

DISCULPE MI IGNORANCIA: ¿DEBEN LOS JUECES PENALES DECIDIR CON “PERSPECTIVA DE GÉNERO”?

Laise, Luciano D.

Luciano D. Laise luciano.laise@udep.edu.pe
Universidad de Piura (Campus Lima), Perú

Prudentia Iuris

Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Argentina
ISSN: 0326-2774
ISSN-e: 2524-9525
Periodicidad: Semestral
núm. 95, 2023
prudentia_iuris@uca.edu.ar

Recepción: 25 Noviembre 2022
Aprobación: 16 Enero 2023

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/797/7974237010/>

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.95.2023.pp.61-91>

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) Usted es libre de: Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato Adaptar — remezclar, transformar y construir a partir del material La licenciente no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia Bajo los siguientes términos: Atribución — Usted debe dar crédito de manera adecuada, brindar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciente. NoComercial — Usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales. CompartirIgual — Si remezcla, transforma o crea a partir del material, debe distribuir su contribución bajo la misma licencia del original. No hay restricciones adicionales — No puede aplicar términos legales ni medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia. Avisos: No tiene que cumplir con la licencia para elementos del material en el dominio público o cuando su uso esté permitido por una excepción o limitación aplicable. Declaración de privacidad Los nombres y direcciones de correo-e introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Resumen: El deber de emitir sentencias con “perspectiva de género” es un punto sobre el que insiste la jurisprudencia interamericana y múltiples sentencias de las altas cortes de muchos estados iberoamericanos. Esos tribunales suelen hacer hincapié en que solo mediante la adopción de una perspectiva de género, dirigida a aniquilar los estereotipos negativos de género, se podrá concretar seria y robustamente la vigencia del principio de igualdad material. ¿Pero qué significa tal enfoque? ¿Deben los jueces realmente adoptar metodología para resolver todos los casos que se les presentan? Estas son algunas de las preguntas que este trabajo pretende responder con el fin de defender una solución alternativa. Más en concreto, sostendré que el llamado “enfoque de género” resulta inadecuado para su pretensión de lograr una sociedad más igualitaria en donde las personas más vulnerables cuenten con mecanismos idóneos para superar una relación de dominación

Palabras clave: Violencia familiar, Derecho penal del enemigo, Vulnerabilidad.

DISCULPE MI IGNORANCIA: ¿DEBEN LOS JUECES PENALES DECIDIR CON “PERSPECTIVA DE GÉNERO”? *

Luciano D. Laise

Facultad de Derecho, Universidad de Piura (Campus Lima), Perú

Contacto: luciano.laise@udep.edu.pe

ORCID: 0000-0003-4249-5948

Recibido: 25 de noviembre de 2022

Aprobado: 16 de enero de 2023

Para citar este artículo:

Laise, L. D. (2023). “Disculpe mi ignorancia: ¿Deben los jueces penales decidir con ‘perspectiva de género’?”. *Prudentia Iuris*, N. 95, pp.61-91

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.95.2023.pp.61-91>

Resumen: El deber de emitir sentencias con “perspectiva de género” es un punto sobre el que insiste la jurisprudencia interamericana y múltiples sentencias de las altas cortes de muchos estados iberoamericanos. Esos tribunales suelen hacer hincapié en que solo mediante la adopción de una perspectiva de género, dirigida a aniquilar los estereotipos negativos de género, se podrá concretar seria y robustamente la vigencia del principio de igualdad material. ¿Pero qué significa tal enfoque? ¿Deben los jueces realmente adoptar metodología para resolver todos los casos que se les presentan? Estas son algunas de las preguntas que este trabajo pretende responder con el fin de defender una solución alternativa. Más en concreto, sostendré que el llamado “enfoque de género” resulta inadecuado para su pretensión de lograr una sociedad más igualitaria en donde las personas más vulnerables cuenten con mecanismos idóneos para superar una relación de dominación.

Palabras clave: Violencia familiar, Derecho penal del enemigo, Vulnerabilidad.

Excuse my ignorance: Should criminal judges adopt a “gender sensitive approach” in their precedents?

Abstract: The gender sensitive approach became a must as the Interamerican jurisprudence and many High Courts of most of Latin American countries remarked. Those courts insist on a specific point: only through the embedment of the gender sensitive approach we will terminate negative gender stereotypes. Only by that means we will be able to achieve a robust fairness and equality. But what does that approach entail and mean? Should judges really adopt that approach in all their precedents? This article aims at tackling those questions by offering an alternative approach. I shall maintain that a gender sensitive approach is improper for accomplishing its very own purpose; that is, to achieve fairness and equality in our societies. That would not be enough to empower vulnerable persons to overcome asymmetric and toxic relations. In contrast, I will argue that a vulnerability approach would function as better means for achieving equality and fairness. In fact, a vulnerability approach will allow victims to overcome

asymmetric relations, to empower themselves and, by the same token, to arrive at a just solution.

Keywords: *Domestic violence, Criminal law of the enemy, Vulnerability.*

Scusate la mia ignoranza: i giudici penali dovrebbero adottare un “approccio sensibile al genere” nei loro precedenti?

Sommario: L’approccio sensibile al genere è diventato un must come hanno osservato la giurisprudenza interamericana e molte Alte Corti della maggior parte dei paesi dell’America Latina. Quei tribunali insistono su un punto specifico: solo attraverso l’incorporamento dell’approccio sensibile al genere elimineremo gli stereotipi di genere negativi. Solo in questo modo saremo in grado di raggiungere una solida equità e uguaglianza. Ma cosa comporta e cosa significa questo approccio? I giudici dovrebbero davvero adottare questo approccio in tutti i loro precedenti? Questo articolo mira ad affrontare queste domande offrendo un approccio alternativo. Sosterrò che un approccio sensibile al genere è improprio per raggiungere il proprio scopo; cioè, per raggiungere l’equità e l’uguaglianza nelle nostre società. Ciò non sarebbe sufficiente per consentire alle persone vulnerabili di superare relazioni asimmetriche e tossiche. Al contrario, sosterrò che un approccio alla vulnerabilità funzionerebbe come mezzo migliore per raggiungere l’uguaglianza e l’equità. Infatti, un approccio alla vulnerabilità consentirà alle vittime di superare le relazioni asimmetriche, di potenziarsi e, allo stesso tempo, di arrivare a una giusta soluzione.

Parole chiave: Violenza domestica, Diritto penale del nemico Vulnerabilità.

I. Introducción: una expresión generalizada que refiere a un concepto opaco

Un periodista le preguntó a Jorge Luis Borges lo que pensaba sobre Maradona. Era la época en que Diego Armando resplandecía con todo su fulgor en la historia mundial del fútbol. La respuesta del maestro de las letras argentinas fue sagaz, como muchas otras veces, y así legó a la posteridad una de sus frases más memorables: “disculpe mi ignorancia”. Esa misma respuesta le brindé a un colega muy afable que me atrapó en mi zona de confort. Sus preguntas fueron aparentemente sencillas: “¿Deben los jueces decidir con perspectiva de género? ¿Cómo se juzga con perspectiva de género? ¿Qué significa tal cosa?”. Se podría decir que este trabajo es un intento que pretende ir más allá de una contestación evasiva; es decir, quisiera brindar una respuesta que no tenga ese amargo sabor a poco. En otras palabras, si me estás leyendo, querido amigo, este es un esfuerzo dirigido a responder un interrogante que resultó más arduo de lo que pensé al comienzo.

Volviendo al tema que quisiera plantear, el deber de incorporar la perspectiva de género en las prácticas de litigación y de juzgamiento se ha tornado insoslayable para quienes aspiran a ser magistrados; ya sea en calidad de defensores públicos, agentes del Ministerio Público Fiscal, o bien jueces[1]. La Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina recopila sentencias que incorporan la llamada “perspectiva de género”[2]. Los Tribunales Superiores o Corte Supremas de varias provincias[3], y hasta la propia CSJN han revocado sentencias porque estas no habían incorporado tal enfoque[4]. En breve, la

interpelación de la perspectiva de género se ha vuelto una exigencia que resulta imperativa para todos los magistrados.

