

Una propuesta de análisis jurisprudencial desde el discurso para casos de violencia contra las mujeres en el marco de violencia de pareja *

Ana Milena Coral-Díaz**

Recibido: agosto 1 de 2012
Aprobado: octubre 22 de 2012

Resumen

El artículo busca proponer una metodología para el análisis jurisprudencial de fallos de distintas instancias judiciales, enfocándose en el examen desde el discurso de la argumentación judicial, e involucrándose en una cuestión específica: la violencia contra la mujer en el contexto de pareja. Para ello, partiendo de los discursos de los jueces y el análisis de casos paradigmáticos, este trabajo indaga por el conflicto de la violencia hacia las mujeres, desde el manejo y la solución que los jueces establecen, y el acceso a la justicia. Plantea también, la urgente tarea de proyectar la investigación hacia la jurisprudencia de los jueces de instancias menores y no limitarla al derecho de los jueces procedente de las "Altas Cortes". Siendo así, y en busca del equilibrio de todo el sistema jurídico, se intenta destacar que su coherencia y consistencia parten de una tendencia que sigue los postulados de la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres, los cuales implican un escenario de protección especial a personas en la familia.

Palabras clave: Análisis jurisprudencial, violencia de pareja, análisis de discurso, violencia de género, mujeres, estudio de caso.

* Este trabajo constituye una elaboración teórica que hace únicamente la autora en la búsqueda de la estructuración de un modelo de análisis jurisprudencial utilizado en la investigación sobre el análisis de discurso en distintas regiones de Colombia adelantado por el grupo de investigación en derechos humanos de la Universidad del Rosario y financiado por Programa de Violencia Basada en Género (VBG) con ONU Mujeres, OIM y la Alta Consejería presidencial para la equidad de la Mujer (ACPEM). La investigación finalizó en el año 2011 y la autora trabajó en el proyecto como investigadora asociada.

** Abogada, Universidad Externado de Colombia. Magíster en Antropología de la Universidad de los Andes. Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Es consultora en temas de género. Actualmente, es, además, estudiante del Doctorado en Derecho en la Universidad del Rosario y se encuentra vinculada al Grupo de Investigación en Derecho Público (Bogotá-Colombia). Correo electrónico: corald.ana@ur.edu.co

A proposal of jurisprudential analysis from speech for cases of violence against women, specifically concerning domestic violence of couples

Abstract

This article is intended to propose a methodology for making a jurisprudential analysis of failures occurring in several judicial instances; the article is focuses on the evaluation based on the speech of judicial arguments and is involved in a specific topic: violence against women, specifically by their couples. For this purpose, based on the judges' speech and the analysis of paradigmatic cases, this article makes an analysis of violence against women based on handling and solution set by judges and access to justice. The article also sets how urgent it is to project research towards jurisprudence of trial judges without limiting it to judges' law resulting from "High Courts." In the search for finding a balance of the legal system, the article is intended to highlight that coherence and consistency of the legal system are based on a tendency to observe guidelines of the Constitution and international treaties concerning human rights for women, which imply a scenario of protection for people who should be given special protection within families.

Key words: Jurisprudential analysis; domestic violence among couples; speech analysis; gender violence; women; case study.

Introducción

El análisis jurisprudencial en este texto se propone como un espacio de reflexión de un investigador en la interpretación de un grupo de fallos o sentencias proferidos, sea por las altas cortes o por los juzgados de instancias menores. No obstante se tiende a pensar generalmente que dicho análisis se propone solamente frente a fallos procedentes de las altas cortes en el contexto de la jurisprudencia colombiana. Existen varias razones para pensar esto: en primer orden se infiere comúnmente que la jurisprudencia proveniente de tales instancias es más elaborada por tener en cuenta el análisis del precedente; en segundo orden, y como consecuencia de lo anterior, la jurisprudencia se ve enriquecida por la argumentación de los jueces basada en principios. Sin embargo, si se nos pide hacer un análisis de fallos elaborados por jueces de familia y penales de circuito, ¿estaríamos frente a un imposible? O en el mejor de los casos ¿frente a un sinsentido? El propósito de este texto es presentar un modelo práctico de análisis de sentencias basado en análisis de caso, para evidenciar las tendencias en la producción jurisprudencial en instancias menores, teniendo en cuenta el orden jerárquico para la producción de jurisprudencia; dicho análisis contará con la herramienta del análisis discursivo, desde la argumentación jurídica teniendo como marco teórico el texto *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert Alexy (1997).

Tal propuesta se hace a partir de un número limitado de fallos sobre violencia contra la mujer en el marco de violencia de pareja; la búsqueda de respuestas se hará en torno a una pregunta inicial o problema jurídico: ¿Cómo comprende el juez el alcance de los derechos de las mujeres en la esfera de la familia, en especial a no ser agredida ni dañada en ninguna forma? Partiendo de esta pregunta, las respuestas se identificarán desde el análisis discursivo y se hará un análisis desde la escogencia de las premisas que justifican la elección de una decisión final.

El procedimiento utilizado es la revisión bibliográfica de importantes trabajos en el área de filosofía del derecho, que permiten construir un escenario teórico desde el cual se propone una metodología que permitirá, a la postre, abordar la investigación de fallos judiciales para realizar el análisis jurisprudencial.

