

Informe de Investigación

Título: Equidad y violencia de género

Subtítulo: -

Rama del Derecho: Derecho de Familia	Descriptor: Situación de la mujer
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Equidad, vionencia de género
Fuentes: Doctrina, Normativa, Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 07-2009

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Doctrina.....	2
Concepto de Violencia de Género.....	2
El Proceso de Socialización.....	4
Elementos básicos de la conducta agresora.....	5
Clasificación.....	5
El Caso especial de la violencia Doméstica.....	6
El hostigamiento sexual como una expresión de violencia de género.....	7
El principio de igualdad y la especificidad de un hecho.....	8
Tres principios que se derivan de la igualdad jurídica.....	9
Medidas equitativas: desafíos contra la discriminación.....	11
3 Normativa.....	13
CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.....	13
LEY CONTRA LA VIOLENCIA DOMESTICA.....	13
4 Jurisprudencia.....	13
Voto No. 1549-04.....	13
Voto N° 680-08.....	15
Res: 2007-000274.....	17

1 Resumen

En el presente informe se desarrollan dos temas de suma importancia para el desarrollo del Derecho de Familia y para la población de mujeres en Costa Rica en general. El primero, el tema de la equidad, en el acceso a oportunidades entre hombres y mujeres. El segundo el tema de la violencia por razón de género. En la jurisprudencia se observa como este segundo tema tiene diferentes manifestaciones, verbal, psicológica, sexual entre otras.

2 Doctrina

[Durán Gamboa]¹

Concepto de Violencia de Género

Para hablar de violencia de género es indispensable realizar una diferenciación entre los conceptos de sexo y de género. Esto debido a la confusión existente en cuanto al uso y aplicación del término "violencia de género". Es así como, por un lado el término "sexo" alude a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, y que son naturales, congénitas y universales, por lo tanto inmutables, e irreversibles.

Mientras que por otro lado el término "género" se refiere a las diferencias entre hombres y mujeres construidas por la sociedad, a su forma de relacionarse y dividir sus funciones. Estas diferencias se pueden modificar y cambian según el tiempo, contexto y clase social, etnia, edad, región, cultura. Pues se trata de las características sociales, culturales, políticas, psicológicas, jurídicas y económicas de una determinada sociedad y cultura.

Por "género" se entiende una construcción simbólica que alude al conjunto de atributos socioculturales asignados a las personas a partir del sexo y que convierten la diferencia sexual en desigualdad social. O bien, hace referencia a "la construcción social de las relaciones entre mujeres y varones, aprendidas a través del proceso de socialización, cambiantes con el tiempo que varían entre una cultura a otra, y aún dentro de una misma cultura".

Al término género se le ha atribuido la función de conceptualizar la violencia en términos más amplios, por lo que comprender el género resulta de vital importancia para desarrollar estrategias de transformación personal y social, que permitan eliminar la violencia, esto por cuanto es claro que tanto las causas como las posibles soluciones de dicho problema, son tanto personales, como sociales.

Igualmente importante es analizar el término "violencia", el cual como parte del término violencia de género, nos lleva al punto clave de que es urgente abandonar el concepto limitado de violencia utilizado anteriormente, pues ésta no es solamente un determinado tipo de acto, sino también una determinada potencialidad. Es decir que no se refiere sólo a una forma de "hacer", sino también de "no hacer".

El término "violencia" ha sido interpretado por múltiples y diferentes autores, es así como se han producido variadas definiciones; pues para algunos la violencia se define como "una acción directa o indirecta, concentrada o distribuida, destinada a hacer mal a una persona o a destruir ya sea su integridad física o psíquica, sus posesiones o sus participaciones simbólicas".

Para otros autores, la violencia puede ser definida como el "ejercicio de la fuerza física con la finalidad de hacer daño o de causar perjuicio a las personas o a la propiedad; acción o conducta caracterizada por tender a causar mal corporal o por coartar por la fuerza la libertad personal", o bien, como "el uso de la fuerza, abierta u oculta, con la finalidad de obtener, de un individuo o de un grupo, algo que no quiere consentir libremente".

La violencia, nos remite inevitablemente al concepto de fuerza, y el cual se relaciona con el concepto de poder. Esto por cuanto históricamente la violencia ha sido un medio para ejercer el poder, y dicho ejercicio se lleva a cabo a través de la fuerza. Por medio de lo cual se puede determinar que, la lucha de poderes da como resultado conductas violentas, y ello conlleva al daño físico, psíquico o emocional.

Uniendo los conceptos anteriormente analizados, se ha dado origen a un nuevo concepto: "violencia de género", el cual consiste en un grave problema social que ha tenido y tiene lugar en todas las culturas; y está directamente asociado a las relaciones asimétricas de poder entre mujeres y hombres que determinan en última instancia, la posición de subordinación y vulnerabilidad de las mujeres independientemente de su situación socioeconómica.

La "violencia por razones de género", se basa en un discurso de género sobre masculinidad y femineidad (normas y definiciones prescritas de lo que significa ser un hombre o una mujer), y en el lugar que ocupan los hombres y las mujeres con relación a sí mismos y a otros grupos de mujeres y hombres. Y son estos discursos de género los que originan un comportamiento violento.

Es decir, que tiene sus raíces en el patriarcado como sistema que coloca al hombre sobre la mujer, y sobre otros hombres; y que además institucionaliza los contextos sociales, culturales y legales que permiten la violencia sobre la base del género. Pero, la violencia por razones de género también se basa en las presiones, miedos y emociones reprimidas que subyacen la "masculinidad hegemónica", o en muchas de las formas de dominio masculino aceptadas en muchas culturas del mundo.

Otra forma de concebir la "violencia de género", es como "la desigual distribución de poder, inherente al desempeño de los roles de género, así como la manera estereotipada de asumir el género femenino y el masculino".⁸ Por ello los elementos de desigualdad en la distribución del poder, los roles y estereotipos asignados tanto al género femenino, como al masculino, vienen a ser de suma relevancia al abordar el tema de la violencia de género.

La "violencia de género" fue incorporada en un instrumento internacional por primera vez, en diciembre de 1993, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, la cual la define como: "...todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada".

Pero además esta Declaración también incorpora al término "Violencia de género", la violencia física, sexual y psicológica en la familia, los golpes, el abuso sexual de en el hogar, la violación por el cónyuge, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer, así como también la violencia ejercida por personas distintas al núcleo familiar; entre otros.

En ese mismo año de 1993, en Viena, fue celebrado el Segundo Congreso Mundial por los Derechos Humanos, el cual reconoció en su declaración final, que los derechos de las mujeres son parte inseparable, integral e inalienable de los derechos humanos universales, por lo que la violencia contra las mujeres en la esfera privada representa una violación a los derechos humanos y libertades individuales de las mismas.

Posteriormente en 1995, se lleva a cabo la Conferencia Mundial de la ONU sobre la Mujer, celebrada en la ciudad de Beijing, de la cual da se desprende que "la violencia contra la mujer impide el logro de los objetivos de la igualdad de desarrollo y Paz, que viola y menoscaba el disfrute de los deberes y derechos fundamentales" e instaba a los Gobiernos a "adoptar medidas para prevenir y eliminar esta forma de violencia".

La violencia ejercida contra las mujeres, ha sido reconocida como una violación a los derechos humanos, y a las libertades individuales, esto por muchos acuerdos y tratados internacionales, así como también regionales, los cuales deben funcionar como herramientas y garantías reales en la tarea de búsqueda de prevención, y erradicación de todas estas formas de violencia que lesionan a la mujer.

La Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer, así como el



Protocolo Opcional, son un claro ejemplo de dicha tarea, pues llama a los Estados a llevar una "política de eliminación de la violencia contra las mujeres" y habilita las vías para que las mujeres puedan realizar reclamos y para que sus reclamos se tengan en cuenta, pues reconoce su derecho a ser escuchadas.

Diversos son los estudios que coinciden en que la violencia de género limita el sano desarrollo, disminuye la autoestima de la víctima, puede poner en riesgo su vida, salud y su integridad, causando alteraciones emocionales, dificultades en las relaciones interpersonales y traumas sexuales; además puede consistir en una serie de agresiones que sumadas producen daño, aunque cada una de ellas aisladas no necesariamente lo produzca.

