

Perspectiva de género desde el derecho

Doctrina			
Una mirada con perspectiva de género en el derecho ambiental <i>Leila Devia</i>	2	La carga probatoria en situaciones de violencia de género <i>Alejandra M. Malica</i>	10
Aportes del feminismo al derecho ambiental <i>María José Lubertino</i>	3	Derecho tributario y género <i>Silvina E. Coronello</i>	13
Derecho a la salud de las mujeres Algunas reflexiones sobre derechos reproductivos y no reproductivos <i>María Victoria Schiro</i>	4	Transparencia de género en la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información 2.0 y el rol de la justicia tributaria <i>Agustina O'Donnell</i>	14
La deconstrucción legal de la expresión extrema de violencia de género <i>Paola A. Urbina</i>	6	La violencia y discriminación en el ámbito laboral, en especial por razón de género <i>Viviana Mariel Dobarro</i>	15
Desafíos en tiempos de pandemia y post pandemia en el acceso a la salud de las mujeres Acciones en perspectiva de género <i>Gabriela Yuba</i>	8	El ensanchamiento de las fronteras de género y el rol imprescindible de la mujer <i>Liliana H. Litterio</i>	19
		8M Entre las conquistas y los pendientes <i>Julieta Lobato</i>	21
		Género y Seguridad Social <i>Nadia García</i>	21
		Reflexiones sobre el derecho a la seguridad social con perspectiva de género <i>Carolina E. Ibarra</i>	25
		Las sentencias sin perspectiva de género ¿constituyen violencia institucional contra mujeres y disidencias sexuales? <i>Noelia A. Barrios Colman</i>	27
		Techo de Cristal 4.0 <i>Malena Errico</i>	29
		El ejercicio de la función jurisdiccional en clave de género <i>Carolina E. Grafeuille</i>	33
		¿Para cuándo una justicia feminista? <i>Melanie D. Salcedo</i>	35

Una mirada con perspectiva de género en el derecho ambiental



Leila Devia

Abogada, especialista en Régimen Jurídico de los Recursos Naturales (UBA). Doctora en Ciencias Jurídicas de la USAL. Estudios de posdoctorado en la UBA. Profesora titular de Derecho de Recursos Naturales y Protección Ambiental, Facultad de Derecho (UBA). Titular de Régimen Jurídico de los Recursos Naturales de la carrera Franco-Argentina de la USAL. Profesora Visitante de la Universidad de Toulouse y Universidad París I. Directora del Centro Regional de Capacitación y Transferencia de Tecnología dependiente del Convenio de Basilea, con sede en INTI.

La ecología política se ha convertido en uno de los temas actuales para las relaciones ecológicas de poder en Latinoamérica y el Caribe (LAC). Evelyn Arriagada Oyarzún y Antonia Zambra Álvarez, entre otras prestigiosas autoras, presentan trabajos interesantes al respecto. Sin embargo, me gustaría reflexionar sobre otro aspecto de dicha problemática, que es la incorporación de una perspectiva de género en las políticas ambientales, a través del derecho.

“El desarrollo sostenible sin igualdad de género no es desarrollo, ni es sostenible”, subraya Alicia Bárcena (secretaria ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL). Por ello, insta a cambios estructurales en la región, que tengan como base inversiones en el medio ambiente.

La mujer siempre ha estado ligada al medio que la rodea; desde los hallazgos arqueológicos de la era prehistórica se ha demostrado que, en el reparto de tareas entre los sexos, las féminas han tenido como función primordial lo doméstico, el cuidado de la familia, la búsqueda de alimentos y materia prima a través de la recolección, plantación de semillas, utilización eficiente del combustible, gestión adecuada de los residuos, entre otras.

Esta relación de las mujeres con el medio ambiente, y su posición en el lado débil en cuanto a los atentados al medio ambiente, han dado a la luz dos teorías: una denominada ecofeminismo y la otra, feminismo ecológico.

La primera esgrimida por Vandana Shiva, que destaca la conexión biológica histórica y social entre mujer y naturaleza, tratando de recuperar y revitalizar los valores matriarcales. La segunda discrepa en el sentido de que considera que la preocupación ambiental no es explícita en el género, no lo considera una predisposición genética, pero sí que esta salvaguarda se da de forma diferenciada con los hombres en virtud de la relación sexo/género.

