públicas (Mandeville, 1953). Mi egoísmo enfrentado al egoísmo del otro creará un equilibrio natural en las relaciones económicas. Los sentimientos y las pasiones permitidas como el egoísmo y el ánimo de lucro se consideraron necesarios y adecuados para la igualdad. La historia ha mostrado que ha sido ese sentimiento o pasión calmada la causa de inequidades y tratos inhumanos.

El primer sentimiento es el egoísmo, sentimiento permitido para los hombres y que sin él no podría existir la sociedad: los vicios privados se constituyen en virtudes públicas como lo relata Mandeville en el poema del panal de abejas:



*Un gran panal, atiborrado de abejas
Que vivían con lujo y comodidad,
Más que gozaba fama por sus leyes
Y numerosos enjambres precoces,
Estaba considerado el gran vivero
De las ciencias y la industria.
... empeñados por millones en satisfacerse
Mutuamente la lujuria y vanidad.
... Los abogados, cuyo arte se basa
En crear litigios y discordar los casos,
... Deliberadamente demoraban las audiencias,
Para echar mano a los honorarios;
... Los médicos valoraban la riqueza y la fama
Más que la salud del paciente marchito.
... Y la misma Justicia, célebre por su equidad, aunque ciega, no carecía de
tacto; su mano izquierda, que debía sostener la balanza, a menudo la dejaba
caer, sobornada con oro ... El curioso resultado es que mientras cada parte
estaba llena de vicios, sin embargo todo el conjunto era un Paraíso.
... todos los tunantes exclamaban descarados:
«¡Dios mío, si tuviéramos un poco de honradez»!*

Por lo que a mí toca diré, sin la menor consideración al amable lector ni a mí mismo, que concibo al hombre... como un compuesto de varias pasiones y que todas, a medida que se las provoca y van saliendo a la superficie, lo gobiernan por turno, quiéralo o no». Siendo sustancialmente egoísta como es, el individuo humano jamás sacrificaría voluntariamente sus propios intereses en favor de los demás, ni respetaría durante mucho tiempo una norma en ese sentido impuesta por ninguna fuerza divina o humana si no obtiene por ello alguna recompensa (Mandeville, 1953, p24).

La Constitución como resultado de un consenso entre seres masculinos racionales creó un proyecto político y social para un grupo limitado. Estos sujetos racionales decidieron que el gobierno de una minoría se convirtiera en gobierno de una mayoría inexistente.

Este interés en el ejercicio del gobierno del más ilustrado propicio la desigualdad y la

exclusión de las mujeres, de los afrodescendientes y de los sujetos no propietarios. El derecho y el derecho civil en concreto, determinó que el contrato civil era uno de los medios para adquirir obligaciones que solo podían ser suscritas por los sujetos racionales y capaces y, excluyó de las relaciones civiles y económicas a las mujeres.

El principio de separación de poderes ocultó el sentimiento de apropiación masculina del poder y su ejercicio. Dice Montesquieu acerca de los excesos:

El amor a nosotros mismos, el deseo de conservarnos se transforma de tantas maneras y obra por principios tan contrarios, que nos lleva al sacrificio de nuestro propio ser por amor a nuestro propio ser. Y tanto es el cuidado que ponemos en nosotros mismos, que consentimos en perder la vida por un instinto natural y oscuro que hace que nos queramos más que a nuestra vida misma." "todo organismo lleva en sí el impulso de crecer, el engrandecimiento, y este impulso es tan fuerte que sacrifica su propia conservación, para ser cada vez más y más hasta que muere. Autodestrucción equivale a desmesuramiento, es decir a la grandeza sin equilibrio (2001, p.253).

La descripción de este principio político se fundamenta en la realidad masculina decimonónica, dicha realidad construye el principio de separación de poderes que identifica al poder con un ser vivo al que la razón debe controlar esos instintos de vanidad y dominar sus pasiones de grandeza en aras del equilibrio. En la versión de género ese ser no se corresponde con lo femenino que tiene como interés o el deseo del cuidado de sí y de los suyos.