La violencia de género, como problema de salud pública que es, tiene graves y destructivos efectos en el desarrollo de las mujeres, y en el caso particular de la familia, los principales afectados son los niños, pues la familia al ser considerada como un vínculo socializador determinante, influye determinadamente en su conducta social futura.

Pero todo este problema que generalmente tiene origen en el ámbito familiar, es lo que en muchos países del mundo ha ocasionado que miles de mujeres huyan en busca de refugio y un mejor futuro. Sin embargo esta decisión no ha solucionado el problema, ya que en la mayoría de las ocasiones, estas mujeres aún contando con la condición de refugiadas, son víctimas de violencia y discriminación por parte de los países que se han comprometido a protegerlas.

Una muestra de ello es la discriminación en el acceso al empleo, sufrida por las mujeres refugiadas en nuestro país, las cuales, son víctimas de una doble discriminación, primero por el hecho de ser mujeres y segundo por su condición de refugiadas. Este tema, eje central del presente trabajo será ampliamente analizado, mas adelante en el Título III.

Es ante esta situación que, los instrumentos de protección de los refugiados, han establecido, que las mujeres que sufren violencia de género pueden ser incluidas en cualquiera de las categorías contempladas por éstos. Promoviendo de esta manera, por medio de las Directrices para la Protección de Mujeres Refugiadas, el principio de que "las mujeres que temen persecución o discriminación severa por razones de género deben ser consideradas miembros de un grupo social para determinar su status de refugiadas".

Es importante reconocer que las acciones y los esfuerzos de atención, prevención e información que se realicen para combatir la violencia de género, así como la unión de los esfuerzos, contribuyen a la creación de una cultura de igualdad y equidad libre de violencia, donde las relaciones de los hombres y las mujeres se basen en el respeto, la tolerancia y la responsabilidad compartida.

[González Varela]²

El Proceso de Socialización

Para analizar el fenómeno de la violencia de género es necesario entender como se desarrolla éste en la sociedad. Para ello es importante analizar el proceso de socialización que viven las personas, es decir aquel proceso que "inicia desde su nacimiento, el aprendizaje de normas, valores, visiones de mundo, que le dan sentido a esa sociedad en particular en la que vive y que le permitirá desarrollarse en ella con mayor o menor éxito"⁶. A través de éste proceso los individuos adquieren aquellas habilidades necesarias para adaptarse y progresar en una determinada sociedad.

Así, en este proceso socializador y de aprendizaje de roles, cada persona estructura su identidad y va incorporando en forma sucesiva las prescripciones culturales de la sociedad en que vive, se adapta a las exigencias sociales y de nivel cultural, modela su personalidad. Este proceso se refuerza a través de la educación, los grupos comunales y los medios de comunicación. La identidad resultante no solo es individual y colectiva, sino socialmente aceptada. Asimismo, estas informaciones se transmiten de generación en generación y se establecen patrones de respuesta válidos para la solución de conflictos y para la manifestación de los sentimientos y las actitudes ante la vida según su sexo.

Este proceso diferenciado por el género, permite a los hombres utilizar la violencia para tratar de resolver sus conflictos y a la mujer se le socializa para aceptar la fuerza y la agresión como algo cotidiano. Generalmente el hombre agrede a la mujer porque aprende que ella puede ser agredida y que además debe aguantar.

Elementos básicos de la conducta agresora

Existen dos elementos básicos que entran en juego para que la persona que agrede se ensañe en contra de sus víctimas; el poder y el control. El agresor, generalmente de sexo masculino posee el control casi absoluto del hogar. La sociedad patriarcal somete a las mujeres al poder del dominio masculino, porque los patrones sociales han descrito a través de la historia que "el hombre es quien manda", esto se ha ido heredando de generación en generación, hasta legitimarse como un hecho sumamente natural, otorgándole directamente al hombre un poder que le permite adueñarse de los actos de su pareja y de sus hijos. "Se ha considerado al hombre como "el rey del hogar" quién posee el control pleno y absoluto de todo lo que sucede en su entorno, como algo natural"⁷ Basado en éste poder y control, el agresor utiliza técnicas abusivas o recursos, no solamente para mantener su dominio, sino para ser el dueño absoluto de la situación.

Algunos de esos recursos pueden ser: la fuerza, la intimidación, el abuso emocional, la desvalorización, el aislamiento, la manipulación, el abuso económico, etc. entre otros.

Clasificación

Actualmente, se distinguen claramente varias clases de violencia de género, entre ellas las más frecuentes están:

1. La violencia Física. Es la que se comete directamente en el cuerpo de la persona, son las agresiones que se pueden hacer con las manos, el puño, las uñas, los pies, armas blancas, de fuego u otros objetos al alcance del agresor. Este tipo de violencia puede ser fácil de observar por aquellas huellas, rastros o marcas que se dejan en el cuerpo de la víctima, pero también pueden constituir golpes leves que no necesariamente dejen una señal aparente, pero que repetidos con frecuencia o no, también minan la salud de la persona que las sufre

2 La violencia Psicológica. Es un concepto muy amplio, que admite múltiples modalidades de agresión intelectual o moral, ésta daña directamente el valor, la estima y la

estabilidad emocional de la persona que la sufre, son las humillaciones, los insultos, el menosprecio, abandono, amenazas, omisiones, silencios y otras conductas similares a las que se puede someter una mujer y a otros miembros vulnerables en la familia o en la sociedad, y que tienen repercusiones sobre la psiquis de la persona agredida.

3 La violencia Patrimonial. También llamada económica, se refiere al control que puede tener el hombre, hacia la mujer por medio del chantaje económico, el hombre en un hogar administra y maneja el dinero, las propiedades y en general, todos los recursos de la familia a su libre conveniencia. Puede darse también en el caso de que el hombre destruya o dañe parte del patrimonio o los bienes de la mujer. Se entiende también como una desigualdad en el acceso a los recursos compartidos, como por ejemplo negar el acceso al dinero o impedir el acceso a un puesto de trabajo, educación etc.

4 La violencia sexual. Comprende cualquier actividad sexual no consentida; es el maltrato o el control sexual hacia una mujer (o un hombre). Esto puede incluir exigencias para entablar relaciones sexuales usando la coacción o el desempeño de algunos actos sexuales, obligar a la persona a tener relaciones sexuales con otras personas, tratarla de manera sexualmente menospreciada y/o insistir en relaciones sexuales en condiciones de

riesgo. No es necesario que haya una relación sexual completa para que se considere como violencia sexual, el simple acoso basta para considerarse como tal.

5 La violencia estructural. Éste es un concepto muy reciente y está íntimamente relacionado con la violencia económica, pero que incluye una serie de barreras invisibles e intangibles contra la realización de las opciones potenciales de los Derechos básicos de las personas. Se sustenta en la existencia de obstáculos firmemente arraigados y que se reproducen diariamente en el tejido social. Por ejemplo las relaciones de poder que generan y legitiman la desigualdad.

El Caso especial de la violencia Doméstica

Como vimos anteriormente existen varios tipos de violencia de género, así como distintas maneras en las que ésta se puede manifestar en la vida de las personas, sin embargo la forma más común; o en la que es mas evidente este tipo de agresiones, es en el caso de la violencia doméstica, la cual merece una aproximación más detallada y particular.

Partiendo de la aproximación semántica vista en la sección anterior, podemos decir que la violencia implica siempre el uso de la fuerza o el poder para producir un daño. El concepto de violencia doméstica según la "Ley Contra La Violencia Domestica", es:

"Acción u omisión, directa o indirecta, ejercida contra un pariente por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado inclusive, por vínculo Jurídico o de hecho, o por una relación de guarda, tutela o curatela, y que produzca como consecuencia, el menoscabo de su integridad física, sexual, psicológica o patrimonial. El vínculo por afinidad subsistirá aun cuando haya finalizado la relación que la originó"

Como se ha visto, la violencia es una forma de discriminación y opresión de una persona sobre otra. Con base en la definición de la ley, para que un acto de violencia pueda ser considerado como doméstica debe existir una relación entre el agresor y la víctima, es decir ser parientes por consanguinidad o afinidad incluso hasta el tercer grado consanguíneo, o por vínculos ya sea jurídico o de hecho. Sin embargo el lugar mas frecuente donde suele ocurrir éste tipo de agresión es en el hogar.