Ahora bien, tal exigencia normativa presupone una respuesta precisa a una pregunta de índole conceptual: ¿qué significa juzgar con “perspectiva de género”? Esta cuestión resulta de la máxima importancia. Porque pareciera que los esfuerzos por clarificar el contenido y sentido de tal concepto no han ido a la par de su creciente uso y relevancia en la práctica jurisprudencial.

Por consiguiente, estamos ante una noción que se emplea cada vez más, pero que está difusamente planteada en la jurisprudencia y doctrina especializada[5]. En fin, usted, señor litigante o funcionario judicial, tiene que aplicar la perspectiva de género en todas y cada una de sus intervenciones, pero adolece de una definición concisa, clara y puntual sobre lo que significa tal concepto y cómo hacer tal cosa[6]. Vaya paradoja. ¿No le parece?

Es a partir de este punto de arranque que pretendo salir en el auxilio de todos aquellos que sirven a la administración de justicia penal[7]. En efecto, quisiera brindar una contribución que subsane tales déficits conceptuales a través de la defensa de una tesis de naturaleza descriptiva y otra de índole argumentativa/normativa. La tesis descriptiva que desplegaré consiste en la caracterización del concepto de “juzgar con perspectiva de género” como una noción polisémica.

Con todo, las distintas conceptualizaciones, más allá de sus diferencias, terminarían confluyendo en dos grandes dificultades; 1) un enfoque punitivista que socavaría el umbral mínimo de garantías iusfundamentales de las personas acusadas de los llamados “delitos de género”; 2) el ejercicio de la función jurisdiccional con “perspectiva de género”, que terminaría reforzando estereotipos negativos que apuntan a considerar a la mujer como una víctima que no puede hacerse cargo de su proceso de reparación y prevención de futuras relaciones asimétricas con varones. Esto, además, invisibilizaría la necesidad de protección que tienen otras personas vulnerables como los ancianos y niños, por caso.

Así, la noción de “juzgar con perspectiva de género” no solo no erradica, sino que más bien contribuye a fortalecer la situación vulnerable de quien padece una relación de poder asimétrico. El loable objetivo de desarticular tales relaciones de dominación y empoderar a la víctima no se podría concretar a través de una justicia con enfoque de género; es decir, si se pretende que un ser humano deje de estar sometido a la voluntad despótica de otra persona, pues hace falta una perspectiva alternativa. Por ende, la superación de un punto de vista que devenga en victimismo exige recorrer un camino distinto con el fin de que la víctima asuma el rol protagónico de su propia vida. En síntesis, la justicia con perspectiva de género implica una respuesta inadecuada porque no es un medio apto para alcanzar la protección y respeto de la dignidad intrínseca de la persona humana, tanto de la víctima como del acusado.

Situados en este contexto de ideas, me permitiré introducir la tesis normativa que pretendo defender en este trabajo. En concreto, sostendré que el juez ha de asumir una carga argumentativa más intensa y desafiante: un enfoque de vulnerabilidad que repare la injusticia sufrida por la víctima, que fortalezca a la persona agredida en su integralidad y que brinde las herramientas para que la víctima pueda tomar las riendas de su propia existencia.

El camino que recorreré para sostener mi argumento es el siguiente: 1) Dilucidaré el concepto de “juzgar con perspectiva de género”. 2) Reconstruiré las razones que se esgrimen en defensa de tal perspectiva al momento de elaborar una sentencia judicial. 3) Argumentaré en contra de la necesidad de adoptar un enfoque o perspectiva de género con el fin de conciliar el respeto a las garantías constitucionales básicas y una superación al paradigma de tipo punitivista en lo que hace a la represión de delitos contra las mujeres[8]. 4) Esbozaré una propuesta alternativa que podría sintetizarse en lo que Basset denomina como “perspectiva de vulnerabilidad”[9]. 5) Finalmente, concluiré con un apartado en el que recapitularé los principales hallazgos del presente trabajo.

II. Reconstrucción conceptual: ¿qué significa juzgar con perspectiva de género?

1. El deber de incorporar la perspectiva de género en todo acto estatal: porque así lo dispuso la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La conceptualización de la llamada perspectiva de género resulta bastante esquiva. Se la suele postular como una exigencia normativa que se sigue del bloque de constitucionalidad en virtud de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[10] (en adelante: Corte IDH). Sin embargo, una tesis como la anterior presupone un concepto unívoco de bloque de constitucionalidad, lo cual resulta discutible en sí mismo[11]. De hecho, esa noción constitucional tiene un ejemplo paradigmático o caso fácil; esto es, aquellos tratados internacionales de derechos humanos a los que el propio texto constitucional les atribuye una jerarquía equivalente a la propia de la ley fundamental.

Con todo, se pueden plantear algunas dudas que suscitan los “casos difíciles” o aquellos que se encuentran en la “zona de penumbra”. Me refiero al persistente problema sobre el grado de obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana en los casos en que un Estado no fue parte[12]. En concreto, y por citar un ejemplo, Argentina, ¿está obligada a cumplir una sentencia de la Corte IDH que condena a Guatemala a aniquilar estereotipos de género por ser estos incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos? La respuesta a esta pregunta depende del concepto que adoptemos del bloque de constitucionalidad y del tipo de control de convencionalidad que cabe aplicar[13].

En cualquier caso, sea cual fuera el concepto de bloque de constitucionalidad que se adopte, una noción como la que se comentó resulta prescriptiva, pero no descriptiva del contenido semántico del deber de juzgar con perspectiva de género. No pretendo abordar en este trabajo una cuestión que considero de segundo orden: ¿en qué medida los jueces de un estado deben atenerse a los precedentes de la Corte IDH? Mi punto es que la cuestión normativa depende de una elucidación conceptual previa. Porque difícilmente cabrá rechazar o asumir el deber de adoptar una “perspectiva de género” al momento de emitir sentencia si no sabemos lo que significa tal noción.

2. El deber de juzgar con perspectiva de género: una definición finalista demasiado genérica

Así, podemos también detectar una segunda línea que avanza más firmemente en la pretensión de definir el concepto de juzgar con “perspectiva de género”. Por

ejemplo, cuando se postula que “la perspectiva de género se propone eliminar las discriminaciones reales de las que son objeto las mujeres, por ser mujeres, y los hombres, por ser hombres”[14]. A partir de esta aproximación pareciera que una acción humana que omita la incorporación de una perspectiva de género no sería más que un tipo especial de acto discriminatorio.

Por ende, si llevamos el antedicho criterio al campo judicial, resulta que emitir una sentencia sin adoptar una perspectiva de género comportaría una decisión judicial que resulta necesariamente discriminatoria. Dicho de otra manera, la razón de ser de la perspectiva de género consiste en extirpar a la acepción de personas de la historia de la humanidad. En consecuencia, una sentencia con perspectiva de género no es sino una concreción de la pretensión igualitaria que subyace a toda sociedad respetuosa de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el elemento teleológico es muy relevante para la definición de un concepto que pertenece al mundo jurídico. Porque, como decía Séneca, ningún viento es favorable para quien no sabe a qué puerto se encamina[15]. Sin embargo, conocer el destino es solo una parte del viaje. Esto significa que aprehender la finalidad a la que apunta el uso de un concepto no reemplaza el conocimiento exhaustivo sobre lo que este refiere o significa[16]. También resulta preciso, en efecto, conocer la morfología y estructura que caracteriza a la perspectiva de género. Dicho de otro modo, la reconstrucción del elemento finalista es una condición necesaria, pero insuficiente para la comprensión del significado de todo concepto.