El surgimiento de la democracia propugnada por el constitucionalismo estuvo alentada por pasiones basadas en el ánimo de lucro, de la exclusión y apropiación del poder político por parte de los varones blancos propietarios (Capella, 2008), estas pasiones ubicadas en el ser masculino fueron solapadas por la razón, ésta enfrentó los excesos del absolutismo con la propuesta de la defensa de las libertades y terminó alentando lo mismo que las pasiones que atacaba: exclusión y desigualdad. Se trata de asumir que pasión y razón han sido utilizadas en los discursos políticos, como realidades humanas enfrentadas y sustancialmente distintas, pero ambas terminan jugando el mismo rol: el de excluir. La dicotomía entre razón y pasión que en el discurso abstracto ha sido tajante en la realidad muestran que han cumplido con la misma función: justificar y legitimar el poder.



TERCERA PARTE: REVISAR RELACIONES DE IGUALDAD ENTRE RAZÓN Y EMOCIÓN PARA CONSTRUIR DEBATES IGUALITARIOS

El ascenso de lo femenino para alcanzar la igualdad

“Si dejamos de lado todas las respuestas emotivas que nos vinculan a este mundo que los estoicos llamaban de los bienes externos, nos apartamos de gran parte de nuestra humanidad (Nussbaum, 2006, p.38)”

¿Por qué revisar la pasión y la emoción? Se trata de reivindicarla de su condición de oscuridad y de culpabilidad para asumirla como parte integrante de las explicaciones y descripciones humanas que en concreto justifican el poder. Las emociones y los sentimientos motivan las decisiones y crean las razones que justifican nuestras acciones políticas seamos hombres o mujeres.

¿Por qué revisar la razón? Su relato crea seres insensibles ante la realidad del otro, al igual la pasión de manera solitaria puede ser excluyente de la realidad del otro.

Es necesario revisar esta dicotomía pues mantiene la cultura de asimetría entre lo masculino como género dominante y lo femenino como género subyugado, romper la dicotomía entre razón y emoción puede crear compromisos de igualdad de género bajo los sentidos de la complementariedad.

Razón y pasión en esa relación dicotómica no sólo niegan la condición humana, evita que seamos responsables de las consecuencias de nuestros afectos o desafectos y que utilicemos la razón para mentir y por tanto negar nuestra identidad en nuestras relaciones interpersonales.

Si consideramos que los sentimientos pueden ser revisados por las razones y las razones por los sentimientos con el fin de buscar la honesta comunicación de nuestra realidad frente a los otros y a nosotros mismos, podremos construir la necesaria confianza para emprender proyectos colectivos de democracia donde no discriminemos por nuestra condición de género.

La relación pasión – razón creada por la ideología liberal del constitucionalismo puede ser interpretada en el nuevo constitucionalismo bajo tres ideas: como relación no excluyente, como necesaria relación de interdependencia para lograr la igualdad y como contenido esencial del pluralismo.

A. La razón y la pasión no son realidades excluyentes:

El verdadero entusiasmo debe formar parte de la razón, pues él le insufla el calor que la engrandece. [...] Cuando se dice que la razón y la pasión son incompatibles, es porque se confunde la razón con el cálculo, y la pasión con la locura. Hay razón en la pasión, y pasión en la razón, siempre y cuando tanto la una como la otra surjan de forma natural (Stahël, 2007 p.12.).

Pasión y razón no actúan de manera separada, se interrelacionan en la vida cotidiana y activa. Esta evidencia “pragmática” fue relatada desde la misma modernidad por autores como Adam Smith en La teoría de los sentimientos humanos y por David Hume en el Tratado de la naturaleza humana. La pasión y las emociones son una realidad irrefutable que nos hace seres sociales (éticos) y políticos. Para ellos los sentimientos son el fundamento de la economía y de la filosofía moral.

Para Adam Smith los seres humanos pueden albergar sentimientos contradictorios y esto no supone incoherencia en la existencia cotidiana del ser humano:

Por más que el hombre tenga rasgos egoístas, existen evidentemente en su naturaleza principios que lo interesan en la suerte de los otros y que hacen que la felicidad de ellos le sea necesaria por más que no derive nada de esto, salvo el placer de poder contemplarlo (Smith, 2013, p26).