De manera que la familia se convierte en una fábrica o unidad productiva de violencia, en donde



cotidianamente se asegura un aprendizaje, se aceptan ciertas condiciones y se convive bajo la imposición del poder masculino, en todas las esferas de la vida y en los matices mas variados.

Sin embargo, será hasta más adelante, cuando se toque más afondo el tema de la violencia doméstica, esto al analizar la normativa referente al mismo

tema.

[Mora Mora]³

El hostigamiento sexual como una expresión de violencia de género

Ubicar el hostigamiento sexual como una forma de violencia de género que se perpetra principalmente en contra de las mujeres tiene su referente en la realidad. En Costa Rica alrededor del 80% de las víctimas del hecho son mujeres.

Esta circunstancia, de que la mayoría de las víctimas de hostigamiento sexual sean mujeres, no es casual sino que al ser una conducta social inserta en el conjunto de ritos y valores sociales predominantes adquiere el mismo sello de la estructura. Es decir, el hostigamiento sexual es producto de una supremacía social masculina por sobre la femenina, a partir de la cual existe una condición de subordinación de las mujeres. Esta posición social de los hombres se transforma en poder y se ejerce en muy diversos ámbitos de la vida de las personas, desde lo público; como la mejor posición en los puestos de participación política y en la estructura jerárquica laboral; hasta lo privado como la jefatura de las familias y la toma de decisiones fundamentales en ese ámbito. Particularmente en el ámbito de la sexualidad femenina, tiene por objeto su control, el cual se

logra satisfacer a través de cualquier medio; incluso a través de la violencia, chantaje o intimidación. Esta conexión pone en evidencia las razones que posibilitan que este acto se perpetre mayoritaria-mente en contra de las mujeres.

Esta relación fue ampliamente esbozada por las autoras Bedolla y García. Ellas señalan la vinculación entre poder, violencia y hostigamiento sexual y califican la sexualidad como un acto político, concretamente indican "... la sexualidad es política, vinculada a acciones y actividades de poder, lo que es claro cuando se traslapa con la violencia (violación y hostigamiento sexual, abuso de menores, pornografía); presentándose también en la conducta ordinaria de las personas. Tanto el poder como la sexualidad operan y se interrelacionan en varios niveles a través de una dinámica compleja en la que se puede establecer un control conductual inmediato ..."

Esta particularidad de poder y control, que se dirige principalmente en contra de las mujeres, convierte al hostigamiento sexual en un hecho con especificidad de género reconocido internacional-mente en la Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención Belén Do Para, la cual señala en el Preámbulo que "...la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres".

El reconocimiento de esta especificidad por razones de género resulta expreso en la Ley contra el Hostigamiento Sexual, concretamente en la exposición de motivos que precede al proyecto de ley al definirlo como "... una expresión de violencia de género". Asimismo, el cuerpo normativo reconoce la especificidad del hecho en el artículo 1 y 2 de la Ley, los que respectivamente indican:

"Principios regentes: Esta Ley se basa en los principios constitucionales del respeto por la libertad y la vida humana, el derecho al trabajo y el principio de igualdad ante la ley, lo cuales obligan al

Estado a condenar la discriminación por razón de sexo y a establecer políticas para eliminar la discriminación contra la mujer y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer".

En esa misma línea el artículo 2 señala: "El objetivo de la presente Ley es prohibir y sancionar el acoso u hostigamiento sexual como práctica discriminatoria por razón del sexo, contra la dignidad de la mujer y del hombre en las relaciones laborales y de docencia".

El principio de igualdad y la especificidad de un hecho

Afirmar la especificidad de un hecho y de su reconocimiento expreso en un instrumento normativo acarrea importantes implicaciones en el ámbito jurídico.

La especificidad del hostigamiento sexual reconocida en la Ley contra el Hostigamiento Sexual en Costa Rica, con antecedentes en Convenciones Internacionales, no significa que sólo determinado grupo, en este caso las mujeres, puedan acceder a la ley. Tampoco significa que es un hecho que exclusivamente se perpetra en contra de las mujeres o que se comete exclusivamente por los hombres.

La especificidad, en este caso, significa que tanto la realidad social que se pretende recoger en el instrumento como la interpretación de las normas positivas debe ser contextualizadas socialmente; es decir, la aproximación al fenómeno social que se tutela se realiza tomando en consideración el contexto histórico, social y cultural en el que se produce.

En el caso del hostigamiento sexual debe entonces ubicarse la conducta y los valores protegidos en el contexto socio cultural de las relaciones históricas que delimitan el manejo de la sexualidad por parte de los hombres y de las mujeres, para comprender los tipos de conductas que se recrean en el hecho, las cuales resultan diferentes y hasta antagónicas, impuestas y exigidas socialmente. La participación de los hombres y las mujeres en un hecho de hostigamiento sexual les exige diversos papeles que esconden una identidad de género asignada, la cual debe descifrarse y desenmascararse.

La construcción de la identidad genérica parte de las diferencias biológicas y las exagera mediante la asignación de roles, ritos, costumbres y estereotipos a cada cual de forma diferenciada, y a veces hasta antagónica. Estas diferencias socialmente asignadas tienen mucha importancia en la medida que se traducen en diferencias de poder y es lo que casualmente se traduce en el elemento de diferenciación que posibilita la subordinación de las mujeres frente a los hombres. De manera que el hecho de que "— se atribuyan características dicotómicas a cada uno de los sexos, tal vez no sería tan grave si las características con las que se define a uno y otro sexo no gozaran de distinto valor, no legitiman la subordinación del sexo femenino y no construyeran lo masculino como el referente de todo lo humano ".

Esta contextualización social trasladada al plano jurídico afecta la concepción jurídica de igualdad entre las partes. Necesariamente, si se parte que las mujeres y los hombres no tenemos ni condiciones, ni roles, ni espacios, ni necesidades, ni posiciones, ni poderes iguales, consecuentemente la norma no puede aplicarse de forma idéntica, es decir, a condiciones distintas deben asignarse consecuencias jurídicas diferenciadas.

La falta de consideración de las diferencias en el mundo real por parte del mundo jurídico degenera en tratos injustos, es decir, un trato igual a los diferentes conduce al reforzamiento y reproducción de las diferencias. Como bien indica la Dra. Fació se busca " ... la igualdad de los sexos en el goce de los derechos humanos que cada cual necesite, no en que a cada sexo se le de un tratamiento

exactamente igual. Esto presupone que los hombres y las mujeres pueden tener, y de hecho así es, distintas necesidades, pero no presupone que debido a esas diferencias, las masculinas deban ser identificadas como las necesidades de los seres humanos y las de las mujeres como las necesidades específicas de las mujeres. Es decir, que los hombres son tan semejantes a nosotras las mujeres, como nosotras somos semejantes y diferentes a ellos. Ninguno de los sexos debería ser el parámetro o paradigma de lo humano, porque ambos, mujeres y hombres, somos igualmente humanos ...".

La universalidad de los derechos y la aplicación a todos por igual de los instrumentos jurídicos debe pasar a un plano de lo formal para reconocer una aplicación diferenciada que contemple esas diferencias, dando lugar a la igualdad desde las diferencias.

Bajo esta misma línea se construyen "Políticas de Diferenciación para la Igualdad ...

que reconocen que no todas las personas se encuentran en una misma situación y entonces tratan en forma distinta a quienes viven una situación de desigualdad, con el fin de disminuir las distancias económicas, culturales, sociales y políticas entre los miembros de una sociedad. De lo que se trata es de dar un trato distinto para acceder a una mayor igualdad".

El reconocimiento de estos aspectos constituye un avance importante en el derecho internacional, sobre todo en la incorporación de esta perspectiva en instrumentos internacionales, Conferencias Mundiales como la de Derechos Humanos en Viena, la Cuarta Conferencia de los Derechos de las Mujeres en Beijing y el Programa de Acción del Cairo.