Por ejemplo, si usted quiere definir lo que es una silla va a tener que mencionar, más temprano que tarde, que esta sirve para sentarse. La función es aquello que torna plenamente inteligible a la descripción exhaustiva de tal artefacto humano. Pruebe, señor lector, el siguiente ejercicio mental: intente definir lo que es una silla prescindiendo de su finalidad o función. Verá usted que esa es una tarea ardua y necesariamente incompleta; salvo que uno incorpore la función o finalidad como un elemento necesario para la descripción de tal mueble. Esto que vale para un artefacto o mueble también se aplica a otros conceptos que designan realidades permeadas por la cultura, como sucede con las nociones propias de los ámbitos del saber práctico: la política, la economía, la moral y, lo que más nos importa en este trabajo, el derecho[17].

Un esfuerzo de reconstrucción conceptual más exhaustivo en la línea que aquí se propone se advierte, por ejemplo, en la obra de Kemelmajer de Carlucci. La citada autora plantea que juzgar con perspectiva de género consiste en ejercer la magistratura de una manera tal en que se erradiquen los estereotipos de género. Ahora bien, ¿qué son los estereotipos de género? Pues estos se refieren “a una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”[18].

Con todo, la creación y el mantenimiento de tales estereotipos, según lo que plantea la Corte IDH, es particularmente grave cuando se refleja, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas públicas. Dentro de las prácticas de tales autoridades reviste una especial gravedad el caso del razonamiento y del lenguaje de las autoridades públicas. De lo que se trata, pues, es de eliminar a los estereotipos de género de las prácticas discursivas de todas las ramas del gobierno. Más en concreto, en lo que respecta a la administración de justicia, según el

citado tribunal regional, el objetivo consiste en dictar sentencias que prescindan definitivamente de los estereotipos de género.

3. Una definición transformativa: la perspectiva de género como instrumento para erradicar prácticas discriminatorias

Ramírez Ortiz afirma que la perspectiva de género sirve para revelar aquellas instituciones, reglas y prácticas del derecho que crean, legitiman y perpetúan la discriminación, con el fin de derogarlas, transformarlas y/o sustituirlas por otras que concreten eficazmente el principio de igualdad[19]. La efectiva vigencia material de la igualdad entre hombres y mujeres es la meta última que pretende realizarse por medio de una justicia con perspectiva de género[20]. Porque quienes se han conformado con la mera igualdad formal, junto con el despliegue de políticas aparentemente “neutrales”, no habrían hecho más que consolidar desigualdades de género[21].

Ahora, un punto que suelen resaltar los defensores de la perspectiva de género es que el ejercicio del poder es un factor que incide relevante o decisivamente en las relaciones interpersonales. Tales defensas, en efecto, no escatiman referencias a la obra de Foucault, para quien las relaciones humanas están basadas y se reducen a una cuestión de poder[22]. De hecho, esta pretensión dirigida a desenmascarar la falsa neutralidad política de las instituciones jurídicas es lo que adscribe a la justicia con perspectiva de género en el movimiento de los llamados estudios críticos del derecho –*Critical Legal Studies*–[23].

Con todo, lo relevante del antedicho esquema de ideas es que el poder se despliega mediante un entramado dinámico que atraviesa a todas las capas de la sociedad. No existe, pues, una sola manera de ejercer el poder, sino que es algo que varía según el tipo de relaciones humanas a las que nos estemos refiriendo –*v. gr.*, entre cónyuges, entre padres e hijos menores, gobernantes y ciudadanos, trabajador y empresario–[24].

No obstante, existiría un hilo conductor en el poder o ejercicio del poder. Se trata de regular y controlar la vida de la otra persona con el fin de subordinarla a la propia voluntad y así dirigir su existencia[25]. El despliegue del poder se sumerge en un juego de suma cero. Porque el poder que uno posee necesariamente ha sido arrebatado a otro ser humano. De esta manera, el ejercicio del poder implica el mantenimiento o consolidación de relaciones asimétricas o desiguales. En efecto, la dinámica del poder termina configurando una mecánica social de opresor y oprimido de la cual nadie es capaz de huir[26].

Aún más, el carácter de la opresión sería, de hecho, estructural. Porque estaríamos frente a unas estructuras que permean a la sociedad en su conjunto. Sin embargo, no se trata de algo que las personas realizan intencionada o reflexivamente, sino del resultado de la acción humana bajo las coordenadas culturales de la hora presente. Porque puede que las personas individualmente consideradas no se autoconciben como agentes de opresión, pero sin saberlo terminarían siéndolo en virtud de la inercia de las institucionales sociales. Dicho de otro modo, quizá el varón no pretenda erigirse en opresor de manera consciente, pero la corriente social lo llevaría inexorablemente a sojuzgar a las mujeres con quienes se relaciona.

Ante este escenario de opresión, los operadores jurídicos –en general– y los jueces –en particular– están llamados a desmontar, pieza por pieza, aquellas complejas estructuras opresivas que imperan en la sociedad. Juzgar con

perspectiva de género comportaría el deber de reconocer la naturaleza y las consecuencias del poder en las relaciones humanas. Los juzgadores urgentemente deberían abandonar su ilusión de neutralidad. Es necesario que, desde el ejercicio de su función jurisdiccional, los jueces se involucren activamente en el desmantelamiento de la opresión que unos sujetos vulnerables (mujeres) padecen de las manos de sus opresores (varones).

Hasta acá la reconstrucción de lo que significa “juzgar con perspectiva de género” a partir de algunos de sus desarrollos más sistemáticos y recientes. No obstante, tal conceptualización también está sujeta a cuestionamientos. En los próximos apartados esgrimiré dos argumentos críticos: 1) por un lado, la necesaria conexión de la adopción de la perspectiva de género con una concepción punitivista del derecho penal. Esto comportaría concebir al varón acusado como un sujeto peligroso en virtud de pertenecer al sexo masculino. Luego, 2) plantearé un argumento de corte empírico: la insuficiencia que presenta una perspectiva de género para erradicar los estereotipos negativos. Aún más, tal enfoque incurre en la paradoja de que fortalece el estereotipo de la mujer-víctima. En efecto, la adopción de la perspectiva de género implica concebir a la mujer como un ser que carece necesariamente de la suficiente autonomía para dirigir su propia vida. Pero no nos adelantemos. Vayamos paso a paso.

III. Primera crítica. La justicia con perspectiva de género: ¿un nuevo caso de derecho penal de autor?

1. El regreso al derecho penal de autor: el varón como sujeto peligroso

La llamada “perspectiva de género” corre el severo riesgo de ser aplicada al campo penal como una metodología que comporta un derecho penal de autor; esto es, la imputación de una acusación a una persona por lo que esta es, no por lo que ha realizado[27]. En efecto, si el hecho de pertenecer al género masculino necesariamente implica un rol opresor, pues entonces se terminarían abordando los casos de una manera todavía más trágica. Porque ni siquiera se estaría atribuyendo un delito en función de una característica del autor, sino por los riesgos potenciales que se le atribuye a un varón por el mero hecho de serlo.

Zaffaroni plantea que el derecho penal de autor es la “tumba del principio de legalidad y de cualquier garantía individual”[28]. Porque un elemento necesario del respeto al principio de legalidad penal implica que se reprochen conductas o hechos, mas no ser de tal o cual manera, o poseer esta o aquella característica[29]. Por ende, resulta imperioso probar que determinadas conductas han implicado una relación de dominación. De lo contrario, el proceso transcurriría bajo una suerte de presunción de que, si es varón, pues entonces ha dominado a la víctima. Peor aún, el varón acusado tendría que demostrar que es inocente, en vez de defenderse de la acusación formulada por el Ministerio Público Fiscal[30].

Ahora, en cambio, resulta mucho más nutritivo asumir el deber de argumentar puntualmente en qué medida el caso concreto encaja o no en un marco de una relación de dominación en la que el varón ha oprimido a la mujer. Así, le corresponderá al juez controlar en qué medida el debate que traban las partes está atravesado por una desigualdad que cabe desarticular[31]. De esta manera, el varón acusado no tendría que demostrar su inocencia por el hecho de pertenecer al sexo masculino.