Para este autor las relaciones con los otros y la tendencia a identificarnos con ellos dependen de la simpatía que no es una idea innata, es uno de los sentimientos humanos que no se explica por la razón:

La simpatía no surge de la percepción de los sentimientos ajenos, sino de la percepción de una situación; y, al percibirla, nos ponemos en el lugar del otro, y compartimos con el su placer o su dolor. Aprobar el motivo de una pasión, es decir considerarla adecuada a su objeto, equivale a simpatizar con ella (Smith, 2013, p.27).

Hume desdeña la existencia de una metafísica moral y plantea la filosofía moral basada en la ciencia de la naturaleza humana, en ella la jerarquía entre razón y pasión se invierte: “La razón es, y solo debe ser esclava de las pasiones, y no puede pretender otro oficio que obedecerlas (Hume, 2005, p.38) “.

Establece que hay primero un sentimiento o una pasión, los juicios racionales acerca de lo que acontece descansan en un oculto impulso aquello que Descartes



despreció por ser un ciego impulso. Toda idea es copia de alguna impresión o sentimiento precedente.

Es por ello que, para Hume, la razón es insuficiente para distinguir entre lo bueno y lo malo, es incapaz de darle fines a la conducta humana, son los sentimientos los responsables últimos de la conducta moral. La razón puede cumplir un papel en la conducta moral y eso se evidencia en los casos de alabanza o censura que están relacionadas como juicios con la utilidad de las cualidades como amabilidad, honestidad bondad o de la acción moralmente valorada. Las acciones y cualidades se premian o se castigan en función de sus consecuencias, en los casos en los que se mejora una realidad individual o colectiva se premian si perjudican se castigan, la razón puede servir para enseñarnos que medios se utilizan para conseguir beneficios para la sociedad. (Ayala, 2009).

En versiones actuales del neo pragmatismo Marta Nussbaum describe que lo tachado de irracional por ser emoción es el fundamento de todos nuestros pensamientos:

...esta propuesta que califica las emociones de irracionales, es a la vez poco clara y convincente. Irracional es una palabra ambigua, puede significar falta de pensamiento, esto es poco convincente, pues las emociones están atadas a los pensamientos, incluidos a los pensamientos acerca de lo que es más importante en este mundo...nuestras propias emociones, incorporan pensamientos, a veces muy complicados, acerca de personas y cosas que nos importan (Nussbaum, 2006).

Es necesario reconocer en un primer momento la existencia de la pasión y de los sentimientos en la realidad del ser humano, su instrumentalización violenta que la igual que la razón ha propiciado violencias y exclusión, para construir relatos de complementariedad entre ambas que nieguen su radicalización.

Tanto la pasión como la razón radicalizadas, han usurpado los relatos de lo político y lo han apropiado de manera egoísta, ello ha impedido diálogos plurales y respetuosos ambas han generado con sus discursos dicotómicos y excluyentes la violencia y el fanatismo.

Develar sus fragilidades y crear mutuas relaciones en los diálogos sociales y políticos es el reto de este nuevo constitucionalismo.

B. Relación de interdependencia para lograr la igualdad:

El proyecto político liberal de contenido masculino reivindica la libertad como el fin natural del individuo, sus razones de medios a fin excluían la comunicación con el otro distinto; actualmente la libertad se pondera con la igualdad material, que refleja entre otras realidades políticas, el poder emergente de lo femenino en las relaciones sociales, económicas y políticas junto con otros movimientos sociales.

Esta lectura de una nueva racionalidad de la democracia contemporánea y sus contenidos de igualdad y no discriminación, aparece como resultado de las reivindicaciones de intereses distintos a los de los varones, ciudadanos, propietario y blancos.

Así las cosas, la libertad puede interpretarse bajo las razones de medios y fines, la igualdad se interpreta bajo criterios de sacrificio, de adecuación y necesidad que son juicios de la prudencia o de la prudencia, que es la capacidad de sentir empatía y que no se identifica con la capacidad para razonar.

Es en la idea de Igualdad material donde las razones no pueden ser superiores a las emociones y las pasiones, pues es en la diferencia, en el reconocimiento de los otros y en su aceptación donde encontramos la realidad sensible de la denominada dignidad humana.

La igualdad material propone como fin la igualación de los desiguales y lo logra con la consagración de discriminaciones inversas a favor de grupos excluidos y desventajados.

