

Andreia de Castro-Rodrigues
Universidade Fernando Pessoa

Ana Sacau
Universidade Fernando Pessoa

La influencia del género en las decisiones de los tribunales: del paternalismo judicial a los papeles familiares

Resumen: Recurriendo al concepto de género como objeto de análisis, este artículo realiza una retrospectiva sobre la evolución de la investigación sobre la influencia de factores extralegales en las decisiones judiciales, a través de la lectura de sus referencias bibliográficas más destacadas. En el caso concreto del género, esta evolución se caracteriza por una sofisticación crítica que provocó un cambio en las explicaciones asociadas a las diferencias encontradas en las sentencias atribuidas a hombres y mujeres. Esta transición parte de perspectivas simplistas relacionadas con una actitud paternalista por parte del sistema de justicia criminal, y evoluciona hasta perspectivas complejas y multifacéticas relacionadas con los diferentes papeles familiares ejercidos por hombres y mujeres.

Palabras clave: género de la/el acusada/o; factores extralegales; decisiones judiciales; paternalismo; papeles de género.

Copyright © 2012 by Revista Estudos Feministas.

Introducción

¹ Este artículo fue elaborado con el apoyo de la Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT) a través del proyecto de investigación financiado FCT/PSI/65044/2006.

² Nos referimos, concretamente, a iniciativas como la introducción de guidelines para orientar a los jueces y las juezas en la emisión de sus sentencias y limitar así la disparidad.

La investigación sobre la influencia de factores extralegales en las decisiones judiciales y, en especial, en las sentencias tiene una larga tradición, principalmente en el contexto jurídico norteamericano.¹ Varios factores de orden socio-cultural están en la base de esta situación, no siendo ajenas a ella las particularidades demográficas relacionadas con la composición racial de la población norteamericana – uno de los aspectos más estudiados – así como los intentos de control y disminución de la disparidad en las decisiones judiciales y sus respectivas evaluaciones.² Esta

larga historia revela una evolución investigadora direccionada hacia una clara sofisticación tanto en el ámbito metodológico como en las propias posturas teóricas asumidas. Más concretamente, la forma como el efecto del factor género ha sido interpretado a lo largo del tiempo es particularmente ilustrativa de esta sofisticación, sirviéndonos, por ello, de objeto de análisis en este trabajo a través de la lectura de las investigaciones de algunas de las autoras más destacadas. No es nuestra pretensión realizar una revisión exhaustiva de los estudios elaborados hasta la fecha y los resultados obtenidos, pero sí diseñar una línea retrospectiva, secuencial y crítica de la evolución de la interpretación del papel del género en este contexto que nos sirva de punto de partida para la reflexión sobre género y justicia.

Emergencia del factor género y primeras interpretaciones

El impacto del género fue ignorado por los primeros estudios interesados en analizar la influencia de factores extralegales en las decisiones judiciales, pues estos estudios se centraban, principalmente, en el análisis de la influencia de factores socio-económicos y raciales.³ No fue hasta la década de los años 70 del siglo XX, cuando surgieron los primeros estudios en que la variable género era incluida como posible fuente de disparidad en las decisiones judiciales. Importa resaltar que estos estudios pioneros se vieron envueltos en una gran controversia debido a la falta de consenso sobre los resultados encontrados, ya que si, por un lado, algunos de ellos apuntaban hacia la existencia de grandes diferencias en el trato judicial recibido por hombres y mujeres, otros no mostraban diferencias significativas. Las/os autoras/es de estos estudios mantenían, además, posturas teóricas simplificadoras, que más tarde se comprobó, que encubrían la real complejidad del fenómeno estudiado.

La interpretación del papel del género en las decisiones judiciales tiene un exponente paradigmático en los trabajos de Gruhl, Welch y Spohn.⁴ En su trabajo de 1984 realizaron un análisis de los estudios efectuados sobre esta temática hasta 1980 y concluyeron que las mujeres adultas eran tratadas por el sistema de justicia criminal de forma más condescendiente que los hombres. Indicadores de este trato diferencial serían, entre otros, una mayor probabilidad de esperar el juicio en libertad provisional y también una menor probabilidad de recibir sentencias severas y penas de prisión. A pesar de estos indicadores, Gruhl, Welch y Spohn consideraron que las razones que explicarían estos

³ Elizabeth MOULDS, 1978.