1. El análisis jurisprudencial

Para comenzar es importante definir qué se considera análisis jurisprudencial en el sentido en que se propone en este texto. El análisis jurisprudencial es un espacio de reflexión que se da entre un investigador o intérprete frente a un grupo de sentencias emitidas por las altas cortes o instancias menores dentro de la jerarquía de producción de jurisprudencia en determinado contexto judicial. Dicho análisis indagará por la argumentación que hacen los jueces frente a determinado problema que ha sido propuesto por el investigador y frente al cual se busca encontrar respuestas en forma de fallos judiciales, que permitan al investigador sacar conclusiones frente a cómo se está resolviendo tal problema por parte de los jueces. Sin embargo, es importante indicar que no existe un único modo de realizar dicho análisis. Las propuestas metodológicas son siempre herramientas importantes que permiten acercarse al objetivo propuesto; sin embargo, no hay tan solo una, y es dable al investigador encontrar la que se acomode mejor a la búsqueda de respuestas frente al problema que se plantea.

1.1 El análisis de la jurisprudencia constitucional

Para Diego López Medina, en su texto *El derecho de los jueces*, el derecho de origen jurisprudencial se desarrolla de manera lenta y progresiva, por lo que es necesario identificar subreglas vigentes en un momento dado. De este modo, el autor sugiere hacer construcción de líneas jurisprudenciales¹ para hacer análisis jurisprudencial

¹ "Una línea jurisprudencial es una idea abstracta. Para ayudar a ver la línea jurisprudencial resulta conveniente tratar de grafi-

partiendo del planteamiento de un problema jurídico²; asimismo señala: "la determinación de la subregla jurisprudencial solo será posible entonces, si el intérprete construye para cada línea, una teoría jurídica integral (una narración) de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes". (López, 2000, p. 55) Ante este estudio de la jurisprudencia, de modo sistemático e integral sugiere que el estudio hecho a través de casos tiene la tendencia a ser *desestructurado y caótico*.

Los problemas que esta exigencia plantea son variados: por una parte es necesario 1) Acotar el patrón fáctico concreto (con el correlativo conflicto de intereses y derechos que le sea propio) que la jurisprudencia ha venido definiendo como escenario constitucional relevante; 2) identificar las sentencias más relevantes (que más adelante denominaremos sentencias hito) dentro de la línea jurisprudencial 3. Finalmente es necesario construir teorías estructurales (i. e. narraciones jurídicas sólidas y comprensivas) que permitan establecer la relación entre esos varios pronunciamientos jurisprudenciales. Esta última tarea es en propiedad la misión del jurista cuando analiza el derecho de los jueces (López, 2000, p. 55).

El derecho de los jueces, por lo tanto, se encuentra sesgado en esta construcción teórica por la idea de que solo es producido por las altas cortes y en particular por la Corte Consti-

tucional, pues se parte de la existencia del precedente y la construcción de un análisis sistemático en donde existen sentencias hito, y sentencias reiterativas, sentencias modificadoras, etc., y se parte de un escenario constitucional; en este sentido se busca un *patrón de desarrollo decisional*, para realizar el análisis de la jurisprudencia. Por ello es clave resaltar cuál es la naturaleza del derecho producido por los jueces de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional es una creación de la Constitución Política de 1991 que, en su artículo 241, dispone que le corresponde a aquella velar por la guarda de la supremacía e integridad del texto constitucional (República de Colombia, 1991). La interpretación uniforme de la Constitución se plantea desde el mismo momento en que ella es promulgada, pues una mínima coherencia del sistema exige que el texto constitucional sea entendido y aplicado de una misma manera por todos los operadores jurídicos del sistema que imparten justicia. De este modo los jueces están llamados a seguir un *patrón de desarrollo decisional*, pues de esto depende en gran medida la coherencia del sistema, y una particular forma de argumentación uniforme para la interpretación de los derechos constitucionales; así se puede hacer un seguimiento partiendo de líneas de argumentación similares.

Para Manuel Atienza, una argumentación presupone siempre un problema en cuestión: "el problema es lo que suscita la necesidad de argumentar, de enrolarse en una actividad lingüística dirigida precisamente a encontrar, proponer, justificar... una solución, una respuesta al mismo" (Atienza, 1991, p. 72). La argumentación, por tanto, parte de un problema que ha de ser solucionado a través de un fallo final. Así, para Atienza, la argumentación puede verse de dos formas: 1) como proceso, 2) como actividad. Para el primero se entiende como toda actividad que ocurre entre el problema *Ad quo* y un término *Ad quem*, la solución, la respuesta al mismo. Para el segundo, la argumentación

carla. Puesta sobre un gráfica una línea jurisprudencial es una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisional. El campo abierto que generan las dos respuestas extremas posibles hace que la línea sea en sus extremos bipolar" (López, 2000, p. 141).

² "El problema jurídico es la pregunta que encabeza la línea jurisprudencial y que le investigador intenta resolver mediante la identificación y la interpretación dinámicas de varios pronunciamientos judiciales, además de la relación de estos con otros materiales normativos (tales como textos constitucionales y legales)" (López, 2000, p. 60).

viene a ser el conjunto de los enunciados en las que cabe distinguir tres elementos: las premisas (aquello de lo que se parte), la conclusión (aquello a lo que se llega) y la inferencia (la manera como están unidas las premisas y la conclusión, la relación entre ambos tipos de entidades).

Siendo así, toda actividad judicial en la que corresponde motivar una decisión parte de la idea de que debe argumentarse en el segundo sentido, esto es, como actividad, en hallar respaldo y sustento a la decisión final y partiendo de una armonía con el derecho en un sistema que se halla coherente y consistente; tales fundamentos deben observarse para toda la jurisprudencia que producen los jueces, tanto los constitucionales, como los de otras cortes o instancias menores.