Hay que reconocer que ambas teorías coinciden en que los elementos del binomio mujer-medio ambiente han estado marginados y sometidos por el sistema occidental patriarcal y tecnológico, es decir, dominio del hombre sobre la mujer y el crecimiento económico y la tecnología por encima de la visión ecológica.

Es preciso, entonces, transformar la realidad teniendo en cuenta el feminismo y el ecologismo sin la presencia de dominio de un género sobre otro, reconociendo el protagonismo de las mujeres como una cuestión imprescindible en el impacto positivo del medio ambiente.

Algunos principios ambientales se relacionan estrechamente con la perspectiva ambiental y mujer. Estos son:

Principio de desarrollo integral e incluyente: El desarrollo integral abarca el derecho de las personas a desplegar sus capacidades intelectuales, físicas y artísticas, y a lograr un balance en su vida personal, familiar y profesional. Se inscribe en un humanismo ecológico que se centra en el ser humano integral (histórico, social y cultural) creador y protagonista de la historia y en continuo proceso de transformación en relación armónica con la naturaleza. Igualmente fomenta la innovación continua al

servicio del ser humano, la sociedad y su entorno natural (Sylva, 2011).

Principio de vinculación orgánica con la comunidad: Responde al proceso educativo, condición insoslayable de cuyo enfoque se deriva el interaprendizaje enmarcado en la interacción del sujeto con el medio social y natural. Se articula estrechamente con aquel de igualdad y equidad, ya que es en este vínculo con la comunidad que estudiantes, docentes e investigadores desarrollan no solo conocimientos académicos sino también sociales y culturales, que conducen a la valoración de todas las personas sin distinción de naturaleza alguna. La vinculación orgánica abre las puertas a una fértil y sostenida relación de doble vía por la que la educación superior y las comunidades intercambian saberes y se benefician recíprocamente. A más del diálogo intercultural de saberes, se favorece la línea de investigación-acción-participación con proyectos conjuntos de beneficio recíproco, así como la aplicación creadora del conocimiento en emprendimientos múltiples y en contexto (Herdoiza, 2015).

Principio del desarrollo biocéntrico: Se refiere al conjunto de todas las formas y expresiones de la vida enlazadas en un equilibrio relacional. Esta visión comprende que la preservación y el sostenimiento de la vida en sus diferentes formas (la conservación de la biodiversidad) son indispensables para garantizar la producción y la reproducción de la sociedad humana. En definitiva, el ser humano depende de un sistema mayor, el ecosistema, para garantizar su propia existencia. La perspectiva del desarrollo biocéntrico obliga a reconceptualizar lo que entendemos por naturaleza y cuestiona el concepto sobre el cual se han construido las sociedades occidentales: el concepto del dominio, explotación y saqueo de la naturaleza para el aprovechamiento de sus recursos y como sumidero de desechos (Herdoiza, 2015).

Principio de igualdad: Considera que los seres humanos, sean cuales sean sus rasgos comunes o distintivos, deben ser tratados como iguales. La igualdad requiere de la equidad para garantizar su esencia de justicia, entendida la equidad como la condición por la cual los derechos de los sujetos sociales se plasman en relación con sus condiciones de existencia, fruto de un sistema históricamente injusto y discriminatorio.

“Debería incorporarse una perspectiva de género a los procesos de desarrollo sostenible, con el compromiso de cambiar los valores culturales y la división del trabajo en función del sexo, a fin de alcanzar, en el futuro próximo, un estado en el cual hombres y mujeres compartan el poder y el trabajo en la gestión y el control de los ecosistemas frágiles”. Mariam Abramovay y Gail Lerner (Abramovay y Lerner, 1996)

Para ello, es necesario evaluar el papel y las necesidades de la mujer y el hombre, incluida la división del trabajo en función del sexo; comprender los sistemas diferenciados por género en cuanto al acceso a los recursos, el trabajo, los usos, los derechos y la distribución de los beneficios y los productos. Se debe prestar especial atención a las relaciones entre los géneros, analizar las diferencias, desigualdades, desequilibrios de poder y diverso grado de acceso a los recursos entre mujeres y hombres;

saber que el género es un factor que influye en la forma en que reaccionan las personas, tanto a nivel individual como colectivo; y percibir las dimensiones de género de las instituciones en todos los niveles de la sociedad.