⁴ John GRUHL, Susan WELCH y Cassia SPOHN, 1984.

resultados eran aun oscuras, por lo que sugieren tres posibles explicaciones para la condescendencia encontrada. Una primera explicación nos remite para el hecho de que las diferencias encontradas sean reales y reflejo del paternalismo judicial para con las mujeres. Un segundo esclarecimiento asume que las diferencias encontradas en el trato recibido por hombres y mujeres se deban a factores legales legítimos, como el tipo de acusación o los antecedentes criminales. Según esta explicación, el control de estas variables llevaría a la desaparición de las diferencias encontradas entre acusados y acusadas. Por último, bajo la influencia del vasto conjunto de resultados obtenidos hasta la fecha sobre la discriminación racial presente en el sistema de justicia americano, Gruhl, Welch y Spohn consideraron que las diferencias encontradas podrían ser provocadas indirectamente por la influencia de la raza del/de la acusado/a. Como veremos más adelante, ninguna de estas hipótesis se reveló plausible, obligando a una reformulación de estas primeras suposiciones.

Del paternalismo judicial a los papeles familiares

Realizando un recorrido cronológico por los estudios que se han interesado por el papel del género en las decisiones judiciales, las primeras investigaciones surgen en la década entre 1970 y 1980. Elisabeth Moulds⁵ fue una de las iniciadoras de esta corriente, interesándose especialmente por los conceptos de 'caballerosidad' y 'paternalismo' y su presencia en el contexto judicial y, más concretamente, en la tomada de decisiones en el sistema de justicia criminal. Esta autora comienza por reflexionar sobre el hecho de que un enfoque centrado en los beneficios que las mujeres obtendrían de esta caballerosidad judicial estaría desviando la atención sobre las relaciones de poder obvias que acompañaban a esa dominación masculina, fundamentando así su preferencia por el término paternalismo.

Esta autora consideró también importante no centrar el análisis del paternalismo judicial exclusivamente en las decisiones de los tribunales, siendo necesario, según ella, extenderlo a otros agentes judiciales. Sus estudios demostraron que, en cada paso del proceso judicial donde la discriminación estaba presente, las mujeres eran consistentemente más favorecidas por el sistema que los hombres. Un análisis longitudinal realizado entre 1970 y 1973 mostró que las mujeres reciben sentencias menos severas y esto a pesar de los cambios substanciales ocurridos durante este periodo en relación con las figuras de condenación y detención.⁶

⁵ MOULDS, 1978.

⁶ En este sentido, la autora resalta que en este periodo de tiempo hubo una disminución considerable del número de personas condenadas, al mismo tiempo que se produjo un claro aumento del porcentaje de sentencias de prisión, tanto para hombres como para mujeres, así como una disminución del número de multas y de decisiones de libertad condicional.

Como comentamos anteriormente, los estudios realizados hasta 1970 estaban más centrados en el análisis de la influencia de los factores raza y características socio-económicas. Estos estudios mostraban resultados bastante consistentes sobre la mayor severidad del sistema judicial norteamericano con personas de raza negra de clases sociales más desfavorecidas. Esto llevó a Moulds a cuestionarse sobre la posibilidad de que los resultados obtenidos en sus estudios sobre la influencia del género pudiesen estar relacionados con la influencia de otros factores que estarían interaccionando con él. Para analizar esta posibilidad, realizó un estudio en el cual controló el factor raza, el tipo de delito y la existencia de antecedentes criminales de acusados y acusadas. Los resultados mostraron claros efectos de interacción entre estas variables y el factor género en las decisiones judiciales. Más concretamente, el análisis del efecto de la raza demostró que las mujeres de raza no caucasiana recibían tratamientos más severos que las mujeres caucasianas, algo que ocurría también cuando el acusado era hombre. Por lo que respecta al tipo de delito, se mantiene el padrón de tratamiento comparativamente más suave para las mujeres, aunque el padrón general de 'delitos más severos reciben sentencias más severas' se manifiesta tanto para hombres como para mujeres. Finalmente, por lo que respecta a la existencia de antecedentes criminales, la autora agrupó a los/as participantes de su estudio en tres categorías: sin antecedentes, con antecedentes de penas no de prisión y antecedentes de penas de prisión. Esta autora verificó un aumento de la severidad de las sentencias a medida que los antecedentes criminales aumentaban de severidad tanto para hombres como para mujeres, pero el padrón de tratamiento más suave con las mujeres se mantuvo en los tres grupos.

Los resultados en su conjunto confirman un paternalismo consolidado, pues, a pesar de la interferencia de otras variables, las mujeres reciben de forma sistemática tratamientos más condescendientes que los hombres. Sin embargo, los resultados obtenidos no explican por sí solos este tratamiento diferencial que, más allá del beneficio directo para las mujeres por el hecho de obtener sentencias menos severas, constituye un grave riesgo de soporte de un estado de concienciación social en el que las mujeres serían menos capaces que los hombres y, por tanto, necesitarían de un tratamiento especial de protección. Esta situación provoca extensivos daños personales y psicológicos, sociales y políticos, arruinando la noción democrática de autodeterminación e igualdad.⁷

⁷ MOULDS, 1978.