No obstante, tampoco cabe asumir que la víctima se ubica necesariamente en un perfecto estado de igualdad respecto a quien sería su agresor. El juez es quien tiene el deber de controlar en qué medida la víctima se ubica concretamente en un plano de desigualdad, indefensión o sumisión respecto a su agresor. Porque cabe tener presente que no pocas veces resulta ser el varón quien es la víctima de una relación de dominación. Al fin y al cabo, los varones no son los únicos que impulsan acciones violentas en el marco de una relación de pareja[32].

La aplicación directa y automática de perspectiva en favor de la mujer pareciera sugerir que las motivaciones por las cuales matan o agreden las personas varía significativamente en función del sexo de las personas. Con todo, no existe suficiente respaldo empírico para sugerir tal cosa[33]. Además, la perspectiva de género cuando propone que todo caiga bajo el ángulo de opresor-oprimido deja de lado aquello que sucede cuando se superponen múltiples vulnerabilidades en una misma persona. Por ejemplo, el supuesto de una pequeña niña que es, a su vez, una víctima de agresiones físicas durante varios años en manos, o en complicidad, de su propia madre (adulto).

Asimismo, ¿qué sucede con el caso de las mujeres que sufren violencia en manos de otras mujeres? ¿Qué pasa con las niñas que sufren violencia sexual de parte de sus dos padres o, incluso, solamente de su propia madre? ¿Y qué hay de las abuelas que son agredidas físicamente por sus hijas o nietas? ¿Qué ocurre con la madre que sufre una relación de dominación, pero que descarga sus frustraciones sobre su niño menor de edad que padece una discapacidad?

Lo que quiero remarcar es que la perspectiva de género pone el acento unilateralmente en tan solo uno de los grupos (mujeres) que puede ser víctima de una relación de dominación. Puede que así suceda en la mayoría de los casos. Con todo, no existe respaldo basado en evidencia científica de que ello suela ocurrir solamente en una dirección que va desde el varón hacia la mujer[34]. De hecho, la ira, los celos y la agresión verbal parecen ejercerse en similar medida tanto por hombres como por mujeres, como lo señala Pinker[35]. El desborde de las pasiones hacia la violencia no es una cuestión privativa del sexo masculino, tal como lo señalan algunos clásicos de la literatura universal[36].

2. La dimensión abstracta se proyecta sobre la dimensión concreta de la decisión judicial

Podríamos afirmar que el juzgamiento bajo una “perspectiva de género” comporta un punto de partida que se basa en una dimensión abstracta que proyecta sus resultados sobre una dimensión concreta. El aspecto que resulta abstracto se revela en la predicación de una teoría social basada en la naturaleza opresiva de un grupo sobre otro. Lo que presupone una suerte de compromiso con la explicación del funcionamiento o dinámica específica de las relaciones humanas, las cuales se describen primordialmente a través del poder[37].

No obstante, cabe plantearse, ¿resulta necesario asumir esa teoría social para concretar los fines que pretende el juzgamiento con perspectiva de género? El juez que no está comprometido con la naturaleza inexorablemente opresiva de las relaciones sociales, ¿podrá intervenir eficazmente en la concreción de los fines que procura la perspectiva de género? En fin, la administración de justicia que adopta una “perspectiva de género”, ¿puede escapar o prescindir de una teoría social que adopte una dinámica histórica de opresores y oprimidos?

La respuesta al anterior interrogante es que la dimensión concreta del juzgamiento con perspectiva de género sigue necesariamente la suerte de los contenidos de la dimensión abstracta[38]. Con esto quiero decir que el alcance de la aplicación de la perspectiva de género a casos particulares y concretos de modo necesario estará supeditado a los contenidos previamente delimitados en abstracto. De esta manera, si no se asume que las relaciones sociales están atravesadas por el poder de cabo a rabo, entonces las intervenciones ancladas en una perspectiva de género no se dirigirían a dismantelar una relación de dominación.

Ahora bien, independientemente de la discusión que se podría dar en clave de teoría social, estimo que la calidad de la labor jurisdiccional disminuye cuando esta se encuentra comprometida de manera invariable o apodíctica con una explicación general de la naturaleza de las relaciones sociales. ¿Por qué esto sería así especialmente en el campo de los procesos penales? Porque esto nos pondría, lisa y llanamente, en un nuevo ejemplo de derecho penal de autor. Con otras palabras, no serían los actos concretos, sino algunos rasgos de la personalidad los que determinarían el régimen penal que se ha de aplicar a una persona acusada de un delito.

Así, el dato de pertenecer al sexo masculino, por ejemplo, funcionaría como un criterio necesario y suficiente para que al imputado varón no se le aplique una suspensión de juicio a prueba acusado de delitos contra la integridad de la mujer, a pesar de que se hubiera verificado un consentimiento libre y autónomo de parte de la víctima. Aclaro que me refiero al caso en que el acusado cumple con todos los requisitos legales para acceder a tal instituto procesal. Se trata, como lo estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en “Góngora”, de una obligación absoluta en manos de los jueces penales[39]. De esta manera, todo caso en que la víctima fue una mujer que ha sufrido “violencia de género” debe ser llevado a la instancia de juzgamiento y debate oral, salvo en los supuestos en que se impulse un juicio abreviado[40].

¿Pero acaso pretendo sugerir que necesariamente resulta inconstitucional una decisión judicial que niegue una suspensión a prueba ante un hecho de violencia contra la mujer? Pues no, porque podría ser el caso de que, en los hechos concretos, efectiva y puntualmente se corrobore una relación de dominación que permite afirmar que la mujer no aceptó el acuerdo de suspensión de juicio a prueba con suficiente autonomía personal. Me refiero, por ejemplo, a cuando una mujer está profundamente atemorizada de que su marido tome represalias en caso de que esta prosiga con su querrela o acusación privada[41].

Lo que pretendo subrayar es que el punto de partida basado en la teoría social en que normalmente se apoya la perspectiva de género implica asumir que la mujer no puede sino estar en un estado de indefensión. Esta no podría, en efecto, tomar decisiones que le permitan “empoderarse” realmente. Porque lo que recalca la perspectiva de género es un enfoque binario. Un grupo dominante (varones) oprime al otro (mujeres).

Lo dicho anteriormente no solo omite el caso en que un individuo del bando oprimido (mujer) ejerce una relación de dominación sobre un miembro del llamado grupo opresor (varones). El punto más serio es que el supuesto bando oprimido, o bien está bajo dominación, o bien emprende una serie de acciones para volverse en el nuevo grupo dominante. No hay otra alternativa posible. La

dialéctica historicista sobre la que se basa el enfoque de género no permite un punto intermedio.

Con todo, ¿qué tal si en vez de partir de una explicación homogénea de las relaciones sociales más bien asumimos que estas no siempre comportan una pretensión de dominación? ¿Qué tal si el punto de arranque es la tesis de que las relaciones abusivas o violentas responden a causas psicológicas de los individuos y no tanto a estructuras sociales permeadas por la desigualdad y la opresión? ¿Acaso la explicación más exhaustiva de la dinámica de las relaciones interhumanas obedece a un juego de fuerzas o dominación de un grupo sobre otro?

Las ventajas del enfoque alternativo que adoptaré en el apartado V, el cual se ha dado llamar como “perspectiva de la vulnerabilidad”, se reducen básicamente a tres: 1) se optimiza el cumplimiento de las garantías al debido proceso del acusado; 2) se concreta la pretensión del derecho penal de reprimir conductas gravemente disvaliosas para el mantenimiento del orden social; y 3) se incrementan las chances de ampliar el nivel de autonomía de la mujer que ha sido víctima de lo que se suele nombrar como “violencia de género”. Pero, antes de ello, pasemos a un segundo argumento crítico, más de corte empírico, sobre la administración de justicia con perspectiva de género.

IV. Segunda crítica: ¿es la perspectiva de género capaz de erradicar los estereotipos negativos que perjudican a las mujeres?