Tres principios que se derivan de la igualdad jurídica

Una reconceptualización del principio de igualdad jurídica debe contemplar tres principios fundamentales: la no discriminación directa derivada de la letra de la norma; la no discriminación por resultado, derivada de la interpretación del instrumento; y el principio de relevancia, que justifica un trato desigual en virtud de algunas diferencias importantes entre las personas o situaciones.

Estos principios encuentran sustento en distintas fuentes. Por su parte el principio de no discriminación en sus dos dimensiones se tutela expresamente en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer, artículo 1 que señala:

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

Este principio de no discriminación, específicamente por razón de sexo, ha sido definido por el Tribunal Constitucional de España (resolución 145- 91 del 1 de julio) de la siguiente forma:

"... la prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo socialmente determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad. Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de discriminación directa, o sea un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde sea de consideración directa, que incluye los tratamientos formales no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre los trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos iguales o tratamientos razonablemente desiguales que tienen sobre

los trabajadores de uno u otro sexo a causa de dicha diferencia".

Nuestra jurisprudencia constitucional incluso ha llegado a señalar una jerarquización entre lo que considera simples diferencias y discriminación que vale la pena traer a colación. Indica que las primeras aluden a diferencias en las situaciones, y la segunda a diferencias por las condiciones como el status quo que por su condición se resisten al cambio:

"En ese sentido debemos distinguir lo que es una situación de simple desigualdad de una de discriminación. En el presente caso no se trata de un simple trato desigual de la mujer frente al hombre, sino de un trato discriminatorio, es decir, mucho más grave y profundo. Desigualdad, puede existir en diversos planos de la vida social y aún cuando ello no es deseable, su corrección resulta muchas veces menos complicada. Pero cuando de lo que se trata es de una discriminación, sus consecuencias son mucho más graves y responde a una condición sistemática del status quo. Por ello tomar conciencia, de que la mujer no es simplemente de un trato desigual - aunque también lo es-, sino también de un trato discriminatorio en el cual sus derechos y dignidad humana se ven directamente lesionados, es importante para tener

una noción cierta sobre la situación real de la mujer en la sociedad". (Recurso de amparo, Resolución N° 716-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las once horas cincuenta y un minutos del seis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

Por otra parte, el principio de relevancia tiene su mayor fuente en la doctrina y en el derecho interno en el ámbito jurisprudencial. La resolución de la Sala Constitucional N° 5091-96 de las once horas, veintinueve minutos del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y seis lo esboza de la siguiente forma:

"Cuando se plantea un problema de igualdad o discriminación, ha de analizarse el mérito de la actuación, en el sentido de verificar si tal diferenciación resulta válida (por necesaria y razonable, en el sentido de que ella se deriva o se asienta en circunstancias esenciales y no meramente accidentales), así como proporcionada, en tanto que estrictamente adecuada al fin perseguido, (en el sentido de que el tipo y grado de la diferenciación responden fielmente a lo que se pretende con ella)".

En igual sentido la resolución de la Sala Constitucional 1770-94 indicó:

" El principio de igualdad, contenido en el artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual, prescindiendo de los posibles elementos jurídicos diferenciadores de relevancia jurídica que puedan existir... La igualdad, como lo ha dicho esta Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable... Es decir, la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación Universal de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso."

La aplicación pragmática de una reconceptualización de la igualdad jurídica en el caso concreto de la Ley contra el Hostigamiento Sexual, debe dirigirse a contextualizar socialmente el hecho, los actores, los mitos, ritos y valores presentes en el escenario y a interpretar las normas en concordancia con el fin del instrumento jurídico. Los fines explícitos del respeto a los derechos, no discriminación, sanción de una práctica que se da por razones de sexo, configuran los objetivos que le dieron luz a la norma y guardan la "intención del legislador/a".

La plena garantía de los derechos consagrados en la Ley contra el Hostigamiento Sexual se dará en la medida que exista coincidencia entre los distintos componentes del fenómeno jurídico, componente formal positivo y el componente estructural del fenómeno jurídico

Ambos niveles -formal positivo y estructural- deben interactuar, ir y venir, dar y recibir, ejerciendo

una recíproca e inagotable influencia que le permita al instrumento jurídico satisfacer los derechos de las personas y constituirse en garantía para la vigencia de los derechos que consagra.

Esta interacción entre los distintos componentes del fenómeno jurídico en el marco de la Ley contra el Hostigamiento Sexual se observa en la influencia que tiene el componente formal positivo sobre el estructural al visibilizar el hecho y definirlo como una transgresión a los derechos de las víctimas, lo que en la práctica operó en cambios socio/culturales en la percepción de éste, que van desde la intolerancia hasta el aumento considerable de las denuncias. Desde el componente estructural los efectos se manifiestan en la adecuada interpretación del instrumento y una adecuada comprensión del principio de igualdad, que contemple las diferencias entre las personas, condiciones que en conjunto son imprescindibles para la real vigencia del instrumento jurídico y de los derechos en él consagrados.

[Caravaca y Guzmán]⁴

Medidas equitativas: desafíos contra la discriminación

La equidad, como principio rector en la administración de justicia, toma en cuenta las circunstancias específicas de las personas a las que se aplica. Establece que es injusto dar un mismo trato a diferentes. Sobre esta base, y atendiendo realidades sociales, se han creado principios jurídicos que se concretizan en respuestas de legislación sustantiva y procesal. Por ejemplo, sobre la presunción de la desigualdad social de las(os) trabajadoras(es) frente a sus empleadores, al valorar las pruebas en casos de conflictos judiciales, se aplica el principio "in dubio pro operario" y se favorece a la trabajadora. Asimismo, en el derecho laboral rigen principios tales como la oficiosidad en el impulso del proceso que impone al juez la prohibición de declarar deserción del mismo, y por el contrario le obliga a activarlo y emitir una resolución; la oralidad del proceso que posibilita a las partes iniciar denuncias y hacer diligencias mediante manifestaciones orales que los escribientes tienen la obligación de tomarles; igualmente, se establece la irrenunciabilidad de las(os) trabajadoras(es) a las prestaciones laborales y la carga de la prueba a la parte patronal.

El principio de equidad, además de guiar la creación e interpretación de las leyes laborales, puede responder a las especificidades de las mujeres por su condición de género, pudiendo concretarse en leyes y reglamentos que temporalmente establezcan las llamadas medidas positivas o de discriminación positiva. Estas medidas buscan asegurar mediante cuotas, por ejemplo, que en cierto plazo se alcance una equiparación con respecto a los varones en la participación en puestos de elección popular o de trabajo, y en el acceso a becas, crédito, tierra y capacitación.

En programas de desarrollo, las medidas equitativas permiten solucionar los problemas diarios y restricciones que enfrentan las mujeres para participar y acceder a los recursos que impone el ejercicio de los papeles de género (v.g. cuidado de niños y personas ancianas y enfermas, los quehaceres domésticos diarios, la violencia intrafamiliar). De la misma manera puede estimularse su participación en asuntos públicos en los que tradicionalmente se les han negado espacios,



especialmente cuando hay varones presentes, promoviendo el uso de la palabra y su participación como moderadoras, dando poder y oportunidad a las comunidades de contar con sus opiniones y visiones de los problemas y soluciones.

Es responsabilidad no sólo del Estado, sino de todos los sectores de la sociedad civil, incluyendo las ONG de derechos humanos, de contribuir con acciones que aseguren que el discurso se traduzca en medidas prácticas que garanticen la no discriminación de las mujeres.

El sector privado empresarial ha iniciado lenta y tímidamente en los países industrializados la ejecución de programas de apoyo familiar: horarios flexibles, posibilidad de realizar parte de los trabajos de oficina desde las casas, guarderías, permisos de paternidad, licencias para atender crisis familiares (menores o ancianos enfermos, por ejemplo). A esto le han denominado "índice de amabilidad con la familia", como parámetro para evaluar a las compañías (Aburdene y Naisbitt 1992). Los resultados han sido el logro de mayor estabilidad del personal —que significa un gran ahorro en capacitación de nuevos empleados y empleadas— lealtad y mayor productividad del personal. Todos ellos son elementos necesarios en una Centroamérica entusiasmada con la globalización, la apertura de mercados y los procesos de paz y de fortalecimiento de sus democracias.