Los trabajos posteriores muestran un movimiento progresivo de sofisticación en la interpretación de los resultados sobre la mayor condescendencia de los tribunales de justicia

⁸ GRUHL, WELCH y SPOHN, 1984.

⁹ Optamos por mantener la denominación original de los estudios de la época.

¹⁰ GRUHL, WELCH y SPOHN, 1984, p. 465.

con las mujeres, dando un paso importante con respecto a las posibilidades de lectura de los resultados obtenidos hasta la época. Gruhl, Welch y Spohn⁸ se asocian a este movimiento enfatizando la importancia de la raza a la hora de interpretar el modo diferencial con que los tribunales trataban a hombres y mujeres. En sus estudios, además de destacar que tal condescendencia no se aplica uniformemente en todas las fases de un proceso criminal, siendo más evidente en la fase en que el/la fiscal decide llevar o no adelante la acusación y en las sentencias de prisión pero no en los veredictos, verificaron que la condescendencia afectaba en diferente grado a los tres grupos raciales típicamente analizados en el contexto americano: negros, blancos e hispanos.⁹ Un dato, contrario al encontrado por Moulds, sorprendió a Gruhl, Welch y Spohn al verificar que las mujeres blancas no eran las beneficiarias del paternalismo de los tribunales, siendo acusadas y presas con más frecuencia que las mujeres negras o hispanas. Se esperaban resultados opuestos, una vez que la vasta investigación realizada hasta la fecha demostraba que la discriminación contra hombres negros e hispanos era mayor.

Aproximándose de una perspectiva que solo más tarde ganaría consistencia, Gruhl, Welch y Spohn sugirieron que estos resultados estarían relacionados con el hecho de que los tribunales tratan a las mujeres de forma más condescendiente que a los hombres porque asumen que muchas de estas mujeres tendrían descendientes para educar, relacionando la reclusión de las madres con consecuencias tanto en el ámbito familiar como en el social, consecuencias éstas relacionadas con la responsabilidad en el cuidado y educación de esa descendencia. Así, si el paternalismo que los tribunales ejercen con las mujeres incluye la preocupación con sus descendientes, entonces las diferencias entre los grupos raciales se corresponderán con la interpretación que esos tribunales realizan de las realidades de estos cuidados y soporte primarios, en los diferentes grupos raciales. De esta forma, "el paternalismo de los jueces podrá no ser reflejo únicamente, y ni siquiera primariamente, de un despreocupado chauvinismo de 'colocar a las mujeres en un pedestal' y sí de una apreciación de la realidad de las vidas de muchas mujeres y de sus dependientes",¹⁰ así como una preocupación con la defensa de los valores sociales vigentes relacionados con la familia y con los papeles familiares de hombres y mujeres. Así, si de paternalismo se trata, lo será en relación con la sociedad.

Hacia una constelación de factores

Esta perspectiva crítica, que comenzó a eclosionar a partir de estos estudios, se consolidó con el trabajo de

¹¹ Kathleen DALY, 1987.

¹² En este caso concreto, agentes de la pretial services agency, agencias independientes que asesoran a los tribunales sobre las decisiones de libertad condicional, entre otras.

¹³ Respectivamente, CURRAN, 1983; MOULDS, 1980; NAGEL y WEITZMAN, 1971; HARRIS, 1977; KRUTTSCHNITT, 1984; KRUTTSCHNITT y GREEN, 1984; SIMON, 1975; y STEFFENSMEIER, 1980 citados em DALY, 1987.

Kathleen Daly.¹¹ Daly constató, a través de entrevistas con diversos agentes del sistema judicial,¹² que tanto las decisiones de esperar juicio en libertad como las sentencias son mediadas por las relaciones familiares de los acusados y acusadas e incluyen la preocupación de quien toma decisiones con el mantenimiento de la vida familiar. Esta autora sugiere varias explicaciones posibles, algunas de las cuales ya habían sido introducidas por autores/as anteriores: el ya referido paternalismo; la existencia de diferencias relacionadas con el control social informal ejercido sobre hombres y mujeres; el uso de scripts-tipo de género que permiten que el hombre ejerza poder a través del mantenimiento del trabajo familiar de la mujer; y, finalmente, explicaciones multifactoriales que combinan el paternalismo de los tribunales con diferencias en las atribuciones realizadas sobre la criminalidad de hombres y mujeres y los problemas prácticos derivados de la reclusión de mujeres con descendientes.¹³

Acercándose con más detalle a algunas de estas ilustraciones, Daly parte de la premisa principal de la teoría del control social, que establece que existe una relación inversa entre el control informal (lazos familiares/de parentesco) y formal (Estado) para interpretar las entrevistas realizadas con los/as agentes judiciales en las cuales éstos/as reflejaron que realizan una clara distinción general entre acusados/as que tienen responsabilidades familiares y aquellos/as que no las tienen. Estos agentes consideran que la primera condición merece un trato más condescendiente por parte de los tribunales. Cuanto más enraizada esté la persona en un orden social normativo a través de lazos familiares o profesionales, menor control social formal verá aplicado sobre ella.