Siguiendo esta reflexión, no parece lógico afirmar que el *derecho de los jueces* basado en la argumentación y motivación de los fallos corresponde solo a los jueces de la Corte Constitucional; en este sentido, a todos los jueces les corresponde velar por la coherencia de sus fallos con la guarda de la Constitución. Así, no puede un juez penal de circuito imponer la pena de muerte o permitir la tortura en el interior de la familia. En este sentido les corresponde a los jueces velar por la supremacía de la Constitución Política de 1991, y aplicar los principios que de ella se derivan como uno de los pilares y fundamentos de toda decisión judicial.

Partiendo de estos supuestos, es importante observar que los jueces de instancias menores deben continuar una línea de argumentación que se adapte a la observancia de los preceptos constitucionales, incluyendo los principios que de ella se derivan. En este sentido, McCormick (1978) ve el sistema jurídico como un cuerpo de normas coherente y consistente cuya observancia asegura lograr valiosas metas. Con "consistente" McCormick quiere decir que este

puede no ser adoptado si es contradictorio de alguna regla válida y vinculante del sistema; claro está que un precedente ostensiblemente contradictorio puede ser explicado y distinguido para evitar tales contradicciones o un estatuto conflictivo puede ser interpretado de tal modo que evite tales contradicciones. Si tales mecanismos para evitar contradicciones no funcionan, entonces deberá rechazarse cualquier reglamentación distinta en virtud del requisito de consistencia. Por otro lado, es "coherente" entendido en el sentido en que las reglas son tomadas como instancias de principios más generales que buscan el orden social con valores inteligibles y mutuamente compatibles; esto implica reflexión sobre los valores de un sistema jurídico.

Estas características del cuerpo normativo son lo que limita el ejercicio de la actividad judicial. Esto implicará, entonces, que el juez haga justicia conforme al marco fijado por el derecho como sistema jurídico en lugar de legislar lo que él considera un ideal de sociedad. Así, entonces, cualquier decisión por deseable o aceptable que sea en la esfera del consecuencialismo, además, requerirá que el derecho la garantice. En la medida en que puedan racionalizarse las reglas en términos de principios más generales que vayan más allá de la norma establecida, entonces, existirá una garantía legal suficiente como para justificar como legal una regla novedosa y la decisión que se tome con base en ella. Así, entonces, la justificación de segundo orden implicará dos elementos: argumentos consecuencialistas y argumentos que evalúan la consistencia y coherencia, conforme al sistema legal, de las reglas propuestas.

De este modo tanto los jueces constitucionales como los de instancias menores deben garantizar que sus fallos sean coherentes y consistentes con la Constitución y, por lo tanto, con un sistema jurídico que delimita su actuación y que responde a un orden garantista de los derechos para los ciudadanos en general.

1.2 El análisis de discurso desde la argumentación

Se ha señalado en apartados anteriores que tanto la jurisprudencia de la Corte como la de instancias menores es jurisprudencia que obedece a una actividad de los jueces en cuanto a la obligación que tienen de justificar sus fallos, esto es, argumentar, y que tales fallos deben ser coherentes y consistentes con los postulados y principios que se derivan del sistema jurídico que encabeza la Constitución Política de Colombia de 1991. Partiendo de estos supuestos, todos los fallos son susceptibles de ser analizados teniendo en cuenta el concepto de análisis jurisprudencial que se presenta en este texto.

A partir de estas ideas es importante aclarar que no existe una metodología única y que será criterio del investigador encontrar la que mejor se acomode a sus objetivos. En este orden de ideas se busca exponer el análisis de discurso como una herramienta útil para el análisis de jurisprudencia; para ello es pertinente presentar y analizar la tesis de Robert Alexy (1997) sobre el discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general.

Alexy entiende como diferentes las discusiones jurídicas de otro tipo de discusiones, debido a que en las primeras se argumenta *jurídicamente*, mientras que en las segundas se hace una argumentación práctica general; la forma de distinguir e identificar las diferencias obedece a que la argumentación jurídica se caracteriza por la vinculatoriedad al derecho vigente. Así el proceso de argumentación jurídica "está limitado temporalmente y está reglamentado por medio de reglas procesales. Las partes pueden orientarse según sus intereses". Alexy entiende, por tanto, el discurso jurídico como *caso especial*, fundamentado en tres motivos: 1) en que las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas; 2) en que estas cuestiones son discutidas sobre la pretensión de corrección³,

³ "La pretensión de corrección que se plantea en los discursos jurídicos se distingue del discurso práctico general. No se

3) porque la discusión jurídica tiene lugar bajo condiciones de limitación del tipo mencionado.

El núcleo de la tesis del caso especial consiste por ello en sostener que la pretensión de corrección también se plantea en el discurso jurídico, pero esta pretensión a diferencia de los que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas (Alexy, 1997, p. 213).

Así, el discurso jurídico se torna especial pues está ligado a un derecho positivo vigente que limita la actividad del juez; de este modo, su especialidad deriva de la *justificación de un caso especial de proposiciones normativas: las decisiones jurídicas*. Así en este orden existen dos aspectos de justificación: la interna y la externa. En la primera se busca identificar si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; la externa es la corrección de tales premisas.