Las razones del constitucionalismo clásico liberal fueron revisadas e integradas por la moral en los casos donde no era suficiente con el principio de separación de poderes y la libertad. Estas “razones” además de la igualdad material y la dignidad humana, son además el pluralismo, la tolerancia. Paradójicamente las reflexiones acerca de esta nueva racionalidad, enmarcada en la relación del derecho con la moral han querido regresar a las explicaciones y demostraciones de tipo racional, que niegan a la sensibilidad su papel en la política y la revisten de certeza y verdad demostrable como lo son los test de igualdad y las ponderaciones.

El derecho y el Estado actualmente ya no producen la “sensación de certeza y



seguridad”, esta ha sido remplazada por la sensación de fragilidad y por la expectativa de que mis razones y sentimientos sean considerados adecuados conforme a la Constitución.

El neo constitucionalismo como teoría del derecho reivindicó la relación contingente entre derecho y moral (Comanduci, 2003), cuando aparecen casos difíciles en los que la razón del derecho deviene en injusticia, pero ese análisis es insuficiente. Se han integrado a las razones del derecho la sensibilidad sobre lo injusto y esto se ha hecho en busca de la igualdad material.

La relación entre las razones del derecho y las emociones del derecho se encuentran en los casos difíciles donde la relación del derecho con la moral se requiere para poder decidir lo justo, en esos espacios ambas condiciones y capacidades de lo humano deben dar cuenta de la justicia y se requiere por ello reconocer que ambas dimensiones de lo humano se requieren para calmar la crueldad del no reconocimiento y de la exclusión.

Martha Nussbaum (2006) en su texto “El ocultamiento de lo humano” devela la relación directa entre las emociones y el compromiso con la igualdad de los individuos, además de advertir que sin emociones somos seres que propiciamos exclusiones:

...nuestra inseguridad es inseparable de nuestra sociabilidad y también de nuestra propensión a los vínculos emocionales; si nos vemos como dioses autosuficientes, no entendemos los vínculos que nos unen a nuestros congéneres. Y esa falta de comprensión no es inocente. Engendra una perversión dañina de lo social, dado que las personas que se creen por encima de las vicisitudes de la vida tratan a los demás, de modo que infligen a través de la jerarquía, sentimientos que culpablemente no comprenden (Nussbaum, 2006, p.41).

La igualdad consignada en las constituciones de la posguerra, cuyo contenido material invita a la inclusión del otro, es un principio de reconocimiento de lo femenino y de lo emocional en el derecho, dado que el derecho y la libertad como proyecto racional fue incapaz de resolver las condiciones humanas de indignidad de los grupos excluidos en el constitucionalismo; prudencia y razón se ven avocadas a la construcción de argumentos garantistas de los derechos de minorías.

C. La pasión y el pluralismo:

De lo descrito es necesario revisar las concepciones de igualdad y razón y con ello asumir que su contenido es emocional. Considerada la naturaleza emocional en nuestros juicios de igualdad aparece la pasión como condición necesaria también para lograr el respeto por la diferencia y con ello propiciar la actitud comprometida con la aceptación de lo distinto, esta actitud comprometida no se propicia con argumentos racionales, se logra con la sensibilización acerca de nuestras realidades excluyentes, discriminatorias y crueles creadas por los juicios de la racionalidad burguesa.

La igualdad en la democracia analizada bajo la razón de los modernos trajo como resultado la construcción del mercado y la proscripción de las distinciones sin justificación; ahora la igualdad material tiene la oportunidad de reivindicar el papel de la pasión que junto a la razón pueden construir relatos comprometidos con la diferencia, así como relatos respetuosos y plurales.

La pasión y la emoción articulada a la razón en las democracias contemporáneas deben hacer explícita la fragilidad y la diferencia, propiciar la tolerancia en la construcción de un proyecto de vida colectivo más humano.

La Constitución se asume en este “nuevo” constitucionalismo como un proyecto social y político que posibilita los acuerdos sociales entre sujetos y grupos que se mantienen en continuo conflicto. En este sentido de confrontación y diálogo, tanto la razón y la pasión, lo masculino y lo femenino deben encontrar un proyecto social y político conjunto de respeto por la diferencia, construir contenidos plurales de convivencia y vida en común.