En la base de esta distinción entre acusados y acusadas con y sin familia, así como en las justificaciones evocadas para tratarlos/as de forma diferente, además de la dimensión control social se destaca una segunda, relacionada con el coste social de una determinada decisión judicial. Si por un lado los agentes judiciales consideran que las personas con dependientes a su cargo están más enraizadas socialmente debido a las responsabilidades que tienen sobre ellos, también consideran, por otro lado, que los costes sociales de la reclusión de una persona con responsabilidades familiares son mayores y están relacionados con el hecho de poner en riesgo la unidad familiar y el soporte económico y de cuidados de esos dependientes. Además, la reclusión de mujeres y hombres con dependientes puede ser vista, en algunos casos, como una punición indirecta de esos/as dependientes inocentes. Son costes ideológicos pero también económicos

en la medida en que, en la situación en que mujeres y hombres con familia son reclusas/os, el Estado puede tener que asumir el soporte económico antes providenciado por estas/os, así como los cuidados que prestaban.

Además, estas entrevistas revelaron que los costes sociales asociados a la reclusión de mujeres con familia son vistos como más elevados que los asociados a la reclusión de hombres con familia. Esto se debe a que consideran que la función de 'cuidar de' es más indispensable para la manutención de la unidad familiar que el soporte económico, el cual puede ser compensado más fácilmente por el Estado. En otras palabras, la literatura señala que los cuidados proporcionados por las mujeres a sus dependientes y el soporte económico de la familia por parte de los hombres – estereotipos aun dominantes de los papeles familiares de mujeres y hombres – constituyen tipos diferentes de soporte/dependencia de la vida familiar que despiertan diferentes niveles de preocupación por parte de los tribunales.

¹⁴ DALY, 1987.

¹⁵ Esta figura, inexistente en muchos contextos legales, consiste en el acuerdo entre abogados para evitar ir a juicio.

Ante esta racionalidad jurídico-social, Daly¹⁴ se interesó por el análisis de la respuesta diferencial dada por los tribunales a estas personas con y sin dependientes a su cargo en función del género. Para ello, analizó cuatro tipos de decisiones judiciales: libertad provisional, *dismissal*,¹⁵ veredicto y sentencia. A pesar de que los efectos conjuntos de las dos variables incluidas en el análisis (familia y género) son complejos, la autora encontró padrones generales de respuesta por parte de los tribunales. Tanto hombres como mujeres con familia tienen menos probabilidades de ser detenidos/as provisionalmente y de recibir sentencias, siendo que para las mujeres estos efectos atenuantes de tener familia son más fuertes.

El hecho de tener dependientes a cargo, aparte de ser en un contexto marital o no, fue, de forma general, la característica más determinante del trato condescendiente por parte del tribunal, siendo que las mujeres se beneficiaron más de la importancia que el tribunal otorgó a la manutención y protección de la vida familiar. La prestación de cuidados fue privilegiada relativamente al soporte económico, reforzando así la concepción tradicional del papel destinado a la mujer en la familia y la propia división tradicional del trabajo en que el hombre es visto como el proveedor económico de la familia y la mujer, limitado su papel a la esfera privada, representa los cuidados domésticos.¹⁶ El poder de la figura de cuidador/a parece sobreponerse, así, al género, una vez que los hombres con dependientes a su cargo que tenían responsabilidades en relación con el cuidado de esos/as dependientes fueron tratados de igual forma que las mujeres en las mismas

¹⁶ Karen GIFFIN y Sônia Maria DANTAS-BERGER, 2007.

condiciones. Sin embargo, la autora destaca que en la fecha de este estudio aun se producían diferencias (y pasados veinte años aun se producen) en relación con el papel familiar asumido por mujeres y hombres y, por tanto, existe la posibilidad de que las decisiones de los tribunales criminales no estén más que reconociendo y reproduciendo esas diferencias,¹⁷ surgiendo los resultados relacionados con los hombres cuidadores como anecdóticos en relación al proceder dominante. A pesar del “esfuerzo feminista en el campo legal”,¹⁸ estos estudios muestran que la justicia es, en si misma, productora de desigualdades.

¹⁷ DALY, 1987.

¹⁸ Miriam Steffen VIEIRA, 2007, p. 117.

¹⁹ DALY, 1987.