- a. *Justificación interna*. Tal justificación ha sido estudiada ampliamente como silogismo jurídico; se refiere a la estructura formal de la fundamentación jurídica, en donde interesa "que las deliberaciones del decisor o de los decisores deben llevar a una justificación que se corresponda con las formas señaladas"; esto asegura la consistencia de la decisión, la seguridad jurídica y cierta medida de racionalidad.
- b. *Justificación externa*. Su objeto es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. De este modo se alude

pretende que el enunciado normativo afirmado, propuesto o dictado como sentencia sea sin más racional, sino sólo que le contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado". Esto significa que quien fundamente en concordancia del ordenamiento jurídico pretenderá que su fundamentación sea acertada y por ello su afirmación correcta. "Por ello, la decisión judicial en virtud del derecho positivo, cae bajo la pretensión de corrección" (Alexy, 1997, p. 208).

a distintos tipos de fundamentación: 1) Regla de derecho positivo: la fundamentación de una regla en tanto regla de derecho positivo 2) Enunciados empíricos: "en la fundamentación de premisas empíricas se puede recurrir a una escala completa de formas de proceder que va desde los métodos de las ciencias empíricas, pasando por las máximas de la presunción racional, hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso". 3) Para la fundamentación de premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo sirve la "argumentación jurídica".

Estos son de modo muy general la identificación de las premisas y la justificación de las mismas dentro de un análisis discursivo. Es importante advertir al lector que se toman estos postulados para estructurar un modelo de análisis, lo que no compromete la tesis de Alexy en su totalidad. En este texto se parte de algunas bases generales como son la identificación de premisas y su consecuente justificación para introducir a un análisis de jurisprudencia en busca de dos objetivos: 1) la identificación de premisas en un texto judicial acudiendo a la justificación interna; 2) la identificación de su justificación acudiendo a la estructura de la justificación externa.

Partiendo de esta estructuración, es posible para el investigador hallar las fuentes primarias del análisis discursivo y comprometer tal análisis con un orden de justificación legal y constitucional, dentro del cual el juez hallará un soporte para su argumentación.

1.3 *Una propuesta de análisis jurisprudencial desde el discurso*

Se propone en el marco de este texto, realizar un análisis de una muestra de sentencias sobre violencia contra la mujer en el contexto de violencia de pareja. Para tal análisis, existe un número considerablemente pequeño de sentencias a analizar por una razón significativa: en materia de violencia de pareja los conflictos

se resuelven por lo general ante instancias de conciliación y comisarías de familia, por lo que son pocos los casos que llegan a conocimiento de los jueces (Cabal et al., 2001). En esta medida, es imposible pensar en un análisis basado en líneas jurisprudenciales, teniendo en cuenta lo estudiado en apartados anteriores, esto es, que la jurisprudencia producida por los jueces de familia y penales del circuito no tiene en cuenta el análisis de precedente para la argumentación de sus fallos; se realiza por la adecuación típica de una conducta ante la cual se presentan pruebas o por la constatación de unos hechos o causales y se ofrece una consecuencia jurídica por parte del juez que se ve representada en el fallo; sin embargo, por estar dentro de un sistema jurídico *consistente y coherente* debe observarse una argumentación basada en un orden de justificación legal y constitucional, esto es, teniendo en cuenta los preceptos y principios que incorpora la Constitución Política y los avances que en materia de derechos humanos ofrece la legislación internacional a través de tratados internacionales ratificados por Colombia y, por tanto, el sistema jurídico.

Siendo así, a modo de propuesta, se busca examinar, desde el análisis discursivo de la argumentación de los jueces, *la violencia contra la mujer en el marco de violencia de pareja*. Tal análisis debe comenzar con el planteamiento de un problema jurídico, de forma análoga a como se plantea en el análisis de líneas jurisprudenciales de Diego López. Dicho problema orientará al investigador sobre qué desea indagar mediante el estudio de caso y, además, será su carta de navegación para considerar relevantes los casos a estudiar.

2. *Violencia contra la mujer en el marco de violencia de pareja*

La violencia de pareja es una de las más graves manifestaciones de la violencia basada en género (VBG) que, a su vez, representa una consecuencia visible y tolerada de una cultura

patriarcal. La violencia basada en género es una categoría analítica moderna (Fondo de las Naciones Unidas y España para el Cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio –ODM–, 2010) que se integra al análisis de las violencias sufridas por las mujeres gracias a los cambios que se observan en lo social a partir de las década del 60 cuando las feministas logran visibilizar la violencia desde un marco de interpretación basado en el poder y cuando se empieza a problematizar la violencia de género desde una perspectiva crítica⁴.

Asimismo, esta es definida por la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993 como "todo acto de violencia basado en el género (VBG) 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".

La violencia de pareja, en el contexto de este análisis y acudiendo a herramientas internacionales como Belem do Pará⁵, se define como todo acto que se ejerce en contra de la pareja y que tiene como resultado potencial o real, el daño físico, sexual, emocional o psicológico en el ámbito privado o público; en este sentido no importa que exista o haya existido matrimonio,

tampoco si existen hijos, o que exista o haya existido convivencia. El punto relevante a partir del cual se sigue la descripción de la violencia contra la pareja, será en adelante el *vínculo afectivo* que haya sido construido entre las personas que se relacionan como pareja (Programa contra violencia basada en género –VBG– & Universidad del Rosario, s. f.).