Es por ello que debe ser escuchado el otro, asumir que yo soy tu y tú eres yo (Lyotard, 1998) cuando establecemos diálogos y relaciones cotidianas en encuentros fortuitos o permanentes de nuestras existencias.

Asumir la dicotomía entre pasión y razón, entre gobierno de las pasiones y gobierno racional, mantendrá la violenta la realidad de predominio masculino, de otro lado, la subyugación y sumisión de lo femenino; integrar la pasión como parte del contenido del pluralismo y del respeto por el ser diferente, permitirá también lecturas igualitarias de todo tipo: de respeto por el migrante, por los excombatientes de los conflictos armados, de los LGTBI, de los discapacitados, de



los niños y de los ancianos.

La sensibilidad, reconocidas nuestras pasiones y emociones permitirán la construcción de nuevos derechos para los que la razón no está preparada como los derechos de los animales y de la naturaleza.

CONCLUSIONES

El proyecto masculino de la libertad y de la igualdad formal se construye bajo razones políticas necesarias para ejecutar una forma de vida: la del guerrero enfrentado por su interés individual (egoísmo) con otros guerreros y el campo de lucha política es el mercado y el ánimo de lucro.

El proyecto femenino que debemos hacer evidente empieza a emerger con la igualdad material, cuyos sentimientos y emociones son los de inclusión, reconocimiento de la fragilidad en un campo de encuentros y diálogos sociales que propician la empatía.

Es necesario considerar la condición humana bajo la relación permanente e inescindible de la pasión y de la razón. La dicotomía y confrontación de las mismas ha creado un relato de jerarquización y exclusión.

La dicotomía entre razón y pasión y la subyugación de las emociones en política y en concreto, para la construcción de la democracia es dañina, explica Maiz (2010, pp 15-16) trae las siguientes consecuencias:

1) La exclusión fundacional de las emociones conduce a un indisimulado hiper racionalismo, que 2) se traduce en la sobrevaloración del consenso y la correlativa elisión del conflicto como dimensión inevitable de la política, 3) desatiende, de la mano de un individualismo racionalista, los procesos de construcción y movilización antagónica de las identidades colectivas; y 4) promueve, por último, el desplazamiento de la política por la moral, el derecho, la economía o la gestión pública.

Lo anterior, hipoteca la posibilidad misma de avanzar en los nuevos desarrollos de la teoría de la democracia y de la política misma. El fin: liberar la silenciada dimensión política del afecto.

No podemos proscribir la dimensión afectiva de la política, por las referencias históricas del absolutismo y del feudalismo. Como advirtió Pascal hay que evitar

dos excesos: “Excluir la razón, no admitir sino la razón”.

Cuando la razón niega a la pasión se convierte en otra pasión que trae las consecuencias vistas de jerarquización y exclusión: “Una razón que falsea la condición humana, ensalza su dimensión especulativa y desatiende su dimensión activa, es ajena a las necesidades pragmáticas, a la corporalidad y a la pasión propias del animal humano”, la razón así auto divinizada será fuente de error y sede también de fanatismo y de intolerancia (Ruano de la Fuente 2007).

El humano es un ente no ubicado, que se mueve, para decirlo evocando a Luis Cernuda, «entre la realidad y el deseo». Un deseo que nunca podrá realizarse del todo, que siempre quedará como deseo insatisfecho, porque si el deseo se alcanzara de una vez por todas dejaríamos de ser finitos, dejaríamos de ser humanos (Melich, 2012).

No seremos conscientes de la existencia del otro y de la realidad propia si no reconocemos que somos seres con contradicciones; hay que asumir nuestra realidad de sentir en medio de una cultura racional heredada. El antídoto al racionalismo es el reconocimiento de nuestras emociones y pasiones en lo que hacemos.

Si partimos de este reconocimiento la apropiación masculina de la política, del Estado y de la Constitución deberá ceder al encuentro con la diferencia; la propuesta final es la de asumir constitucionalmente la emoción bajo contenidos de igualdad material y pluralismo, pues en esta reivindicación apoyada por la Constitución estarán los espacios de encuentro de lo que ha estado separado y sometido por siglos de cultura occidental.