²⁰ DALY, 1987, p. 169.

Los resultados del primer estudio de Daly¹⁹ la llevaron a sugerir que si la discriminación en el ámbito judicial se interpreta desde la perspectiva del papel familiar de hombres y mujeres, entonces las diferencias de raza y género pueden ser vistas surgiendo, en parte, debido a que el tribunal se encuentra “preso a la cuestión familiar”.²⁰ Para testar esta hipótesis, Daly realizó un segundo estudio en el que se interesó específicamente por el análisis del efecto facilitador de la familia en las sentencias y decisiones de prisión provisional. Para ello, utilizó datos de los tribunales criminales de Nueva York (n=2000) y Seattle (n=500) en que individuos de ambos sexos pertenecían a tres grupos raciales diferentes: blancos, negros e hispanos. Los resultados permiten concluir, una vez más, que tanto hombres como mujeres con lazos familiares se benefician de una mayor condescendencia por parte de los tribunales, siendo este efecto mayor para las mujeres. Este efecto protector del estatuto familiar es más acentuado en el caso de separados/as.

²¹ DALY, 1989, p. 161.

Por lo que respecta a la raza, los resultados mostraron que el impacto protector de los lazos familiares y de la existencia de dependientes fue menor para hombres negros en comparación con hombres hispanos y blancos, pero esta pauta se invierte cuando se trata de una acusada, mostrando que la interacción género-familia-raza es una interacción compleja, llevando a Daly a afirmar que explicaciones como los estereotipos de las mujeres como débiles y pasivas o jueces hombres como protectores o paternalistas relativamente a las mujeres no son ni necesarias ni rigurosas, pues las decisiones basadas en la familia afectan tanto a hombres como a mujeres. Así que es necesaria una visión más matizada para entender convenientemente la “justicia basada en la familia”.²¹ Para esta autora, es más correcto afirmar que algunas mujeres reciben tratamientos más condescendientes que algunos hombres y, añadimos, esa condescendencia poco tiene que ver con el hecho de ser mujeres y sí con el papel familiar que como mujeres asumen.

²² Marjorie ZATZ, 2000.

Sin embargo, años más tarde, Marjorie Zatz²² reveló que lejos de ser posible establecer interpretaciones lineares

²³ Leila BARSTED, [s.p.].

acerca de la interacción entre estos factores (raza, género y familia). La revisión de la literatura realizada por esta autora muestra que la raza ayuda a explicar el efecto de las variables relacionadas con la familia, pero para las mujeres negras el hecho de tener descendientes no es suficiente. Según los resultados de Zatz, las mujeres negras, para beneficiarse de la condescendencia basada en la familia, además de tener dependientes a su cargo, deben también corresponder con las atribuciones asociadas a las 'buenas madres'. Así, como refiere Barsted,²³ el concepto de género puede empañar una perspectiva más amplia de esta cuestión, dejando de contemplar otros factores sociales que pueden contribuir para esta subordinación de la mujer. Una lectura más rigurosa y comparada de esta problemática implica la consideración de una constelación de factores (de clase, de etnia y de raza) que se agregan e interaccionan en un resultado de desigualdad para con determinados individuos y, en particular, las mujeres.

²⁴ Charles CRAWFORD, 2000, p. 277.

Esta discriminación dirigida a determinados grupos raciales se refleja también cuando se analiza la atribución del estatuto de reincidente (independientemente de la familia) que, a pesar de no ser tan frecuentemente evocado cuando se trata de mujeres, sí permite verificar una excepción "considerable y perturbadora",²⁴ ya que este estatuto aparece aplicado de forma discriminatoria contra las acusadas afro-americanas envueltas en delitos de tráfico de drogas. Ante este resultado, Crawford²⁵ considera probable que sea solo una cuestión de tiempo hasta verificar en las mujeres afro-americanas el mismo nivel de discriminación verificado para los hombres afro-americanos. La confirmación de un trato discriminatorio podrá surgir en el binomio raza-tipo de delito, eliminándose así cualquier efecto de género.

²⁵ CRAWFORD, 2000.

Reflexiones finales

Una revisión de la literatura sobre la influencia del género en las decisiones judiciales rápidamente nos revela lo que nos parecen dos cuestiones fundamentales para entender las desigualdades sociales (y legales) entre mujeres y hombres. En primer lugar, resalta la complejidad del fenómeno estudiado, visible en las diferentes aproximaciones explicativas elaboradas a medida que los estudios revelaban nuevos datos. Si bien los primeros estudios sobre discriminación en la tomada de decisiones judiciales se centraban principalmente en el efecto de la raza, el análisis del papel del género revela que este no puede ser analizado de forma aislada con respecto a otros "marcadores de diferencia [...], los cuales son también ejes de desigualdad",²⁶ como son la propia raza o el estatuto socioeconómico. Gana

²⁶ Guila DEBERT y Maria Filomena GREGORI, 2008, p. 177. Ver también BARSTED, [s.p.]; y Luísa NETO, 2009.

importancia, por tanto, que el foco de análisis pase por intentar comprender en qué medida la distribución desigual de poder y la discriminación, entre hombres y mujeres y entre personas de distintas razas o etnias, se apoya y se alimenta de construcciones sociales elaboradas en torno a las diferencias entre estos grupos.²⁷

²⁷ BARSTED, [s.p.].