Es importante señalar que en muchas ocasiones se acude al concepto de violencia intrafamiliar para propiciar el estudio de violencia de pareja; sin embargo, teniendo en cuenta las circunstancias sociales sobre las cuales se estructuran las relaciones, es importante y perentorio buscar esta violencia en la relación entre exconvivientes, novios, parejas que no conviven pero tienen hijos, parejas comprometidas a casarse etc., pues esto permite evidenciar la realidad de la agresión y no dejarla en la misma estructura del pasado. Para Leonor Cantera y Josep Blanch (2010) el marcado énfasis heterocentrista social nos ha llevado a pensar en la violencia de pareja como la que se reproduce en el seno de un hogar y que se da entre un hombre y una mujer; de este modo se configura un modelo patriarcal de familia (Cantera, 2007). Por ello en este escenario de familia tradicional, no caben formas distintas de familia, ni de pareja, ni de relaciones ni de explicaciones (Cantera, 2004).

En la academia la tendencia ha sido la de considerar y reconceptualizar la violencia familiar o intrafamiliar dándole el trasfondo de violencia de pareja que logra integrar la realidad de la violencia basada en género. Es así como Guillén & Vergara redefinen la violencia intrafamiliar como "una forma de relación de abuso entre quienes sostienen o han sostenido un vínculo afectivo relativamente estable, incluyendo relaciones de matrimonio, noviazgo, pareja (con o sin convivencia). Se enmarca en un contexto de desequilibrio de poder e implica un conjunto de acciones, conductas y actitudes que se mantienen como estilo relacional y de interacción imperante en la pareja donde normalmente un

⁴ Proyecto "seguimiento a las sentencias proferidas por los jueces penales del circuito y por los jueces de familia en las ciudades de Cartagena, Pasto y Cali en el período comprendido entre los años 2005 y 2009" realizado por la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer y la Universidad del Rosario.

⁵ Convención Belem do Pará, art 2: Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra (Organización de Estados Americanos, 1994).

hombre, por acción u omisión, ocasiona daño físico y/o psicológico a una mujer” (Guillén & Vergara, 2010). Las consecuencias de esto son muy positivas, pues el reproche social y desde el ámbito del derecho que se hace de comportamientos violentos en la familia se extiende a las demás relaciones afectivas de pareja. Esto propicia una concienciación de las estructuras sociales en torno a las cuales se crean las relaciones humanas y la búsqueda de un comportamiento adecuado y ético hacia la mujer aunque no medien el matrimonio o la convivencia (Programa contra violencia basada en género –VBG– & Universidad del Rosario, s. f.).

En el ámbito jurídico colombiano es importante resaltar el importante avance que se obtuvo con la ley 1257 de 2008 (República de Colombia, 2008)⁶, ya que hasta antes de su expedición, se había circunscrito la problemática de la violencia contra la mujer al ámbito intrafamiliar, siendo la razón, para su expedición la de reconocer que la violencia contra la mujer no solo se presenta en el ámbito doméstico o la esfera privada sino que se relaciona con la desigualdad que históricamente se ha presentado entre hombres y mujeres y puede llegar a tener resonancia en el ámbito de lo público. En el marco de este trabajo se recurrirá al concepto de violencia de pareja como una categoría general de la violencia basada en género, y al de violencia familiar o intrafamiliar como una expresión de esa violencia de pareja⁷ y que está especialmente dirigida hacia las mujeres⁸.

Para Magally Huggins (1997) la violencia de pareja es un fenómeno con múltiples formas de expresión y debe ser analizada desde un enfoque de género. María Luisa Platone (1998), asegura que la violencia de género se presenta

⁶ La ley 294 de 1996 de Colombia era la más relevante en la materia.

⁷ Pero no la única.

⁸ Si bien la violencia de pareja y la familiar pueden presentarse hacia hombres y mujeres, en esta investigación se concentra la atención sobre la violencia dirigida estrictamente hacia las mujeres.

como la más recurrente forma de resolución de conflictos dentro de la pareja; esto significa que si bien los conflictos siempre se presentarán en las relaciones interpersonales, la violencia es la manera a la que más se acude para solucionarlos. En las representaciones socioculturales, la familia y la pareja se visibilizan como lugares de afecto y comprensión en que las relaciones tradicionales familiares ostentan el carácter de cálidas y deseables. Sin embargo, las estadísticas nos dicen que debido a la intimidad, privacidad, permeabilidad y creciente aislamiento, resulta tal figura estructural en un núcleo conflictivo y de violencia potencial; debido a esto en los estudios de Corsi el cincuenta por ciento de las familias sufre alguna forma de violencia considerable (Corsi, 1994). Es también importante establecer en el marco de este análisis que las víctimas más recurrentes de violencia contra la pareja son las mujeres; en este sentido señala Marie France Hirigoyen:

Es una dominación del más fuerte sobre el más débil y, claro está, la mujer culturalmente es la más débil. La violencia puede ejercerla un hombre contra una mujer, una mujer contra un hombre, o cualquier persona contra su compañero o compañera en una pareja homosexual; no obstante, por razones debidas a la estructura misma de la sociedad, la ejercida contra las mujeres es, con mucho, la más generalizada. En el 98% de los casos contabilizados, el autor es un hombre (Hirigoyen, 2006, p. 16).

Sin negar la violencia física o psicológica de la que pueden ser víctimas algunos hombres, es necesario situar los datos en perspectiva para comprender la desigualdad en el reparto de la violencia de pareja. Además, por razones culturales, los hombres víctimas de violencia encuentran más recursos en el exterior y consiguen liberarse de la relación con mayor rapidez (Hirigoyen, 2006).