La defensa de la justicia con perspectiva de género se suele fundamentar en la necesidad de erradicar los estereotipos de género negativos[42]. Ahora bien, ¿a qué refiere tal noción de “estereotipos”? Pues, como lo señala Irisarri, las teorías de género sostienen que “los estereotipos sociales enmarcan cómo debe ser la relación entre hombre y mujer, y posicionan a esta última en una situación de inferioridad”[43]. De lo que se trata, pues, es de ejercer la función jurisdiccional con el fin de erradicar una distribución de roles y funciones que difiere arbitraria o injustificadamente en virtud del sexo de las personas.

Así, por ejemplo, algunos ordenamientos jurídicos asumen que las mujeres deben cumplir con funciones de cuidado en el seno de la familia. Y, en cambio, a los varones les corresponde el rol de proveedores del sustento material. Esto se refleja en el hecho de que, al menos a la fecha de este trabajo, a las mujeres argentinas les corresponde una licencia por maternidad de noventa días, pero los varones solo tienen tres días de licencia por paternidad. Lo que subyace a esta normativa, en efecto, es que la madre es quien ha de ejercer primordialmente el rol de cuidado del niño en sus primeros meses de vida. Mientras que el hombre, en cambio, a lo sumo podrá ausentarse de su trabajo para asistir a la familia en la jornada del parto y unos pocos días más[44].

Un caso como el de la normativa laboral descrita anteriormente desincentivaría la posibilidad de una distribución equitativa de las tareas de cuidado. Ello no haría más que reforzar el estereotipo de que la mujer es la que cuida a los niños y el varón es quien se encarga de proveer el sustento económico para la familia. Sin embargo, ¿es la administración de justicia con “perspectiva de género” el medio más idóneo para desarticular tales estereotipos de género? La respuesta que desplegaré es que tal remedio es insuficiente.

Porque un enfoque de género pone el acento en una mirada sobre un grupo de seres humanos y no sobre las necesidades, circunstancias y experiencias de cada una de las personas involucradas en el marco de un caso concreto[45]. ¿Y qué tal si la mujer decide libre y autónomamente relegar su carrera profesional con el fin de quedarse la mayor parte del día con su hijo? ¿Acaso la distribución de las tareas de cuidado no puede ser asumida libremente por una mujer?

Así, resulta llamativo que, en los países nórdicos que cuentan con mayores facilidades para distribuir las tareas de cuidado de los niños, son las mujeres más preparadas y educadas quienes escogen pasar mayor tiempo con sus hijos[46]. De hecho, son tales madres quienes suelen optar por concentrar esos días de licencia para el cuidado de los niños. No suele haber una distribución en partes iguales de esa licencia entre varones y mujeres[47]. Con otras palabras, las mujeres más preparadas son las que eligen quedarse el mayor tiempo posible al cuidado de sus hijos.

Lo cual parece coincidir con algo que Hersch detectó hace unos años en el contexto estadounidense. A saber, que las madres más educadas o preparadas tienden a volcarse hacia labores de cuidado. Esto podría deberse a que son ellas quienes tienen mayor poder de negociación con sus empleadores. O bien eso podría responder a que las mujeres más capacitadas son quienes cuentan con habilidades o competencias lo suficientemente apreciadas como para poder reinsertarse en el mercado laboral cuando lo deseen o necesiten[48].

Una mirada que ponga su atención sobre la persona individualmente considerada no atiende tan solo a lo que corresponde abstractamente a los miembros de un grupo desaventajado, sino al restablecimiento o aseguramiento de lo que le es debido a alguien en específico[49]. En cambio, la perspectiva de género asume, de modo necesario, que la mujer es el eslabón más frágil y débil en toda relación entre personas de diverso sexo. Ahora, ¿y qué acontece en las relaciones conflictivas entre mujeres? ¿Y qué sucede cuando una madre adulta maltrata a su hija indefensa de escasos años de vida? ¿O qué pasa cuando un hombre adulto es agredido por una violenta pareja del sexo opuesto? En síntesis, el enfoque de género presupone que la mujer es siempre, y en todos los casos, el “sexo débil”[50].

Lo anterior no solo reproduce un estereotipo negativo de las mujeres, sino que refuerza la situación de vulnerabilidad en la que se ven ellas, que efectivamente se encuentran sometidas a una relación asimétrica o de dominación. Con todo, el hecho de padecer tal situación de dominación no es algo privativo de la pertenencia a un sexo. Lo que amerita una decisión judicial tendiente a restablecer la igualdad es el restablecimiento del derecho que ha sido conculcado en una determinada relación jurídica[51]. Y esto no se logra entera o plenamente adoptando una visión que haga prevalecer a los miembros de un grupo sobre otro (el que fuera), sino mediante la consideración de las particulares necesidades de la persona más frágil que ha sufrido una injusticia[52].

Así, la noción de violencia de género, comprendida esta como un vínculo asimétrico y violento de un hombre sobre una mujer, presenta el tino de mostrar que las agresiones pueden darse en un marco relacional, en el cual una de las personas es capaz de ejercer dominación sobre la otra. El punto objetable es que resulta insuficiente limitar el análisis de la relación de dominación al caso de hombres sobre mujeres. Aún más, el enfoque o la perspectiva de género se

concentra unilateralmente en el desmantelamiento de asignación de roles sociales basado en estereotipos. Lo cual asume que la mujer es necesariamente la parte más vulnerable de esa relación de pareja.

No obstante, esa respuesta pareciera desconocer la libertad humana e incurre en un determinismo histórico propio de perspectivas marxistas que adoptan una dialéctica de opresores *versus* oprimidos. En contraste, el acierto de la perspectiva de género, es decir, la desarticulación de una relación de dominación o poder asimétrico podría concretarse mejor a través de un camino alternativo.

En síntesis, de lo que se trata es de adoptar el punto de vista que recoge las necesidades del más débil o vulnerable, pero con el fin de fortalecerlo sustentablemente. Sobre este punto, mi apreciado lector, versará el próximo apartado.

V. La perspectiva de vulnerabilidad: bases para una alternativa a la administración de justicia con “perspectiva de género”

1. Algunas razones a favor de una perspectiva de vulnerabilidad

La perspectiva de vulnerabilidad se caracteriza por correr el acento de la denuncia de la relación entre opresores y oprimidos con el fin de poner el foco sobre una aproximación constructiva, reparadora, empoderadora y equiparante[53]. No se trata, en efecto, de limitarse a una persecución del agresor con un umbral de garantías constitucionales propio del derecho penal del enemigo[54]. Antes bien, un enfoque de vulnerabilidad, como lo plantea Basset, presenta tres grandes ventajas: i) configura un nuevo vector de análisis de la igualdad; ii) presenta una empatía con los que más sufren una determinada injusticia; iii) advierte la interdependencia del ser humano con el propósito de fortalecer a cada persona que ha sufrido una situación de injusticia basada en su posición frágil[55].

Respecto a la primera ventaja (i), la perspectiva de vulnerabilidad asume que la concreción de la igualdad material es un reto en nuestras comunidades. Porque las posibilidades y las posiciones que ocupa cada persona en la sociedad están lejos de ser las mismas. Ante ello, la perspectiva de vulnerabilidad pretende brindar efectivas correcciones que atiendan a las necesidades de cada individuo, pero que lo inserten armónicamente en la trama de relaciones sociales en que se despliega su vida[56]. Dicho en otras palabras, un enfoque de vulnerabilidad se dirige a remediar una injusticia y, a la vez, a trazar estrategias para que esa persona no vuelva a ser el eslabón más frágil en sus interacciones humanas.

Por ejemplo, una perspectiva de vulnerabilidad no atiende solamente al hecho de que una mujer fue víctima de una agresión leve por parte de su expareja en virtud de pertenecer al llamado “sexo oprimido”. Antes bien, un enfoque de vulnerabilidad se orienta a intervenir con el fin de recomponer los vínculos familiares con sus hijos, si fuera el caso. Esto podría implicar, en el caso extremo, que la víctima se aleje permanentemente del agresor, pero también conlleva facilitarle herramientas para prevenir y anticiparse a que sus hijos no cometan las mismas agresiones que su padre. Todo ello sin dejar de procurar que esos niños eviten desarrollar temor a todo hombre mayor que pretenda vincularse sentimentalmente con su madre. Y, dentro de lo posible, se ha de intentar la recomposición de la trama familiar entre los niños y su padre.