En segundo lugar, este análisis revela que en la estructura social de la desigualdad la justicia, lejos de ser emancipadora, como cuestiona Sousa Santos,²⁸ no hace más que reproducir los padrones dominantes de subyugación femenina no solo a lo masculino como a su propia condición. Así, la familia pasa a ser un elemento más de desigualdad, actuando la justicia como poderoso legitimador del *status quo* “que interesa al grupo hegemónico dominante”.²⁹ Si en el ámbito de los estudios sobre violencia de género Debert e Gregori³⁰ alertaban para el riesgo de que algunas políticas de defensa de la mujer (como la creación en Brasil de las “delegacias de defesa da mulher”) pudiesen estar a “transformar la defensa de las mujeres en la defensa de la familia”, los estudios aquí reflejados, con una mirada opuesta a la de la mujer víctima de la violencia machista, y que muestran una mujer ofensora, revelan el mismo padrón. La familia ha sido y continúa a ser el yugo privado y público de la mujer. No siendo ajeno a las preocupaciones de orden financiera en lo que respecta a los costes de las políticas sociales, la familia y la comunidad en general asumen un nuevo énfasis como figuras con potencial de solucionar una serie de problemas sociales.³¹

²⁸ Boaventura SOUSA SANTOS, 2010.

²⁹ Samantha BUGLIONE, 2000.

³⁰ DEBERT y GREGORI, 2008, p. 166.

³¹ DEBERT, 2001.

³² MOULDS, 1978.

Ya en la década de 1970, Moulds³² consideraba que los cambios producidos en el papel social de las mujeres están asociados a un aumento de la criminalidad femenina, también en aquellos delitos típicamente asociados a los hombres. Sería de esperar que este progresivo aumento de la presencia femenina en la escena criminal y, por tanto, el aumento del número de mujeres en el sistema de justicia criminal hiciese con que las actitudes paternalistas verificadas fuesen disminuyendo progresivamente. Sin embargo, tanto los estudios revisados por Moulds como aquellos elaborados posteriormente no muestran esta tendencia.

Daly mantiene una posición contraria por lo que respecta a la proyección futura de estos resultados, argumentando que los efectos de género persistirán en los estudios futuros en la medida en que este efecto refleja principalmente las diferencias en el papel familiar asumido por mujeres y hombres – aquello que se denomina división de género del trabajo familiar. Así, las diferencias de tratamiento entre hombres y mujeres con familia se mantendrán en cuanto “las mujeres tengan la responsabilidad primaria por el cuidado de los hijos”³³ y se mantenga una distribución

³³ DALY, 1987, p. 170.

asimétrica de las tareas familiares asociadas a hombres y mujeres.

Incluiríamos aquí una tercera racionalidad derivada de una interpretación extensiva del papel de la mujer que va más allá de su imagen como cuidadora pero que de ella se alimenta. La mujer madre, la mujer sensible, la mujer educada y educadora, la mujer subordinada, la mujer desprovista de opiniones, deseos y decisión: la mujer. La criminalidad femenina vista como una inversión de papeles, una joven "inducida a", una anomalía.³⁴ Los estudios relacionados con la interpretación de la criminalidad femenina revelan que la mujer delincuente es vista como víctima de su pasado, de su entorno y de su destino,³⁵ y es diagnosticada con mayor probabilidad como mentalmente trastornada.³⁶

Esta imposibilidad de lo antisocial en la mujer, esta osadía de mudar de papel, lleva a que, en algunas ocasiones, como ha demostrado un estudio realizado por la Coordinadora Estatal de Mujeres Abogadas,³⁷ las mujeres paguen más por ello. Este estudio demostró que, en los casos de violencia doméstica con resultado de muerte en que la agresora es la mujer (lo que ocurre apenas en el 7% de los casos), las penas para éstas son superiores a las de los hombres: "el crimen tiene sexo".³⁸