Jorge Corsi argumenta que la violencia junto con el conocimiento y el dinero constituye una de las

tres principales fuentes de poder humano. Asimismo, la violencia se presenta históricamente ligada al espacio público, por lo que vincular la violencia al espacio privado fue considerado como paradójico o paradigmático (Corsi, 2003). La violencia se evidencia contra cientos de grupos sociales; la que se dirige hacia las mujeres tiene una especial connotación y ha sido definida como violencia de género (VBG), en la cual se hace alusión a una violencia estructural que busca mantener o incrementar la subordinación de las mujeres al género masculino hegemónico (Corsi, 2003). Una de las principales dificultades para combatir la violencia de género ha sido la falta de definiciones adecuadas que den cuenta del problema; es así como para Corsi, la invisibilización de la violencia familiar o de pareja ha estado ligada a la ausencia de herramientas conceptuales que permitan no solo identificarla sino, además, evidenciarla, estudiarla y prevenirla. Otro problema encontrado es el de que la familia se ha idealizado y sacralizado a tal punto como espacio de afecto y seguridad que esto permite ignorar el potencial daño que puede ser causado a los individuos débiles dentro de las relaciones familiares en el que también puede experimentarse inseguridad, miedo y toda una serie de conflictos interpersonales.

Emilio Viano (1987) afirma que en nuestra sociedad existe un personaje clásico: es el varón adulto, la violencia ejercida contra este, es vista como un tabú. Los otros sujetos que se pueden ver afectados por la violencia, como las mujeres, los niños, los pobres o las minorías experimentarán socialmente menos reproche social hacia sus victimarios por los daños sufridos. De este modo la violencia se naturaliza siguiendo una lógica de la construcción social y cultural del poder. En el pasado y también en la actualidad, la defensa del honor del varón justifica formas aberrantes de violencia hacia las mujeres que se asume, han cometido alguna falta (Corsi, 2003); de este modo socialmente se percibe como más gravosa la falta al honor del varón que la violencia ejercida sobre la mujer (Progra-

ma contra violencia basada en género –VBG– & Universidad del Rosario, s. f.).

3. La metodología

Se busca hacer **análisis** de sentencias de los juzgados de familia y penales de circuito concernientes a violencia contra las mujeres en el marco de violencia de pareja. Se propone trabajar con base en el análisis discursivo de fallos proferidos por instancias judiciales de circuito (jueces penales y de familia).

En esta medida es importante hacer una selección de casos paradigmáticos sobre violencia contra la mujer en el marco de violencia de pareja. A partir de esta elección se realizará un análisis de discurso⁹ frente a casos de especial importancia; asimismo, se busca identificar premisas de argumentación desde la justificación interna y externa del juez. Se propone un modelo de análisis basado en el estudio de 1. *Reglas de derecho*. 2. *Enunciados empíricos*¹⁰ (Alexy, 1997) para la fundamentación de las decisiones judiciales¹¹.

Este ejercicio permite detectar las elecciones¹² que se hacen en la argumentación judicial y sobre las cuales se conceptualiza la violencia contra las mujeres en el marco de violencia de pareja. Asimismo, permite desde el análisis del discurso evidenciar los fundamentos desde

⁹ Los elementos del Argumento son:

1. **Premisa Mayor**, es la norma: Reglas de derecho
2. **Premisa Menor**, referencia fáctica específica, hechos: Enunciados empíricos
3. **Inferencia**, relación de premisas
4. **Conclusión**, es la proposición final

El Juez hace un trabajo deductivo, silogismo deductivo, parte de la norma (p. Mayor) para llegar a los hechos (p. Menor), lo relaciona y eso se llama inferencia con el fin de llegar a una conclusión (proposición final).

¹⁰ Ciencias empíricas, máximas de la presunción racional, reglas de la carga de la prueba en el proceso.

¹¹ Ver trabajo de Robert Alexy (1997). Una Teoría de la argumentación Jurídica en *Teoría de la argumentación jurídica* Madrid: Centro de estudios constitucionales.

¹² Desde la estructura interna del silogismo jurídico.

los que se construye una decisión judicial que contempla la violencia de género en el marco de violencia de pareja.

3.1 Resultados esperados desde el análisis discursivo

El libro *Cuerpo y derecho* de Luisa Cabal, Julieta Lemaitre y Mónica Roa, que realiza una investigación desde el análisis de discurso sobre fallos relacionados con los derechos de la mujer y en especial, derechos sobre el cuerpo la sexualidad y la reproducción, comienza con una pregunta muy interesante que motivó a realizar este modelo de investigación: *¿Por qué hacer una investigación sobre jurisprudencia en una región y un sistema legal, donde tiene poco valor el precedente?* (Cabal, Lemaitre & Roa, 2001). Yo, además, agregaría: *¿por qué realizar una investigación en juzgados de circuito, donde se infiere comúnmente, no existe una línea argumentativa que permita pensar en realizar un análisis como el que se propone en el derecho de los jueces? ¿En dónde la elaboración argumentativa obedece a una escogencia de premisas que permite evidenciar la coherencia con el sistema jurídico colombiano en su apego a la Constitución y la Ley y el sistema jurídico en general? En el texto se da una respuesta aún más interesante:*

El poder judicial es esencial para la democracia ya que el amparo concreto de derechos, por medio de los jueces, garantiza el respeto a la dignidad de los ciudadanos y el goce efectivo, no formal de los derechos. Es evidente que los derechos sólo tiene la virtud de transferir el poder al hombre y a la mujer común, y evitar que se imponga la arbitrariedad mediante mecanismos judiciales de protección que permitan a los ciudadanos exigir la protección del Estado en aquellos casos en los que estos se ven amenazados o violados. Y solo un poder judicial que es independiente y fuerte pueden garantizarle al ciudadano dicha protección (...) Nadie puede sorprenderse de que se hayan identificado interpretaciones restrictivas de los derechos, poca sensibilidad hacia los mismos, debilidad de los

mecanismos de protección e interpretaciones conservadoras de los derechos de las mujeres. Sería tan injusto culpar a los jueces, como individuos o como institución, de este resultado, como desechar que si la democracia sienta raíces profundas y estables en la región ello no pueda cambiar (Cabal, et al., 2001 p. XII, XIII).