Asimismo, (ii) un enfoque de vulnerabilidad permite ubicarse en el lugar del otro y visualizar la dimensión de autonomía y libertad de toda persona humana con el fin de empoderar al sujeto vulnerable que ha sufrido una injusticia[57]. De lo que se trata es de que, a partir de su propia situación personal, la persona vulnerable sea capaz de tomar sus propias decisiones. Porque solo podrá incrementar progresivamente su nivel de autonomía a través del reconocimiento efectivo de su capacidad de hacerse responsable de sus propias decisiones. Solo cuando ello no fuera posible será necesario acudir a apoyos; esto es, a personas o instituciones que protejan a la persona vulnerable de sus propias acciones. Sin embargo, tales intervenciones siempre han de ordenarse progresivamente a fortalecer a la persona vulnerable y no a consolidar su posición frágil. Todo ello siempre que resulta imprescindible; es decir, como última *ratio*[58].

Con todo, resulta llamativo que el enfoque de género suela omitir consideraciones tendientes a favorecer una capacidad progresiva de las mujeres-víctimas para tomar activamente las riendas de su existencia. Esta mirada que pone el acento en la adquisición incremental de un mayor nivel de autonomía es algo sobre lo que se insiste en algunos otros campos jurídicos que versan sobre sujetos particularmente desaventajados como, por ejemplo, quienes padecen discapacidades[59]. No obstante, resulta sorprendente que la mujer-víctima termine siendo considerada de un modo mucho más paternalista que aquellos sujetos que sufren alguna clase de discapacidad.

Así, por caso, resulta preciso oír a la víctima que sufre violencia familiar en el marco de una audiencia de suspensión de juicio a prueba. El juez ha de corroborar que la víctima no está sujeta a una oferta coercitiva, sino que consiente con un suficiente nivel de autonomía personal que su expareja se vea beneficiado con una *probation*. La intervención paternalista del juez que trata a la mujer que sufrió violencia familiar cual si fuera una incapaz no hace más que apuntalar la situación de vulnerabilidad de la víctima. Con otras palabras, el activismo judicial orientado a proteger a la víctima sin oír sus determinaciones refuerza la posición vulnerable de la persona que padece violencia familiar[60].

En tercer lugar, (iii) la vulnerabilidad se proyecta hacia el futuro. Porque la vulnerabilidad implica siempre la posibilidad de que acaezca un daño. El concepto de vulnerabilidad refiere a una labor de detección de situaciones concretas que suponen un peligro para la persona frágil con el propósito de evitar un futuro trágico que aún no sucedió, pero que hoy se puede enderezar. Lo cual significa que la noción de vulnerabilidad no solo se concentra en la represión de actos ilícitos, sino en la prevención de situaciones injustas[61]. Dicho de otro modo, un enfoque de vulnerabilidad no se dirige a castigar o intervenir con una mera pretensión *ex post*, sino que aspira a evitar nuevas y graves afectaciones a derechos fundamentales.

Por ejemplo, un juez penal rechaza una suspensión de juicio a prueba porque estamos ante un caso de la llamada “violencia de género”. Ahora bien, si esta decisión judicial no toma en cuenta cómo evitar que el acusado tome represalias contra la denunciante, pues entonces se abandonaría a la víctima a su propia suerte. Se podrá adoptar una medida que cumpla con la función represiva del sistema penal, pero eso no protegerá a la víctima de futuras represalias de su agresor. En cambio, un enfoque de vulnerabilidad busca tanto reprimir hechos ya acontecidos como prevenir nuevas agresiones o injusticia hacia la víctima. Dicho

en una apretada síntesis, una perspectiva de vulnerabilidad no solo pretende restablecer el derecho conculcado, sino empoderar a la víctima que ha sufrido una injusticia.

Finalmente, es preciso remarcar que la perspectiva de vulnerabilidad implica un enfoque integral en el cual las tres dimensiones señaladas más arriba se han de desplegar copulativa y armónicamente. Ninguno de estos tres aspectos puede darse por separado, ni cabe afirmar que uno prevalece sobre otro. Antes bien, un enfoque de vulnerabilidad ha de conciliar las tres ventajas señaladas: i) un nuevo vector de análisis de la igualdad; ii) desplegar una empatía con los que más sufren una determinada injusticia; iii) advertir la interdependencia del ser humano con el propósito de fortalecer a cada persona en sus necesidades específicas. Dicho en pocas palabras, los tres aspectos del enfoque de vulnerabilidad están interconectados y dependen uno del otro.

2. Respuesta a posibles objeciones (I): la perspectiva de vulnerabilidad socava el principio de legalidad

La perspectiva de vulnerabilidad pareciera que está en tensión con el principio de legalidad. Porque la máxima de determinación que se desglosa de tal principio básico del derecho penal estaría siendo conculcada cuando el juez formula una acusación más severa por el hecho de que la víctima fue una persona vulnerable. Estaríamos, pues, en un marco en que nos adentraríamos en un derecho penal de la víctima, pero no en el sentido de una participación activa de esta en el proceso. Se trataría de una vuelta a la venganza privada y, por tanto, estaría comprometida la legitimidad misma del poder punitivo[62].

Ahora bien, la propuesta que esbozo en este trabajo se encuadra en la discrecionalidad judicial; esto es, dentro de ese margen de decisión que el juzgador tiene para escoger entre alternativas abiertas que le brinda la propia normativa del sistema jurídico[63]. No se trata de que el juez elabore una sentencia que reformule al supuesto de hecho de los tipos penales que está llamado a interpretar. Antes bien, el punto es que el juez despliegue su rol dentro de los márgenes de la ley, pero atendiendo a las vulnerabilidades de la víctima. Por ejemplo, mediante la adopción de todas las medidas procesales que se necesiten para evitar la revictimización de la persona agredida y con el objetivo de prevenir nuevas agresiones[64].

Otro punto en que la perspectiva de vulnerabilidad podría incidir, siempre dentro del marco del principio de legalidad, es en la aplicación de las circunstancias agravantes. En concreto, la valoración sobre “la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y el peligro causados”[65] podría nutrirse de las consideraciones de la perspectiva de vulnerabilidad. Así, en la inherente discrecionalidad que tiene el juez al momento de dosificar la pena, se podría echar mano de un enfoque que se focaliza en la situación vulnerable de la persona agredida. Lo cual podría servir tanto para reprimir conductas pasadas como para prevenir futuras agresiones hacia la víctima. Todo ello sin perjuicio de procurar la rehabilitación del agresor.

En síntesis, el límite para la aplicación de una perspectiva de vulnerabilidad es el derecho penal de excepción. No se trata de instituir penas por la vía pretoriana, ni de saltarnos los máximos de la escalas penales; ni tampoco de perforar mínimos[66]. Un enfoque que pone el acento en la persona vulnerable consiste en operar dentro del marco de la ley penal con una particular consideración de

las personas vulnerables que han sufrido el injusto con una perspectiva represiva y, a la vez, preventiva.

3. Respuesta a posibles objeciones (II): la perspectiva de vulnerabilidad conculca el principio de imparcialidad judicial

Un reto adicional que plantea la perspectiva de vulnerabilidad es el mantenimiento del principio de imparcialidad judicial. La superación de la venganza privada a través de un ejercicio legítimo de la potestad punitiva descansa en la eliminación de toda sospecha de parcialidad hacia alguna de las partes[67]. Sin embargo, el enfoque que prioriza al más vulnerable, ¿acaso no conlleva que el juez ha de estar inclinado a fallar en favor de la parte más frágil? Si el órgano jurisdiccional tiene el deber de imparcialidad porque este debe tratar a todos los justiciables por igual, sin ninguna clase de discriminación[68], ¿cómo es posible conciliar este deber con una mirada prioritaria a la parte más frágil?