Las medidas equitativas tienen un lugar central en la formulación de políticas públicas y en el sector privado, ya que buscan incluir a todos los grupos sociales mediante medidas específicas que compensen las desigualdades y garanticen igualdad de oportunidades en el acceso al ejercicio de los derechos humanos, en los procesos de desarrollo y en la toma de decisiones. Es necesario tomar en cuenta las desigualdades de diversos grupos, derivadas de múltiples circunstancias que los hacen diferentes y por las desventajas producidas por la misma discriminación que viven (v.g. sectores campesinos que carecen de recursos y conocimientos tecnológicos, alejados geográficamente; madres adolescentes que han debido interrumpir estudios; comunidades indígenas sin título de propiedad de sus tierras y sin poder acceder a créditos; poblaciones negras desvalorizadas por numerosos prejuicios sobre sus capacidades; madres excluidas de empleos y de estudios por falta de apoyo a las tareas de crianza).

Al aprobar la Convención de la Mujer, los estados de la región se comprometieron a adoptar "medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer..." (Art. 4). Algunas de las medidas exitosas de acción positiva o afirmativa han sido el establecimiento de cuotas para acceder a puestos políticos de elección popular y a cargos políticos. En otros casos, se han traducido en programas de capacitación técnica en actividades en las que tradicionalmente se marginó a las mujeres y un mayor acceso a programas de becas y crédito con asistencia técnica adaptados a las necesidades de las empresarias.

El concepto de equidad ha venido cobrando importancia en las estrategias de género y desarrollo sostenible⁹ (Abramovay y Belle 1994). Muchas decisiones en el curso de un plan se basan en los problemas y necesidades concretos que van identificándose en el proceso. En contextos locales concretos, ser mujer asume significados específicos, en donde algunas características de género varían según el lugar, edad, etnias, estado civil u origen nacional. De esta manera, las medidas específicas de apoyo adicional a las mujeres, para garantizar la equiparación con respecto a los hombres y beneficiarse del desarrollo sostenible, tienen que adaptarse a dichas particularidades.

Por otra parte, el reconocimiento de la función social de la maternidad para evitar que sea fuente de discriminación contra la mujer, implica tomar una serie de medidas tendentes a superar impedimentos para acceder al empleo, la educación y la participación en organizaciones sociales y políticas. No se trata de obtener algunas reformas legislativas que prohíban el despido por maternidad. De hecho, el reconocimiento del valor social de estas funciones tendría un gran impacto en la calidad de vida de las mujeres, de las familias y en el equilibrio emocional de las generaciones futuras. Además de tener leyes mejor formuladas, son necesarias las políticas

públicas y las acciones de parte del sector empresarial y de las organizaciones sociales que busquen consistentemente la eficacia de dichas normas, su contenido económico, y un seguimiento que permita hacer las adecuaciones necesarias para el cumplimiento del objetivo: reconocimiento social a esas funciones en provecho de los menores, las ciudadanas y la sociedad.

Tales medidas no constituyen privilegios de las mujeres, ni discriminan a los hombres¹⁰, sino que son medidas equitativas para procurar igualdad de oportunidades. Se trata del principio de "tratar a iguales como a iguales y a diferentes como desiguales" (Fació 1992), reconociendo el obstáculo al desarrollo que han significado las diversas manifestaciones de violencia contra la mujer y especialmente la familia (Carrillo 1990).

La igualdad formal ante la ley tiene como contrapartida la necesidad de adoptar tales medidas equitativas como puentes para arribar a una igualdad real de oportunidades. Por ello debe pedírsele cuentas a los gobiernos sobre el establecimiento y cumplimiento de tales medidas afirmativas, que permitan a las mujeres acceder especialmente a los derechos económicos y sociales (Institute for Women, Law and Development 1994).

3 Normativa

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA⁵

Artículo 58.- Políticas nacionales

En el diseño de las políticas educativas nacionales, el Estado deberá:

...f) Propiciar la inclusión, en los programas educativos, de temas relacionados con la educación sexual, la reproducción, el embarazo en adolescentes, las drogas, la violencia de género, las enfermedades de transmisión sexual, el SIDA y otras dolencias graves.

LEY CONTRA LA VIOLENCIA DOMESTICA⁶

Artículo 22.- Plan nacional

El Instituto Nacional de las Mujeres deberá desarrollar un plan nacional que coordine, como un sistema unificado, las instituciones que puedan ofrecer servicios especiales a las personas agredidas por violencia de género o trabajar para prevenirla.

4 Jurisprudencia

Voto No. 1549-04⁷

Discriminación por sexo: consideraciones sobre el quebranto a la equidad de género y revictimización de la madre en procesos de investigación de paternidad

Texto del extracto

" VI.- OTRO VECTOR IMPORTANTE DE INTERPRETACION ES LA EQUIDAD DE GENEROS: El voto 2001-2050 de la Sala Constitucional, pone en evidencia, además de la violación de los derechos del niño, la revictimización de la madre que ha implicado el proceso para establecer la paternidad, lo que trae como corolario, que ha existido en algunas aplicaciones e interpretaciones la conculcación de tratados internacionales de protección ante la especial vulnerabilidad de las personas de sexo femenino, lo que hace absolutamente viable constitucionalmente el trámite administrativo de la Ley de paternidad Responsable: "...No está de más agregar que, como bien se aprecia de las nutridas discusiones que al respecto constan en el expediente legislativo, la experiencia judicial en procesos de investigación de paternidad demuestra de manera fehaciente que el postergar una y otra vez la comparecencia a las audiencias o a las citas para practicar las pruebas de sangre, se utiliza dolosamente como un mecanismo dilatorio del proceso, que en su mayoría tarda más de tres años, todo lo cual se vuelve oneroso y sumamente desgastante para la madre, que incluso en muchos casos desiste de la acción judicial. Por ello algunos sectores afirman que este proceso tiende más a revictimizar a la madre, y lo más grave es que esas tácticas procesales conllevan principalmente la violación de los derechos fundamentales del menor involucrado, quien no puede consolidar su derecho a conocer la identidad de su progenitor y contar con el apoyo económico necesario para satisfacer sus necesidades básicas de vestido, alimento, educación, recreación y todos los demás derechos que le asisten a la niñez. Como se señala en la exposición de motivos del proyecto, y se reitera en la discusión que ha acompañado la iniciativa, en los últimos años, en el país se ha producido un aumento considerable del número de nacimientos fuera del matrimonio (51,5%) y de padre sin registrar, cifra que alcanzó los 23.845 casos en 1999, estadísticas muy representativas frente a las cuales se torna apremiante la necesidad de encontrar soluciones prácticas que hagan efectiva la protección de los derechos de los menores (ver folio 2 del expediente, que recoge las estadísticas elaboradas por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos). No menos importante resulta comprobar que tales cifras muestran una tendencia sostenida al aumento, toda vez que para 1968 el porcentaje de menores nacidos fuera del matrimonio fue de un 27%, entre 1985 y 1990 el porcentaje aumentó al 38%, en 1991 al 40.3%, para 1993 ya había pasado a un 42.8%, para 1994 pasó a un 45% hasta llegar al 51,5% en la actualidad (ver folios 153 y 154 del expediente legislativo). Asimismo, la práctica judicial ha logrado demostrar que en un 98% de los casos el padre declarado resultó ser el progenitor, tanto así que para 1999 del total de denuncias presentadas, a excepción de dos, todas fueron confirmadas (véanse folios 63 y 72 del expediente legislativo)...". De esta manera, también las interpretaciones o aplicaciones que llevan a sobredimensionar un derecho del supuesto padre a no asistir a la prueba, y que aún sin su colaboración procesal, se exija a la madre pruebas imposibles o que no tendrían razón de ser ante el peso de la científica, resulta contrario al principio de equidad de géneros, en este caso ante el fenómeno social, no individual, de la maternidad. "