El análisis jurisprudencial no debe basarse en una concepción errónea de lo que significa el derecho de los jueces, no debe dirigirse hacia sentencias proferidas por las llamadas "altas cortes", puesto que el derecho se produce en todas las instancias desde la argumentación. La elección de casos permite hacer un diagnóstico sobre la interpretación e indagar por los presupuestos de los fallos identificando las premisas argumentativas. De modo específico, se intenta, a través de este modelo de investigación, identificar las tendencias de interpretación contenidas en los fallos de jueces de familia y penales de circuito para determinar si los jueces están ampliando o limitando la interpretación de los derechos de las mujeres a no ser agredidas en ninguna forma y que hace parte de la normativa nacional e internacional. De este modo es posible intentar promover *cambios en el discurso judicial de tal forma que este incluya el reconocimiento de estos derechos de acuerdo con los estándares establecidos por la comunidad internacional. Tal estudio se circunscribe al campo de la legislación positiva y de la jurisprudencia como componentes de un sistema jurídico con una gran potencial para generar cambios sociales* (Cabal et al. 2001).

En este mismo sentido en el artículo, *el concepto del litigio estratégico en América Latina*, Beatriz Londoño, Lina Muñoz, y Ana Milena Coral hacemos un análisis de la importancia y relevancia que ha tenido el litigio estratégico en la defensa de los derechos de las mujeres en tres escenarios: *los derechos sexuales y reproductivos, la familia y desde la inclusión, la equidad y la no discriminación*. En cuanto a los derechos sexuales y reproductivos, se ha notado un gran avance desde la propuesta para acceder a la justicia de los jueces a través de dis-

tintas Cortes Internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (IACHR) y la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (UNHRC). En el plano nacional ha sido de vital importancia contar con los fallos de la Corte Constitucional. De este modo ha sido posible *el uso del litigio como una estrategia para que la jurisprudencia, las legislaciones nacionales y las políticas públicas se ajusten y muestren los avances que en la comunidad internacional ha obtenido el reconocimiento de los derechos reproductivos* (Coral-Díaz, Londoño-Toro & Muñoz-Ávila, 2010).

Existe, por lo tanto, un diálogo entre la jurisprudencia colombiana y los progresos que se obtienen en el plano internacional atendiendo la aplicación de instrumentos internacionales y buscando un mejor desarrollo para la protección de los derechos de las mujeres.

En cuanto a la inclusión, la equidad y la no discriminación, el trabajo resalta el valioso aporte de la Corte Constitucional colombiana en el manejo que se dio a través del fallo T-025 de 2004 a la problemática derivada del desplazamiento en Colombia. Producto de esta sentencia se logró instar a los encargados de políticas públicas a asistir de manera especial a las mujeres desplazadas víctimas de la violencia en Colombia.

En materia de familia, sin embargo, el análisis observó muy poco desarrollo en cuanto al litigio antes los jueces, por lo que el acceso a la justicia parece estar en deuda con las mujeres en el panorama actual. Patricia Provoste y Patricia Silva (1998) al respecto han señalado *que la justicia es masculina* y, por tanto, se infiere, es más urgente un cambio en los escenarios judiciales. Finalmente, el trabajo concluye que es ineludible realizar un mayor trabajo con los jueces, *pues un verdadero empoderamiento desde los derechos debe trabajar los fallos paradigmáticos a nivel nacional e internacional. Tal proyección permitirá, como ocurre hoy en día en torno a los derechos sexuales y reproductivos, una mayor visibilidad y protección de las mujeres y*

una feminización de la justicia como herramienta para las reivindicaciones de los derechos humanos realmente universales (Coral-Díaz, Londoño-Toro & Muñoz-Ávila, 2010).

Solo así es posible evidenciar desde la protección que pueden otorgar los jueces a las mujeres en el ámbito privado de la familia, cómo se interpretan sus derechos a no ser agredidas, ni vulneradas, en qué medida se aplican los estándares nacionales e internacionales sobre los derechos de las mujeres y qué hechos son relevantes para la imposición de consecuencias jurídicas expresadas en sanciones, medidas cautelares y en general en la protección de las mujeres en la familia.

4. A modo de conclusión

La propuesta de análisis de discurso en este contexto se enfoca en ofrecer un diagnóstico sobre el acceso a la justicia para las mujeres que se encuentran en medio de un conflicto de violencia de pareja. Para esto ha sido de vital importancia la teoría de Robert Alexy sobre análisis del discurso jurídico como caso especial en su *Teoría de la argumentación jurídica* y se propone como importante herramienta para el análisis jurisprudencial.

La propuesta se realiza teniendo en cuenta los elementos de *consistencia* y *coherencia* que debe tener un sistema jurídico y los cuales garantizan que todos los jueces apliquen y delimiten su actuación conforme a un orden garantista de los derechos humanos y a los principios que se desprenden tanto de la Constitución como de los tratados de derechos humanos de las mujeres que han sido ratificados por Colombia.