Las regulaciones deberán sensibilizar a los encargados de adoptar las decisiones en el ámbito de la diversidad biológica, el agua y las tierras, respecto de las cuestiones de género y hacer que se tome mayor conciencia del papel de la mujer en el uso de la diversidad biológica, la lucha contra la desertificación y la gestión integrada de los recursos.

Las iniciativas o proyectos de futuras regulaciones deberían incorporar un análisis de género e identificar objetivos concretos relacionados con la mujer.

En cuanto al equilibrio e igualdad, se debe garantizar la participación de las mujeres en las secretarías y delegaciones sobre cuestiones ambientales.

Es necesario, que las normativas garanticen los derechos y el acceso independiente de la mujer a los recursos biológicos, a las tierras y el agua.

Cabe destacar que la plena y activa participación de la mujer en las esferas de adopción de decisiones deben hacer hincapié en aumentar dicha participación; y las medidas participativas deben: corregir los desequilibrios de poder dentro de las comunidades; mejorar las relaciones dentro del hogar y dentro de la familia; eliminar los diversos obstáculos a la participación; tener en cuenta las distintas aptitudes para participar; y mejorar la percepción de los beneficios de la participación.

El activismo de las mujeres a nivel internacional, regional y nacional ha contribuido a la adquisición de una amplia gama de conocimientos especializados, incluida su experiencia sobre el terreno, y en cuestiones relacionadas con la diversidad biológica.

La igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres es condición previa necesaria para el desarrollo sustentable. Un ejemplo de ello es, en el medio rural, el vínculo de las mujeres con el recurso agua.

Esto significa que ellas, por lo general, no participan en las decisiones que permitirían optar por el agua potable o por la construcción de lavaderos comunitarios.

La denominada *feminización de la pobreza* resulta ser uno de los factores que concretizan los vínculos entre género, medio ambiente y desarrollo.

Adoptar una perspectiva de género implica: modificar leyes, normas y políticas públicas para que incorporen todas con un enfoque de género; fortalecer la participación de la mujer en la sociedad, la economía, la vida política y todos los ámbitos de toma de decisiones y formulación de políticas; propiciar la capacidad de autogestión de las mujeres, en forma individual y colectiva, en grupos y redes; establecer como objetivo general la erradicación de la desigualdad entre hombres y mujeres, y orientar acciones, proyectos, programas y presupuestos específicos al logro de dicho obje-

tivo; incorporar criterios de equidad en todos los aspectos y actividades de las instituciones (gubernamentales, sociales y privadas), para que estas modifiquen sus propias prácticas; eliminar la discriminación que persiste hacia las mujeres en el acceso a puestos de decisión; garantizar que hombres y mujeres reciban remuneraciones y beneficios idénticos por desempeñar las mismas tareas, y acabar con los procedimientos o criterios injustos de ingreso, ascenso y permanencia en los puestos de trabajo; evitar lenguaje e imágenes que refuercen los roles tradicionales del hombre como productor y proveedor, y de la mujer con funciones reproductoras y en posición de subordinación; generar y utilizar estadísticas e indicadores con enfoque de género y recopilar datos desagregados por sexo en todos los sectores, para hacer visibles y cuantificables las necesidades, condiciones y prioridades específicas de mujeres y hombres; considerar o evaluar las implicaciones para las mujeres y para los hombres de cualquier decisión: planear, instrumentar, monitorear y evaluar todo proyecto o programa teniendo en cuenta los intereses de ambos sexos; elaborar presupuestos sensibles al género (que contemplen diferentes impactos en ambos géneros, lo cual no necesariamente implica erogaciones adicionales o mayores presupuestos para las mujeres, sino una distribución de los recursos con base en criterios de equidad); eliminar conductas discriminatorias y estereotipos sobre hombres y mujeres, en particular los que puedan impedir, dificultar o limitar el acceso a los recursos, a puestos laborales y a posiciones para la toma de decisiones; y promover en todos los ámbitos la conciencia de que integrar los intereses de ambos sexos en las políticas y programas redundará en un desarrollo más equitativo y sustentable.

En la práctica de la gestión ambiental con equidad de género, las herramientas que se deben utilizar son las siguientes: reconocimiento e involucramiento de las mujeres como agentes de desarrollo local; consideración de que las necesidades de las mujeres son diferentes a las de los hombres; potencialización de las habilidades y los recursos de las mujeres (en lo individual y en lo grupal); fortalecimiento de la participación femenina en las instituciones y organizaciones sociales; dar voz a las y los beneficiarios de los diversos programas y proyectos de desarrollo; incorporación del tema *género* en los cursos de capacitación a promotores ambientales y usuarios de los recursos; y difusión de experiencias exitosas de proyectos ambientales y de desarrollo que han incorporado el enfoque de género.