La respuesta es sencilla. El juez no debe priorizar al más frágil para garantizarle más y mejor justicia en detrimento de los derechos del acusado, sino con el propósito de nivelar el campo de juego entre ambas partes. Porque, al fin y al cabo, la perspectiva de vulnerabilidad procura concretar la igualdad, no asegurar un privilegio discriminatorio que favorezca al más débil. No se trata, pues, de concederle un umbral de garantías procesales diferente o un estándar probatorio más favorable a la víctima de una relación asimétrica.

En cambio, la mirada prioritaria sobre la parte damnificada tan solo procura, de un lado, evitar toda revictimización con relación a hechos pasados y, del otro, apunta a prevenir futuras agresiones. De lo que se trata es de impedir que se reduzca el proceso a un inculpar a la damnificada por lo ocurrido. Lo cual sería aún más grave si no mediara alguna pretensión de favorecer un mayor nivel de autonomía y dominio de sí en la persona agredida. El enfoque de vulnerabilidad, por ende, tan solo pretende robustecer la igualdad entre las partes.

De esta manera, en aquello que implique una afectación a las garantías constitucionales del proceso penal, el juez deberá siempre procurar emplear todos los medios disponibles para conciliar dos extremos: i) un respeto básico al derecho a la defensa y al debido proceso y ii) la evitación de una revictimización de una persona vulnerable. Por caso, un niño que ha sufrido un delito que comportó una relación asimétrica –*p. e.*, un abuso sexual gravemente ultrajante por parte de su maestro de escuela– ha de brindar su declaración una sola vez en un contexto seguro que reduzca lo más posible la angustia de revivir hechos en que se aprovecharon de su fragilidad –*p. e.*, entrevista en Cámara Gesell–. No obstante, si bien el abogado defensor no podrá interrogar directamente a la víctima, este sí podrá estar presente y formular preguntas a través de la psicóloga que interviene en la entrevista.

Recapitulando, un enfoque de vulnerabilidad que pone al acusado en una situación de indefensión frente a la acusación de la víctima tendría serios reparos en cuanto al aseguramiento del derecho a la defensa y al debido proceso a través de un tratamiento parcializado a la parte más frágil. En consecuencia, la perspectiva en favor del más vulnerable tan solo busca restablecer un equilibrio que se ha perdido entre el supuesto agresor y quien se erige como víctima. Con otras palabras, se trata de robustecer el plano de igualdad en el que se encuentra la parte vulnerable y aquella persona que se aprovechó de tal fragilidad.

VI. Conclusiones: de una perspectiva conflictivista a un enfoque personalizado, reparador y preventivo

La adopción de una perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales comporta el riesgo de fortalecer el punitivismo y, por ende, una disminución del umbral mínimo de garantías constitucionales del acusado. Además, el enfoque de género no resulta suficiente para superar o prevenir que una víctima de una relación asimétrica vuelva a sufrir de tales padecimientos. Y, por último, la perspectiva de género termina siendo insuficiente para abordar casos en que se ven involucrados niños u otros sujetos vulnerables.

La visión dicotómica o binaria de sujetos opresores (varones) y personas oprimidas (mujeres) resulta desacoplada de las múltiples posibilidades de violencia que pueden transcurrir en las relaciones humanas. Porque, en efecto, nada obsta para que las mujeres también agredan a sus parejas (varones) o a sus propios niños. De hecho, los estudios sobre violencia entre parejas de adolescentes concluyen que las agresiones son bidireccionales. Esto sugiere que las causas de la violencia interpersonal radican más en el campo psicológico de las personas que en una dinámica social de opresores (varones) y oprimidos (mujeres).

Situados en este contexto, el presente trabajo sostuvo la conveniencia de concretar el principio de igualdad material a través de una perspectiva de vulnerabilidad. Esta poseería la triple ventaja: 1) configura un nuevo vector de análisis de la igualdad; 2) presenta una empatía con los que más sufren una determinada injusticia; 3) advierte la interdependencia del ser humano con el propósito de fortalecer a cada persona que ha sufrido una situación de injusticia basada en su posición frágil.

Con todo, este enfoque de vulnerabilidad no puede ser empleado como una excusa para la aplicación de un derecho penal de excepción. Esto significa que la vulnerabilidad de la víctima no puede servir como un pretexto para aplicar tipos penales de una manera excepcional en virtud de alguna característica de los individuos, tal como pertenecer al sexo masculino.

Tampoco un enfoque de vulnerabilidad debe ser una excusa para una aparentemente bienintencionada parcialidad en favor del más débil. Esta atención prioritaria al más débil ha de limitarse a recomponer la autonomía e igualdad entre las partes. Y, lo que es aún más importante, todo esto debe efectuarse a través de un aseguramiento del contenido básico de las garantías constitucionales del acusado, tales como el derecho a ofrecer prueba, su derecho a interrogar a todos los que brinden un testimonio o declaración ante las autoridades y su derecho a ser oído. Podrá variar el modo o mecanismo en que se asegure ese derecho, pero su completa aniquilación equivaldría a un proceso teñido de parcialidad y, por consiguiente, ilegítimo.

En síntesis, la perspectiva de vulnerabilidad pone el foco sobre la persona más frágil en una situación o relación asimétrica, pero no en virtud del hecho de pertenecer a un cierto grupo o colectividad. Lo que justificaría esa mirada preferencial es la particular y concreta situación de fragilidad en que se ve sumergida aquella persona que sufre una relación de dominación. De esta manera, los jueces insistirían nuevamente en el elemento personal que está incluido en la fórmula de la justicia; es decir, se volvería a remarcar la centralidad no solo

de dar lo justo, sino *a cada uno*. Lo que significa que el cumplimiento de lo debido atiende a las personas en concreto, a partir de sus necesidades actuales y particulares, no en virtud de su mera adscripción a una determinada colectividad.

VII. Referencias bibliográficas

- Arbach, K., Nguyen-Vo, T., & Bobbio, A. (2015). Violencia física en el noviazgo: análisis de los tipos diádicos en población argentina. *Revista Argentina de Ciencias del Comportamiento*, 7(2), 38-46. <https://doi.org/10.32348/1852.4206.v7.n2.10731>
- Arena, F. J. (2020). Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos. V. Risso & S. Pezzano (Eds.). *Derecho y Control*. Ferreyra, 11-44. [https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/11768/Libro Derecho y Control 2 para subir.pdf](https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/11768/Libro%20Derecho%20y%20Control%20para%20subir.pdf)
- Basset, U. C. (2017). La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del sistema interamericano. U. C. Basset & N. Lafferriere (Eds.). *Tratado de la vulnerabilidad*. La Ley, 19-40.
- Binder, A. M. (1999). *Introducción al derecho procesal penal*. 1993. Ad-Hoc.
- Borchorst, A. & Siim, B. (2008). Woman-friendly Policies and State Feminism: Theorizing Scandinavian Gender Equality. *Feminist Theory*, 9(2), 207-224. <https://doi.org/10.1177/1464700108090411>
- Caliva, C. & Esses, M. (2017). La capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: sustrato filosófico y compatibilidad con las normas internacionales sobre la materia. R. Rabbi-Baldi Cabanillas (Ed.). *Los derechos de la persona en el nuevo Código Civil y Comercial: aproximación a algunos aspectos novedosos*. La Ley, 37-94.
- Cancio Meliá, M. (2003). ¿Derecho penal del enemigo? M. Cancio Meliá & G. Jakobs (Eds.). M. Cancio Meliá (Trad.). *Derecho penal del enemigo*. Civitas, 55-101.
- Charen, M. (2018). *Sex Matters: How Modern Feminism Lost Touch with Science, Love, and Common Sense*. Crown Forum.
- Cotta, S. (1991). *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*. Giuffrè.
- De Martini, S. (2013). Raíces ideológicas de la perspectiva de género. *Prudentia Iuris*, 75, 67-89.
- Edwards, C. E. (1996). *Garantías constitucionales en materia penal*. Astrea.
- Etcheverry, J. B. (2014). Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites. *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 15, 148-171. <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/123>
- Faralli, C. (2002). La filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX. *Anuario de Derechos Humanos*, 3, 133-216. <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0202110133A>
- Fontevécchia, J. (8 de octubre de 2022). Judith Butler: “La masculinidad de lo humano se ha deshecho” (entrevista). *Perfil*. <https://www.perfil.com/noticias/periodismopuro/judith-butler-la-masculinidad-de-lo-humano-se-ha-deshecho-por-jorge-fontevécchia.phtml>
- García Ramírez, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS*, 5, 123-159. <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a7.pdf>
- Gastaldi, P. & Pezzano, S. (2021). Juzgar con perspectiva de género “Desigualdad por razones de género” como propiedad relevante en la toma de decisiones judiciales. *Revista Argumentos*, 12, 36-48. <https://oaji.net/articles/2021/3865-1634050878.pdf>