En este sentido es posible hacer un examen de los argumentos en la interpretación de los derechos de las mujeres con base en dos elementos principalmente 1. Las reglas de derecho y 2. Los enunciados empíricos.

Finalmente, hay que decir que la propuesta infiere que el *derecho de los jueces* se encuentra garantizado por todos los jueces de un Estado, y por tanto es clave y urgente empezar a ver la jurisprudencia de instancias menores como relevantes para el análisis de jurisprudencia en nuestro país, así como empezar a crear nuevas metodologías para su estudio. La construcción de justicia tendrá como punto de partida el avance legislativo que en materia de derechos de las mujeres pueda ser logrado, pero también la adecuación de un discurso judicial consciente y consecuente con dichos avances, de este modo la interpretación de derechos y la elección de premisas para la argumentación judicial serán claves para lograr una justicia incluyente de las necesidades de las mujeres y permitirá a la postre crear confianza en el derecho de todos los jueces.

Referencias bibliográficas

- Alexy R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: centro de estudios constitucionales.
- Programa contra violencia basada en género –VBG– & Universidad del Rosario. (s. f.). *Proyecto seguimiento a las sentencias proferidas por los jueces penales del circuito y por los jueces de familia en las ciudades de Cartagena, Pasto y Cali en el período comprendido entre los años 2005 y 2009*. Documento no publicado.
- Atienza, M. (1991). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Organización de Estados Americanos. (1994). *Convención Belem do Pará*. Brasil.
- Cabal, L.; Lemeitre, J. & Roa, M. (2001). *Cuerpo y Derecho. Legislación y Jurisprudencia en América Latina*. Bogotá: Temis.
- Cantera, L. & Blach, J. (2010). Percepción Social de la Violencia en la Pareja desde los Estereotipos de Género, *Intervención Psicosocial*, 19, (2), p, 120-128.
- Cantera, L. (2007). *Violência no casal. Um enfoque além do gênero*. Porto Alegre: Dom Quixote.
- Cantera, L. (2004). *Violencia en la pareja: espejo del atropello, desconstrucción del amor*. En L. Cantera (Coord.) *La violencia a casa* (pp. 113-140). Sabadell: Fundació Caixa de Sabadell.
- República de Colombia. (2008). *Ley 1257 de 2008*. Colombia.
- Coral-Díaz, A. M.; Londoño-Toro, B.; Muñoz-Avila, L. (2010). El concepto de litigio estratégico en América Latina 1990-2010. *Vniversitas*, (121), p. 49-76.
- Corsi, J. (1994). *Violencia Familiar. Una Mirada Interdisciplinaria Sobre un Grave Problema Social*. Buenos Aires: Paidós.
- Corsi, J. (2003). *Maltrato y abuso en el ámbito doméstico, fundamentos teóricos para el estudio en la relaciones familiares*. Buenos Aires: Paidós.
- Fondo de las Naciones Unidas y España para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio –ODM–. (2010). Programa Integral contra Violencias de Género. *Estudio sobre Tolerancia social e institucional a la violencia basada en género en Colombia*. Bogotá: Naciones Unidas.
- Guillen, C. & Vergara, A. I. (2010). Análisis de las sentencias registradas judicialmente sobre delitos de violencia intrafamiliar e impacto de la aplicación de la ley orgánica 1/2004. *Anuario de psicología jurídica, año 2010, Vol. 20*, pp. 43-57.
- Hirigoyen, M. F. (2006). *Mujeres maltratadas. Los mecanismos de la violencia en la pareja*. Barcelona: Paidós.
- Huggins, M. (1997). El género en el análisis de la violencia: más allá de la violencia sexual. *Revista Avespo, Asociación Venezolana de Psicología Social, (Número Especial)*, p. 4-14.
- López, D. (2000). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Ediciones Uniandes y Legis.
- Mccormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Colombia.
- Provoste, P. & Silva, P. (1998). Acciones de interés público por la no discriminación de género, en

Ciudadanía e interés público, Enfoques desde el derecho, la ciencia política y la sociología. En F. González, F. Viveros, G. Gonzales, P. Paredes, P. Provoste, P. Silva, C. Smulovitz, P. Talamoni & F. Viveros (Eds.), *Ciudadanía e Interés público. Enfoques desde el derecho, la ciencia política y la sociología* (pp. 9-63). Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

Platone, M. (1998). Violencia doméstica. *Revista Avepso, Asociación Venezolana de Psicología Social, Volumen 9*, p. 17-26

Viano, E. (1987). *Violencia, victimización y cambio social. Serie Opúsculos de derecho penal y criminología N. 28. Córdoba*: Marcos Lerner.

Anexo. Ficha análisis de casos paradigmáticos

Modelo para el análisis de Discurso de Casos Paradigmáticos¹³

Justificación del investigador para la consideración como caso paradigmático	
Nombre del investigador:	
Fecha:	
Fallo:	
Identificación Juzgado	
Juzgado:	Delito/Asunto:
Radicado:	Decisión:
Procedencia:	Fecha:
Hechos	
Apelación	
Análisis de Discurso	
I. Reglas de Derecho. Normas en las cuales el juez basa su Decisión	2. Enunciados empíricos: Ciencias empíricas, máximas de la presunción racional, reglas de la carga de la prueba en el proceso. El acerbo probatorio en el proceso como indicios, pruebas de medicina legal, testimonios, etc.
Fundamentaciones del juez	
Comentarios y Conclusiones del Investigador	

¹³ Esta ficha diseñada por la autora constituye una herramienta práctica en el análisis del discurso de la jurisprudencia.