Voto N° 680-08⁸

Violencia por razones de sexo: deber de aplicar la perspectiva de género en los procesos

Texto del extracto:

“ V.- PERSPECTIVA DE GENERO Y APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN FAMILIA: Ahora bien, el artículo 8 del Código de Familia señala que "los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas del derecho común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren, pero en todo caso deberán hacerse constar las razones de la valoración. Ahora bien, para la apreciación de la prueba y para la aplicación del derecho es muy importante advertir que el derecho es parte de la cultura y que el operador del derecho está imbuido en un contexto cultural. En el presente caso se ha achacado a la sentencia de primera instancia sesgo de género, tanto en la apreciación del derecho como en la apreciación de la prueba. La suscripción de tratados internacionales de protección a las mujeres y las leyes de violencia doméstica han nacido para cubrir una necesidad lo que tiene como correlato un necesario cambio cultural, pero desde luego que esos cambios implican también las lecturas en cuanto a la causal de sevicia, y es el de las agresiones a lo interno de las relaciones en las estructura familiares –de alguna manera invisibilizadas y naturalizadas por ciertos patrones culturales- que se presentan como abusos de poder. Al existir los fenómenos de invisibilización y de naturalización por parte de la cultura, y siendo los juzgadores de alguna manera socializados dentro de esos parámetros culturales que se pretenden modificar, lo cierto es que en estos temas ha de tenerse mucho cuidado de no perpetuar precisamente lo que se pretende cambiar. Es decir, tanto el juez de familia como el juez contra la violencia doméstica han de tener la capacidad de posicionarse sólidamente en un sitio que le permita hacer la ruptura con los patrones culturales que tienden hacia la invisibilización y naturalización de los fenómenos de la violencia doméstica y la violencia de género. La tarea desde luego que no es fácil, pues como hemos dicho, la cultura que se pretende cambiar precisamente es la que muy probablemente nos ha socializado. Por ende los juzgadores que administran la materia han de estudiar profundamente los presupuestos de la violencia doméstica y la violencia de género para comprender adecuadamente las variables culturales que a ellos mismos los determinan, y conforme al estudio y profundización dichas lograr no perpetuar los males endémicos que se desean erradicar, sino al contrario, que se suban los escalones para el cambio cultural que desde luego beneficiaría a todos los miembros de la sociedad. Los autores especialistas en el tema nos dan varias premisas muy importantes que se han de tener claras en este tema de la violencia doméstica y la violencia de género. Uno de esos autores explica que: “En sus múltiples manifestaciones, la violencia siempre es una forma de ejercicio del poder, mediante el empleo de la fuerza (ya sea física, psicológica, económica, política...) e implica la existencia de un "arriba" y un "abajo", reales o simbólicos, que adoptan habitualmente la forma de roles complementarios: padre-hijo, hombre-mujer, maestro-alumno, patrón- empleado, joven- viejo, etc. Este autor, nos señala precisamente, lo que nos dificulta entender la violencia doméstica, aludiendo a la invisibilización y a la naturalización: “...Desde un punto de vista histórico, la dificultad para la comprensión y el reconocimiento de la violencia hacia las mujeres ha sido estructurada a partir de dos procesos básicos: El proceso de invisibilización El proceso de naturalización Con respecto al primero, podemos considerar que la visibilidad de un fenómeno depende de una serie de factores que determinan la percepción social. Para que un objeto resulte visible o invisible, tenemos que examinar dos condiciones fundamentales. 1 .Que el objeto tenga inscripciones materiales que lo hagan perceptible. 2. Que el observador disponga de las herramientas o instrumentos necesarios para percibirlo. La concepción según la cual la definición de “lo real” se basa en métodos apoyados en el oído, la vista y el tacto es una herencia

del dualismo cartesiano (“este soy Yo y el resto del mundo está fuera de mí”), con su derivación en el fuerte sesgo racionalista que caracterizó a la ciencia a partir del siglo XIX. Pero también recoge su influencia del materialismo (“lo que puedo ver y tocar es real y todo lo demás es menos real”) y del realismo ingenuo, sobre el cual se sustenta el positivismo. Con respecto a las acciones violentas y sus consecuencias, durante la mayor parte de la historia, solamente se consideraron los daños materiales producidos por la violencia. En el caso específico de la violencia interpersonal, se consideró como daño sólo aquél que tuviera una inscripción corporal y durante mucho tiempo permanecieron invisibles todas aquellas formas del daño que no eran sensorialmente perceptibles. A tal punto, que las primeras referencias sistemáticas al problema de las víctimas de la violencia en las relaciones privadas utilizaron una terminología que se refería exclusivamente al maltrato físico (Henry Kempe definió el “Síndrome del Niño Apaleado” en la década del ‘60 y Lenore Walker el “Síndrome de la Mujer Golpeada ” en la década del ‘70). Si nos ubicamos ahora en la perspectiva del observador, la invisibilización de la violencia masculina en la pareja estuvo directamente vinculada con la ausencia de herramientas conceptuales (partiendo de su definición misma) que permitieran identificarla y recortarla como objeto de estudio. Así como en el campo biológico los microorganismos fueron “inexistentes” hasta la invención del microscopio, en el campo social se ignoró la existencia de esta forma de violencia hasta que las investigaciones específicas la sacaron a la luz, mostraron su magnitud, describieron sus formas y se interrogaron acerca de sus motivos y de sus consecuencias. Uno de los mayores obstáculos epistemológicos que se encontraron y se encuentran en este camino de desandar la invisibilización histórica del problema es la noción de “Familia”, entendida como el espacio privado por excelencia, como concepto abstracto y sacralizado. Desde la visión moderna y religiosa de la familia, se la definió como un lugar idealizado, como un contexto nutricional, proveedor de seguridad, afecto, contención, límites y estímulos. Esta visión sesgada de la realidad familiar retrasó en muchos años la posibilidad de visibilizar la otra cara de la familia, como un entorno potencialmente peligroso en el cual también se pueden violar los derechos humanos, en el que se puede experimentar miedo e inseguridad y en el que se aprenden todas las variaciones de resolución violenta de conflictos interpersonales . Así como la invisibilización del problema puede relacionarse con una variada gama de obstáculos epistemológicos, el proceso complementario de naturalización de la violencia se apoya básicamente en algunas construcciones culturales de significados que atraviesan y estructuran nuestro modo de percibir la realidad...” Es importante con dicho autor, enfatizar, lo que son las diferentes formas de leer los fenómenos de violencia conforme con el decodificador cultural en el que nos basamos: “...El control sobre el otro es la forma exitosa de ejercicio del poder. El análisis del discurso de quienes ejercen diversas formas de violencia (y también del de muchas víctimas de violencia) permite entender que la mayor parte de las conductas violentas tienen como meta ejercer control sobre la conducta del otro y se justifican mediante objetivos tales como “disciplinar”, “educar”, “hacer entrar en razones”, “poner límites”, “proteger”, “tranquilizar”, etc. En el pasado, y en algunas culturas actuales, la “defensa del honor” justificaba formas aberrantes de violencia por parte del varón hacia la mujer de la familia que había cometido alguna “falta”. La percepción social del hecho probablemente considerara como “natural” y legítimo ese modo de actuar, de acuerdo a las pautas culturales vigentes...”. Entonces, es muy importante, comprender el fenómeno de la violencia doméstica y su relación con la cultura, para que el derecho, incluyendo el aspecto de la valoración de la prueba, en este caso sea utilizado como instrumento de cambio social y no como perpetrador de un status quo.”