- Gentile Bersano, F. & Mudry, F. (2022). Perspectiva de género y derecho penal. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de la Provincia de Santa fe*, 125, 90-123.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*. Giuffrè.
- Guillen, N. P. (2004). Relaciones de poder: leyendo a Foucault desde la perspectiva de género. *Revista de Ciencias Sociales (CR)*, 4(106), 123-141. <https://www.redalyc.org/pdf/153/15310610.pdf>
- Hersch, J. (2013). Opting Out Among Women with Elite Education. *Review of Economics of the Household*, 11(4), 469-506. https://law.vanderbilt.edu/phd/faculty/joni-hersch/2013_Hersch_Opting_Out_among_Women_with_Elite_Education_REHO.pdf
- Hervada, J. (2011). *Introducción crítica al derecho natural. 1981* (11ª ed.). EUNSA. [https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/56681/1/02-Introducción crítica al derecho natural.pdf](https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/56681/1/02-Introducción%20crítica%20al%20derecho%20natural.pdf)
- Irisarri, S. M. (2018). *Violencia contra la mujer: protección ante agresiones por razón de género*. Astrea.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2019). Una sentencia brasileña con visión de género. *Revista de Bioética y Derecho*, 45, 127-147. <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/17720/20427>
- Kreimer, R. (2020). *El patriarcado no existe más*. Galerna.
- Lagarde, M. (1997). *Género y feminismo: desarrollo humano y democracia*. Grafistaff.
- Laise, L. D. (2017). *El poder de los conceptos: convenciones semánticas y objetividad referencial en la interpretación constitucional originalista*. Porrúa.
- Laise, L. D. (2022). Lo que ellas quieren: suspensión de juicio a prueba y violencia contra la mujer. *Novum Jus*, 16(2), 77-105. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.2.4>
- Lloria García, P. (2020). Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del Estado. *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, 309-357. <https://doi.org/10.15304/epc.40.6503>
- Londoño Lázaro, M. C. (2014). *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado*. Tirant Lo Blanch.
- Magoja, E. E. (2022). Activismo judicial en el derecho penal: la perforación de mínimos legales mediante la equidad. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 19(52), 405-427. <https://doi.org/10.24215/25916386e124>
- Maino, C. A. G. (2019). Origen y desarrollo de las políticas de género en educación. *Prudentia Iuris*, 88, 21-51. <https://revistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/2678/3318>
- Mañalich, J. P. (2004). El derecho penal de la víctima. *Derecho y humanidades*, 10, 253-283. <https://revistaidiem.uchile.cl/index.php/RDH/article/download/17028/17751>
- Maturana Cabezas, P. A. (2019). Juzgar con perspectiva de género: fundamentos y análisis de sentencias. *Anuario de Derechos Humanos*, 15(2), 279-290. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2019.53129>
- México, S. C. de J. de la N. (2020). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. México D. F.
- Miranda-Novoa, M. (2013). Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género. *Dikaion*, 21(2), 337-356. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2749/3063>

- Paglia, C. (2008). Feminism Past and Present: Ideology, Action, and Reform. *Arion: A Journal of Humanities and the Classics*, 16(1), 1-18. <https://www.bu.edu/arion/files/2010/03/Feminism-Paglia1.pdf>
- Pautassi, L. & Rodríguez Enríquez, C. (2014). *La organización social del cuidado de niños y niñas. Elementos para la construcción de una agenda de cuidados en Argentina*. <http://elcuidadoenagenda.org.ar>
- Pinker, S. (2008). *The Sexual Paradox: Men, Women and the Real Gender Gap*. Scribner.
- Poyatos Matas, G. (2019). Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa. *iQual. Revista de Género e Igualdad*, (2), 1-21. <https://doi.org/10.6018/iqual.341501>
- Pulido-Ortiz, F. E. (2020). Constitución y bloque constitucional. *Revista de Derecho Político*, 108, 337-360. <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/download/28009/21781>
- Ramírez Ortiz, J. L. (2020). El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 1, 201-245. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i1.22288
- Rivas-Robledo, P. (2022a). ¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial. *Dikaion*, 31(1), 70-92. <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.1.4>
- Rivas-Robledo, P. (2022b). ¿Qué es el activismo judicial? Parte II. Una definición más allá de la extralimitación de funciones. *Dikaion*, 31(2), e3126. <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.6>
- Rosler, A. (2022). *Si usted quiere una garantía, compre una tostadora*. Editores del Sur.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal: parte general*. (D. M. Luzón Peña, Trad.). Civitas.
- Séneca (2015). *Letters on Ethics: to Lucilius*. (M. Graver & A. A. Long, Trans.). University of Chicago Press.
- Vidales, I., Elizondo, D. M. & Rodríguez, G. (2007). *La perspectiva de género: breve estudio en Nuevo León*. CECyTE.
- Zaffaroni, E. R. (1987). *Tratado de derecho penal: parte general*. Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura básica del derecho penal*. Ediar.
- Zambrano, P. (2016). Interpretar es conocer. Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación. J. Cianciardo & et al. (Eds.). *Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*. UNAM, 53-77. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/36840>
- Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092”, 23 de abril de 2013, *Fallos*: 336:392. Recuperado de: <https://consejomagistratura.gov.ar/wp-content/uploads/2022/04/GONGORA.pdf>
- Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso de hecho deducido por R. M. M. en la causa Callejas, Claudia y otra s/ violación de secretos”, 27 de febrero de 2020. Recuperado de: <https://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/3/2020/05/CASO-R.-M.-M.pdf>
- Argentina. Suprema Corte de Justicia de la Prov. de Mendoza, Sala Segunda, “Di Cesare Melli, Andrés Salvador p/ Homicidio Agravado (97026) (97026/16) p/ Recurso Ext. de Casación p/ Recurso Ext. de Casación Horizontal”, CUIJ: 13-05722642-5/1. Recuperado de: <http://www.jus.mendoza.gov.ar/documents/>

36211/184347/Sentencia+Sala+Segunda+Suprema+Corte+de+Justicia+de+Mendoza.pdf/a94695a9-ac33-4618-8c6a-3d7b1638a79a

Argentina. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, “M., N. M. s/ Lesiones leves agravadas, amenazas coactivas con arma y abuso sexual con acceso carnal, todo ello en concurso real”, Expte. N° 1218/2021 STJ-SP, 11 de julio 2022.

Argentina. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones, “Dos Santos, Nelson s/ Recurso de Casación en Autos: ‘Expte. N° 44.724/2016 – Dos Santos, Nelson s/ Homicidio Calificado por Violencia de Género’ y Acumulado N° 47.781/2016”, Expte. N° 100799/2017, 16 de marzo de 2020. Recuperado de: <https://bit.ly/3yrOggO>

Corte IDH, “Ramírez Escobar y otros v. Guatemala”, sentencia del 9 de marzo de 2018. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_es p.pdf