REFERENCIAS

- Aristóteles. (1999). *Retórica*. Carlos García Gual (trad.) Madrid: Gredos.
- Ayala, Ana María. Leal Granobles, Yuliana. Zuluaga, Mauricio. (2009). *Razón y pasiones en la ética de Hume*. En *El Hombre y la Máquina*, núm. 32, enero-junio, 2009, pp. 94-107. *Universidad Autónoma de Occidente. Cali, Colombia* [Fecha de consulta: 21 de mayo de 2019] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=47811604009>> ISSN 0121-0777
- Bobbio, Norberto. (1991). *Diccionario de Política*. José Arico, Martí Soler y Jorge Tula (trad.) México: Siglo XXI.
- Bührlé, Carlos (2004). *Thomas Hobbes: Sobre el miedo* en *Revista de Filosofía y Teoría Política*, 2004, n° 35, p. 25-37. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Departamento de Filosofía.
- Capella, J.R. (2008) *Fruta prohibida*. 5 Edición. Trotta: Madrid.
- Comanducci, Paolo (2003). *Neoconstitucionalismo*. En Varios. *Neoconstitucionalismo (s)* Miguel Carbonell (comp.). Trotta: Madrid.
- Damasio, Antonio. (2019). *El extraño orden de las cosas*. Bogotá: Destino.
- De Beauvoir, Simone. (2017). *El otro sexo*. María Isabel Corbí (trad.) Bogotá, Segunda reimpresión, De bolsillo.
- Descartes, Rene (1983). *El discurso del método*. Víctor Florián (trad.) Orbis: Barcelona.
- Gómez Isaza, M. C. (2018). *El reto de la interpretación del derecho en Colombia de la Hermenéutica del dolor a la hermenéutica de la Paz*. En Varios. *Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica* (pp. 261 -295). Bogotá: Universidad Libre.
- Hobbes, Thomas. (2014). *El Leviathan*. Carlos Mellizo, Madrid, Alianza.
- Hobsbawm, Eric (1997). *La era de la revolución 1789 – 1848*. Ricardo Pochart (trad.) Barcelona. Crítica
- Hume, David (2005). *Tratado de la Naturaleza Humana*. Vicente Viqueira (trad.) Tecnos: Madrid.
- Kant, Immanuel. (2016). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Luis Martínez de Velasco (trad.) Espasa: Barcelona.
- Kelsen, Hans. (1979). *Teoría General del Estado*. Luis Recasens Siches (trad.) México: Editora Nacional.

- Locke, John. (2001). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Carlos Mellizo (trad.) Madrid: Alianza.
- Lyotard, Jean Francois. (1998). *Los derechos de los otros*. En De los derechos humanos (pp 137 -145) En: The Yale review. Anthony Sampsons. (trad). Madrid: Trotta
- Madeville, Bernard de (1957). *El panal rumoroso o la redención de los bribones*. Adolfo Castañón (trad.) Editorial la Flecha: México.
- Mèlich Sangrà, Joan-Carles (2012). *Paradojas (Una nota sobre el perdón y la finitud)*: Ars Brevis.
- Montesquieu. J.B. (2000). *El espíritu de las leyes*. 5 Edición. Mercedes Blázquez, Pedro de Vega (trad.) Madrid: Alianza
- Nussbaum, Martha. (2006). *El ocultamiento de lo humano*. Gabriel Zadunasky (trad.) Buenos Aires: Katz.
- Pascal, Blas. (2001). *Pensamientos*. Frances LL. Cardona (trad.) Valdemar: Madrid.
- Rorty, Richard. (1991). *Contingencia Ironía y solidaridad*. Alfredo Eduardo Sianot (trad.) Barcelona: Paidós.
- Rousseau, J.J. (1972) *El contrato social*. 2 Edición. Mauro Armiño (trad.) Espasa Calpe: Madrid.
- Ruano de la Fuente, Yolanda. (2007) *Razón y pasión en Hume (sobre la miseria de la Razón demostrativa)* en SEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política N.º 36, enero-junio.
- Sieyes. (2008). *El tercer estado*. Ramón Maiz (trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Smith, Adam. (2013). *La teoría de los sentimientos morales*. Carlos Rodríguez Braun (trad.) Alianza Editorial: Madrid.
- Stäel, Germaine. (2007). *De la influencia de las pasiones en la felicidad de los individuos y de las naciones*. David Marín Hernandez (trad.) Córdoba: Berenice.