Res: 2007-000274⁹

Violencia por razones de sexo: actitud del empleador acorde con la estructura social que respalda el acoso sexual y la discriminación a la mujer

Texto del extracto

“III.- Tampoco son de recibo los agravios que por el fondo se plantean en el recurso de tercera instancia rogada. El artículo 12 de la Ley 7476, a propósito de la responsabilidad del patrono, preceptúa: “Todo patrono o jerarca que incurra en hostigamiento sexual será responsable, personalmente, por sus actuaciones. Asimismo, tendrá responsabilidad si, pese a haber recibido las quejas de la persona ofendida, no cumple con lo establecido en el artículo 5° de la presente Ley”. El numeral 19 ibídem, concerniente a la presentación de la demanda, reza: “Las personas ofendidas por hostigamiento sexual podrán demandar a quien las hostiga o al patrono o jerarca de éste, en los casos previstos en esta Ley, ante el Juez correspondiente, de acuerdo con lo estipulado en el Código de Trabajo.” Finalmente, el ordinal 28, referente a la indemnización por daño moral, se lee: “Cuando, mediante sentencia, se compruebe el hostigamiento, la persona ofendida tendrá derecho a una indemnización por daño moral, si ha sido acreditado, lo cual también será de conocimiento del Juez de Trabajo”. El artículo 19 refleja cierto grado de imprecisión. Su texto podría dar pie a pensar, aisladamente y a primera vista, que se trata de una responsabilidad sin culpa u objetiva, y por ende solidaria, es decir, una responsabilidad del patrono o su representante, refleja o indirecta, por los hechos de acoso u hostigamiento sexual de sus dependientes (bien en virtud de la teoría de la representación o sustitución, bien por el riesgo creado, o bien como una obligación de garantía resultante de la ley similar a la de la Administración Pública por los actos realizados por sus funcionarios), toda vez que dicho precepto establece, en lo pertinente, que la víctima del hostigamiento puede demandar al hostigador o al patrono o jerarca de este. Siendo así, cada uno de ellos -el hostigador o el patrono o jerarca de este- podría ser tenido como responsable único de la obligación total, vale decir, de la indemnización íntegra por el daño moral. Por lo que la víctima del acoso sexual podría demandar, simultáneamente, al hostigador y al patrono o jerarca de este, o bien, a uno solo de ellos. Interpretación que en principio se vería favorecida, además, por los términos del artículo 28, centrado, al parecer, en la existencia en sí del hecho dañoso, que es preciso reparar, con el fin de compensar a la víctima, al señalar tan solo que, cuando por sentencia se compruebe el hostigamiento, la persona ofendida tendrá derecho a la indemnización por daño moral, si ha sido acreditado. No obstante, esa interpretación, que a primera vista y por separado parece razonable, no lo es tal, como veremos de seguido, sobre todo a la luz de las disposiciones del citado ordinal 12 que, por su especificidad, desplaza las anteriores normas, en tanto regula, precisamente, la responsabilidad del patrono. En dicho artículo se establecen, por separado, solo dos tipos de responsabilidad: una primera, evidentemente subjetiva y directa en tanto señala que “Todo patrono o jerarca que incurra en hostigamiento sexual será responsable, personalmente, por sus actuaciones” -que desde luego no viene al caso, no porque al señor Aguirre Gómez no se le pueda tener como superior jerárquico de la actora como capataz de la demandada, o bien porque no hubiera incurrido en hostigamiento sexual en el desempeño de sus funciones, sino porque, siendo personalmente responsable del hostigamiento, no ha sido expresamente demandado, al menos nunca fue traído a juicio-; y una segunda responsabilidad patronal que, siendo refleja, ya que presupone el acoso sexual en que pudiera haber incurrido alguno de sus dependientes, en la práctica resulta directa, en este caso por una actuación por omisión, en tanto indica que todo patrono o jerarca de este “tendrá responsabilidad si, pese a haber recibido las quejas de la persona ofendida, no cumple con lo establecido en el artículo 5° de la presente Ley”, es decir, en cuanto no asume las obligaciones y los cuidados para evitar situaciones

de ese tipo, por lo que tal responsabilidad solo podría ser efectiva luego de producido el hecho y después de haber sido puesto en su conocimiento la situación anormal, sin que hubiera adoptado los medios –preventivos y correctivos– adecuados, específicamente los estipulados en dicho artículo 5. Siendo esta, como veremos, una tesis sostenida por la doctrina y que, por lo visto, fue expresamente recogida por la Ley N ° 7476 contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia. En este orden de ideas, en el libro de Antonio Vázquez Vialard titulado “La responsabilidad en el derecho del Trabajo” (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, p.p. 592-595), y a propósito de la “Responsabilidad del Empleador por los Hechos de sus Dependientes” se explica, en lo pertinente:

“En la doctrina civilista se han planteado algunas circunstancias que pueden tener especial relevancia, dadas las características de la relación laboral, en el ámbito del derecho del trabajo. Una de ellas, entre otras, se refiere a los actos que se concretan en un ultraje al pudor, falta de respeto, persecución por parte de un superior jerárquico o de un compañero de tareas que provoca un daño, por lo común extrapatrimonial (también podría serlo patrimonial), en la persona del trabajador.

En la primera situación existe una opinión generalizada en el ámbito del derecho civil, respecto de que esa circunstancia no genera la responsabilidad del comitente (...).

En el ámbito del derecho del trabajo, estimamos que en razón de las obligaciones que la norma le impone al empleador (y en lo pertinente, al trabajador: adoptar comportamientos ajustados al criterio de colaboración, solidaridad y buena fe que se traducen, entre otros, en el respeto de los “derechos” y de la dignidad de la persona -arts. 62,63, 65, 66, 68, 70, 75 y ss., LCT-), debe ejercer al efecto una especial vigilancia sobre todo el personal (con prescindencia de su nivel jerárquico o no), para que no se den tal tipo de violaciones a un derecho fundamental del trabajador.

Dadas las características de la organización empresarial, en especial en las que adquieren una determinada dimensión, le es imposible al “dueño” o gerente tener un conocimiento personal (despersonalización que se opera en la mediana y gran empresa) de las actitudes de quienes trabajan en ellas y tienen asignado un rol de subordinación funcional. Ello ocurre, en especial, respecto de quienes ejecutan o transmiten las órdenes y políticas que decide la dirección, por lo que es factible que los hechos de esta naturaleza no trasciendan, de modo tal que puedan no ser conocidos por aquélla. En esa circunstancia, máxime cuando algunas actitudes pueden estar vinculadas con la esfera de intimidad del propio trabajador, que no está sometida al contralor del empleador, obliga a que quien ha sido amenazado de sufrir un daño de esa índole o ha resultado víctima de él, a poner el hecho en conocimiento del empleador a través de un superior jerárquico . (...).

Frente a esa denuncia, el empleador de inmediato deberá adoptar los medios del caso para averiguar y poner fin a actitudes incompatibles con el clima moral o, en su caso, material que debe darse en toda relación humana.

Consideramos que, en principio, en tanto no se den circunstancias de excepción que pudieran justificar la extensión de responsabilidad, el empleador sólo asume la obligación, en cuanto tiene conocimiento del hecho, de adoptar las medidas del caso para evitar ataques a la dignidad del trabajador. La responsabilidad refleja (podría ser directa, en cuanto no asume las obligaciones y los recaudos para evitar situaciones de ese tipo) sólo podría ser efectiva luego de producido el hecho y después de haber sido puesto en su conocimiento la situación anormal, sin que hubiera adoptado los medios adecuados.

Creemos que, en cada caso, deben distinguirse las diversas situaciones que pueden producirse dentro de una amplia gama que se extiende desde el insulto, falta de respeto, persecución, hasta el ultraje al pudor, violación, lesiones, etcétera. Ellos deberán ser juzgados con cierta flexibilidad a fin

de ponderar la existencia de una “razonable relación entre la función y el daño”, teniendo en cuenta si el hecho está o no comprendido dentro del ámbito de la incumbencia asignado al dependiente y que la función sólo ha obrado como motivo y, en la mayor parte de los casos, como simple ocasión. Como lo hemos indicado, en algunas de esas situaciones, la responsabilidad por parte del empleador debiera ser de carácter directo, al no haber adoptado los medios adecuados que le imponía su obligación derivada del deber de previsión que implica el propio contrato de trabajo (...).