El efecto del género en las decisiones judiciales es una cuestión para la cual, como hemos visto, no existen respuestas fáciles y lineares. Es posible constatar las implicaciones que tiene el hecho de que los individuos comparezcan en tribunal como miembros de grupos sociales familiares o como acusados/as individuales, al constatar que es más difícil punir grupos (acusados/as con dependientes) que individuos (acusados/as sin familia).³⁹ La discusión sobre el papel del género en las decisiones judiciales podrá así derivar en la constatación de la relevancia que los tribunales dan a la integridad familiar como un bien a preservar por su potencial de inclusión y socialización de individuos y su capacidad para prevenir la criminalidad. La familia pasa a ser entendida como una agencia que es necesario aliar a las políticas sociales, específicamente en lo que concierne a los segmentos sociales connotados con potencial para la marginalidad. La ocurrencia de crímenes, encarada a partir de una lógica moral, surge así como el fracaso de la capacidad de los miembros de la familia de ejercer los papeles que les son atribuidos.⁴⁰

Pero toda esta imagen debe ser puntualizada y ultimada con la inclusión de la connotación particular del crimen haber sido cometido por una mujer.

En el fondo, la relativa suavidad del derecho procesual en relación a la mujer [...] se deberá al desvío primitivo del derecho, que tiende a considerar a la mujer

³⁴ Ana SACAÚ, Joana ALVES y Carlos PEIXOTO, 2004.

³⁵ Carol O'HARA, 1998; y Margaret SHAW y Sheryl DUBOIS, 1995.

³⁶ Hilary ALLEN, 1987.

³⁷ María José VARELA, 2005.

³⁸ Eleonora BRITO, 2000.

³⁹ DALY, 1987.

⁴⁰ DEBERT, 2001.

⁴¹ João CASQUEIRA, 2004, p. 405.

como, em essência, uma genitora, um útero, fundamentalmente um tabú, que não se pode estigmatizar nem penalizar demasiado, pois porta em si mesma sua própria possibilidade de redenção social.⁴¹

Independientemente de las derivaciones interpretativas que puedan surgir de estas evidencias, nos parece importante que quien aplica la ley – los actores de las decisiones judiciales – tenga una noción de las respuestas que da, consciente o inconscientemente, a estos dilemas ético-morales y del riesgo de asumir respuestas contrarias a un tratamiento legal igualitario.

⁴² SOUSA SANTOS, 2003, p. 64.

En una balanza difícil de afinar debe ser un principio basilar “defender la igualdad siempre que la diferencia genere inferioridad, y defender la diferencia siempre que la igualdad genere descaracterización”.⁴² Dicho de otro modo, siguiendo aun a Sousa Santos, la búsqueda de una igualdad que legitime las diferencias y, al mismo tiempo, de una diferencia que no genere, perpetúe o reproduzca las desigualdades.

⁴³ DEBERT, 2001.

Porque la efectiva garantía universal de derechos solo tiene condiciones para realizarse con la revelación y la desconstrucción de las diferentes formas de opresión, más o menos sutiles, que son ejercidas sobre diferentes grupos desfavorecidos⁴³ y que resultan en estas desigualdades. De esta forma,

⁴⁴ Nieves SANZ, 2003, p. 28.

[...] ya que no se le puede pedir al sistema penal la erradicación de la injusticia social o la modificación de las estructuras económicas o culturales que generan desigualdad y marginación – que ciertamente sería lo deseable –, al menos se le debe exigir que no colabore a su reproducción.⁴⁴

Referencias

- ALLEN, Hilary. *Justice Unbalanced: Gender, Psychiatry and Judicial Decisions*. Milton Keynes: Open University Press, 1987.
- BARSTED, Leila. *Gênero e desigualdades*. Disponível em: <<http://www.cepia.org.br/doc/generoedesigualdades.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2011.
- BRITO, Eleonora. “A criminologia e a construção de gênero, classe e raça”. In: I SIMPÓSIO INTERNACIONAL O DESAFIO DA DIFERENÇA, 9-12 abr. 2000, Salvador, Brasil. Disponível em: <http://www.desafio.ufba.br/gt4_lista.html>. Acesso em: 3 maio 2011.
- BUGLIONE, Samantha. “A mulher enquanto metáfora do Direito Penal”. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, n. 9, p. 203-220, 2000. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br>>. Acesso em: 5 maio 2011.