Con frecuencia se dan situaciones en que el hecho, en especial cuando se trata de falta de respeto o persecución, puede ser motivo suficiente para que el trabajador declare el distracto por una causa imputable al empleador en virtud del hecho de un funcionario, cuya conducta lo compromete. Esa situación puede darse cuando a éste no se le ha impuesto la correspondiente corrección a fin de reparar el incumplimiento contractual, sanción que borra los efectos morales del hecho, en cuanto se refiere a la imputación al empleador, y no daría lugar a la reparación –respecto de éste– del daño extrapatrimonial causado. Ello también puede ocurrir cuando la actitud del “superior” o compañero de trabajo ha sido anterior al hecho de la denuncia que efectúa el trabajador. Si el empleador incurre en una actitud negligente, al no adoptar una medida para restablecer el equilibrio - en cuanto no sanciona dentro del ámbito de su “facultad disciplinaria” y le da una difusión similar a la que ha tenido la ofensa, a fin de obtener la condigna reparación del daño en el nivel moral-, debe sufrir las consecuencias de su pasividad.

Creemos que por sí sola, no basta la denuncia del trabajador para extender la responsabilidad del empleador por el daño causado con anterioridad a que tuviera conocimiento de él (máxime cuando el hecho está fuera del ámbito de la incumbencia de la función realizada).

En el caso, parecerían ser aplicables los principios generales que rigen en esta materia, según los cuales el comitente no siempre responde por los hechos ilícitos que carecen de vinculación con las tareas, con prescindencia de que ellos se hubieran producido en el lugar y durante el horario de labor. En esas circunstancias, el hecho hubiera podido cometerse aunque no se hubiese estado al servicio de nadie o se prestara un servicio distinto del indicado.

Las circunstancias de que el ilícito que causa el daño hubiera sido cometido en contra del interés del empleador, puede, según las circunstancias, excluir la responsabilidad de éste (...).

Pues bien, no es sino en estos casos –que desde luego recoge la Ley 7476- y en especial en aquellos en que, a pesar de haber recibido las quejas de la persona ofendida, aun así el patrono o su jerarca no cumple con lo establecido en el artículo 5, en que, como señala el numeral 19, las víctimas pueden demandar y exigir responsabilidad a dicho patrono o jerarca, sin que necesariamente deban demandar a quien las hostiga sexualmente; sin perjuicio, desde luego, de que si a bien lo tienen puedan hacerlo, también y simultáneamente, contra este último. Debe analizarse, por consiguiente, si el segundo tipo de responsabilidad patronal se configuró en el caso concreto. Partiendo de que el señor Aguirre Gómez, superior de la actora, incurrió en hostigamiento sexual en su contra, siendo capataz de la finca 97 de la demandada y en el desempeño de sus funciones, la compañía accionada debe responder por sus actuaciones porque, pese a haber recibido la denuncia de la actora, señora Salazar Gamboa, el 15 de noviembre del 2004, en su Departamento de Relaciones Laborales (acta de folios 4 y 5), no cumplió con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 7476, por las razones que a continuación se dirán. De los autos se desprende que en la empresa Chiriquí Land Company existe un procedimiento interno para la tramitación de denuncias por acoso sexual (certificación del Ministerio de Trabajo a folios 178-179, en relación con el documento a folios 184-185); se han dictado charlas en las que incluso la actora participó con respecto al acoso sexual; y en la empacadora donde trabajaba la accionante se pegaron hojas y afiches informativos sobre el procedimiento a seguir en caso de acoso sexual (preguntas 3 y 4 de la confesional y su respectiva contestación a folios 92 frente y vuelto). Asimismo, consta que tras la recepción de la denuncia y el levantamiento de la correspondiente acta -ambas de fecha 15 de



noviembre del 2004-, casi inmediatamente se inició la investigación interna, por parte de la empresa, de modo que el 18 de noviembre se procedió a entrevistar y recoger el testimonio de cuatro trabajadores de la finca 97, así como el del acusado, quien aportó 3 notas, aparentemente de su puño y letra; el 20 de noviembre se firmó un acta, entre la trabajadora y quien al parecer instruía el expediente, donde se recoge un acuerdo de las partes, relacionado, como ya dijimos, con la proposición de traslado de la actora; el 22 de noviembre se puso en su conocimiento lo averiguado hasta ese momento, por el término de 5 días, a fin de que ofreciera nueva prueba o indicara si alguna no había sido evacuada, informándole que, transcurrido el plazo y en caso de no haber más prueba que evacuar, se dictaría la resolución final; ese mismo día -22 de noviembre-, la actora se presentó a la Inspección del Ministerio de Trabajo y planteó la denuncia por hostigamiento sexual, sobre todo -según dijo- por la proposición de traslado y, simultáneamente, planteó solicitud de comparecencia laboral, citándose al patrono para el 1° de diciembre del 2004; el 25 de noviembre se le hace entrega a la actora de una copia del expediente, concretamente 15 páginas de la información recopilada sobre lo investigado; mediante documento del 26 de noviembre, pero con fecha de recibido 29 de noviembre, la actora presenta, como prueba nueva, los nombres de 5 personas; el 1° de diciembre el patrono no se presentó a la cita ante el Ministerio de Trabajo; y, finalmente, el 2 de diciembre del 2004 se presentó la demanda en el Juzgado de Trabajo de Bribri (ver folios 38 a 56, declaración de la propia actora a folio 101 vuelto, así como informe del Ministerio de Trabajo y documentos a folios 178 a 185). Se colige pues que, además de la denuncia interna ante la empresa, la actora también presentó otras denuncias, originadas en el mismo asunto, una el 22 de noviembre, ante el Ministerio de Trabajo, y la otra el 2 de diciembre, ante los Tribunales, cuando todavía estaba en curso la investigación de la empresa, la cual entonces no continuó, ni finalizó. Para los suscritos, la paralización de la investigación interna genera responsabilidad a la compañía demandada, a la luz de los artículos 5 y 12 de la Ley 7476, pues sin importar que la actora hubiera interpuesto denuncias en otras sedes, ello no facultaba a la demandada para dejar de tramitar la queja, pues la vía interna no está sujeta a esas otras vías externas. A lo anterior se aúna el hecho, ya analizado en el considerando dos de esta resolución, de que la demandada, en vez de tutelar a la actora, propuso trasladarla a otra finca -en vez de trasladar al acosador, como por equidad y justicia correspondía-, obligándola a defenderse contra esa decisión, lo que evidencia un debilitamiento de su posición como víctima y una protección indebida o empoderamiento del hostigador. Por último, en cuanto al alegato de la recurrente de que el artículo 28 de la Ley 7476 solo menciona el daño moral y no los perjuicios concedidos por el Tribunal, es evidente que el espíritu de la norma es enfatizar que en los casos de acoso sexual también debe indemnizarse el daño moral, aparte de cualquier otro daño o perjuicio ocasionado, no pudiendo entenderse, como lo pretende la impugnante, en el sentido de que exclusivamente se debe resarcir el daño moral, interpretación que contravendría el artículo 41 de la Constitución Política que dispone la reparación integral del daño.”

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Durán Gamboa, Ivannia. Violencia de género: discriminación en el acceso al empleo contra mujeres refugiadas en Costa Rica. Tesis de Grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 2007
- 2 González Varela, Gerson. La violencia de género contra mujeres en condición de refugiadas y solicitantes de refugio. Tesis de Grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 2007
- 3 Mora Mora, Alejandra. Ley contra el hostigamiento sexual: comentarios a la Ley y un análisis desde el principio de igualdad jurídica. En: Iustitia No. 159, año 14. Marzo, 2000.
- 4 Caravaca, Adilia y Guzmán, Laura. Violencia de género, derechos humanos y democratización: perspectiva de las mujeres. Tomo IV. PNUD. San José, Costa Rica. 1995
- 5 CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Ley No. 7739 del 6 de enero de 1998. Publicado en La Gaceta No. 26 de 6 de febrero de 1998
- 6 LEY CONTRA LA VIOLENCIA DOMESTICA. Ley No. 7586 de 10 de abril de 1996. Publicada en La Gaceta No. 83 de 2 de mayo de 1996
- 7 TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las diez horas del siete de septiembre del dos mil cuatro.
- 8 TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las ocho horas con diez minutos del dieciséis de abril del dos mil ocho.
- 9 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA . San José, a las nueve horas treinta minutos del cuatro de mayo del dos mil siete.