- CASQUEIRA, João. "Processo criminal e mulher: uma perspectiva comparada". In: TOSCANO, Ana; GODSLAND, Shelley (Org.). *Mulheres más: percepção e representação da mulher transgressora no mundo luso-hispânico*. Porto: Universidade Fernando Pessoa, 2004. p. 393-407. v. 1.
- CRAWFORD, Charles. "Gender, Race, and Habitual Offender Sentencing in Florida." *Criminology*, v. 38, n. 1, p. 263-280, 2000.
- DALY, Kathleen. "Discrimination in the Criminal Courts: Family, Gender, and the Problem of Equal Treatment." *Social Forces*, v. 66, n. 1, p. 152-175, 1987.
- _____. "Neither Conflict Nor Labelling Nor Paternalism Will Suffice: Intersections of Race, Ethnicity, Gender, and Family in Criminal Court Decisions." *Crime and Delinquency*, v. 35, n. 1, p. 136-168, 1989.
- DEBERT, Guita Grin. "A família e as novas políticas sociais no contexto brasileiro". *Interseções: Revista de Estudos Interdisciplinares*, v. 3, n. 2, p. 71-92, jul./dez. 2001.
- DEBERT, Guita; GREGORI, Maria Filomena. "Violência e gênero: novas propostas, velhos dilemas". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 23, p. 165-185, 2008.
- GIFFIN, Karen; DANTAS-BERGER, Sônia Maria. "Violência de gênero e sociedade de risco: uma abordagem relacional". In: TAQUETTE, Stella R. (Org.). *Violência contra a mulher adolescente/jovem*. Rio de Janeiro: UERJ, 2007. p. 55-60.
- GRUHL, John; WELCH, Susan; SPOHN, Cassia. "Women as Criminal Defendants: A Test for Paternalism." *Political Research Quarterly*, n. 37, p. 456-467, 1984.
- MOULDS, Elizabeth. "Chivalry and Paternalism: Disparities of Treatment in the Criminal Justice System." *The Western Political Quarterly*, v. 31, n. 3, p. 416-430, 1978.
- NETO, Luísa. "O direito e a igualdade de gênero". *Julgar*, n. 8, p. 161-177, 2009.
- O'HARA, Carol. "Children without Childhood: A Feminist Intervention Strategy utilizing Systems Theory and Restorative Justice in Treating Female Adolescent Offenders." In: HARDEN, Judy; HILL, Marcia (Ed.). *Breaking the Rules: Woman in Prison and Feminist Therapy*. New Jersey: Haworth Press, 1998. p. 85-101.
- SACAU, Ana; ALVES, Joana; PEIXOTO, Carlos. "Estudo da representação científica e jornalística da mulher delinquente". In: TOSCANO, Ana Maria; GODSLAND, Shelley (Org.). *Mulheres más: percepção e representação da mulher transgressora no mundo luso-hispânico*. Porto: Universidade Fernando Pessoa, 2004. p. 333-344. v. 1.
- SANZ, Nieves. "Penas alternativas a la prisión". *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n. 21, p. 27-43, 2003.

- SHAW, Margaret; DUBOIS, Sheryl. *Understanding Violence by Women: A Review of the Literature*. Ottawa: Correctional Service of Canada, 1995. Disponível em: <<http://www.csc-scc.gc.ca/text/prgrm/fsw/fsw23/toce-eng.shtml>>. Acesso em: 9 maio 2011.
- SOUSA SANTOS, Boaventura. "Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade". In: _____. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 25-68.
- _____. "Prefácio". In: FRIGO, Darci; PRIOSTE, Fernando; ESCRIVÃO FILHO, Antônio (Org.). *Justiça e direitos humanos: experiências de assessoria jurídica popular*. Curitiba: Terra de Direitos, 2010. p. 5.
- VARELA, María José. "La justicia ante la violencia de género". In: CASTILLO-MARTIN, Márcia; OLIVEIRA, Suely (Org.). *Marcadas a ferro: violência contra a mulher, uma visão multidisciplinar*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005. p. 204-216.
- VIEIRA, Miriam Steffen. *Universo legal em ato: a construção de categorias jurídicas em torno da violência contra as mulheres*. 2007. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.
- ZATZ, Marjorie. "The Convergence of Race, Ethnicity, Gender, and Class on Court Decisionmaking: Looking Toward the 21st Century." In: HORNEY, Julie. *Criminal Justice: Policies, and Decisions of the Criminal Justice System*. Washington, DC: Department of Justice, 2000. p. 503-552. v. 3.

[Recebido em 10 de junho de 2010
e aceito para publicação em 22 de novembro de 2011]

The Influence of the Gender on Judicial Decision-Making: From Judicial Paternalism to Family Roles

Abstract: *Using the concept of gender as an object of analysis, this article aims at having a retrospective description of the methodological and conceptual evolution regarding the influence of extralegal aspects on judicial decisions research through the most prominent authors. In the specific case of Gender, this evolution is characterized by a critical sophistication. The transition in the explanations in differential criminal sentences attributed to men and women evolved from a simplistic perspective linked to paternalism and chivalry hypothesis to more complex and multifaceted standpoints related to the different family roles exercised by men and women.*

Key Words: *Offender's Gender; Extralegal Factors; Judicial Decisions; Paternalism; Gender Roles.*