Se debe prestar especial atención a la mujer en el medio rural indígena, donde se produce una profunda desigualdad entre mujeres y hombres en relación con los recursos naturales.

Conclusiones

Dos grandes logros, uno regional y otro nacional, recogen lo expuesto anteriormente, pero no en su totalidad. El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe es el primer tratado sobre asuntos ambientales de la región y el primero en el mundo que incluye disposiciones sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales. Se tra-

ta del único acuerdo jurídicamente vinculante, adoptado en Escazú (Costa Rica) el 04/03/2018 y negociado por los Estados con la participación significativa, de la sociedad civil y del público en general, confirmando el valor de la dimensión regional del multilateralismo para el desarrollo sostenible. Fue abierto a la firma en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, el 27/09/2018. Su entrada en vigor será el 22/04/2021. Uno de sus hitos lo constituye la construcción de una democracia ambiental en la región, estableciendo obligaciones de los países para garantizar los derechos de acceso, así como medidas para fortalecer la protección de defensores de derechos ambientales. Allí encontramos, un acuerdo visionario, pionero en materia de protección ambiental, donde debería existir una referencia más directa hacia las mujeres.

La Ley Yolanda (ley 27.592) lleva el nombre de la tucumana Yolanda Ortiz, Doctora en Química, quien lideró la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano creada por Juan Domingo Perón en los años '70; destacándose también por ser la primera mujer en ejercer un cargo de semejante investidura en América Latina.

En su homenaje, el espíritu de esta ley se basa en brindar herramientas conceptuales y competencias para la construcción de un paradigma de desarrollo ecosistémico para la transformación de los actuales patrones de producción y consumo.

Estos dos instrumentos jurídicos representan un gran avance en la transición hacia un nuevo modelo de desarrollo.

En ambos, se reconocen principios democráticos fundamentales y procuran abordar uno de los desafíos más importantes: el flagelo de la desigualdad.

Sin embargo, resulta paradigmático que tanto el Acuerdo como la ley que lleva el nombre de una mujer precursora en la defensa de los derechos ambientales no se refieran explícitamente al vínculo entre los intereses de las mujeres y del ambiente, integrados al desarrollo.

Bibliografía

ABRAMOVAY, M. y LERNER, G., "Hacia la Incorporación de una perspectiva de Género en las políticas medioambientales", PNUMA, 1996.

MINAVERRY, Clara y MARTÍNEZ, Adriana N., "Las mujeres y los derechos ambientales y de la naturaleza. Aportes de los objetivos de Desarrollo Sostenible en América Latina". *Romper el silencio, retomar la palabra, proponer la acción. Investigaciones en estudios de las mujeres y género en universidades argentinas y mexicanas*. Lagunas, Cecilia; Solís Hernández, Oliva; Bonaccorsi, Nélica (compiladoras) Editorial Universidad Nacional de Luján, Luján, 2017.

MARTÍNEZ, Adriana N. y ROSENFELD, Adriana, "Las cuestiones de género en los instrumentos jurídicos internacionales de protección ambiental", *Revista La Alijaba*, segunda época. *Revista de Estudios de la Mujer*, UNLU, Universidad del Comahue, volumen IX, 2004-2005.

Equidad de género y medio ambiente, Instituto Nacional de las Mujeres (Inmujeres), Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) - Coordinación de la edición: Jacqueline Fortson Mayagoitia, 2003.

ALONSO, M. C. "Género y desarrollo sostenible", en Ortiz, J. C. (2012), *El Derecho y la Eco-*

nomía ante las Mujeres y la Igualdad de Género (ps. 213-214). Valladolid: LEX NOVA S.A., 2012.

ASTELARRA, J., "Veinte años de políticas de igualdad de oportunidades en España", Catedra Universitat de Valencia Instituto de la Mujer, Valencia, 2015.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2016). CEPAL señala la importancia de la igualdad de género en el desarrollo sostenible. Recuperado de <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=35394>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2016). CEPAL subraya la importancia de la igualdad de género en el desarrollo sostenible. Recuperado de <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=35394#.V5t7VDb6vIU>

ESPERANZA, T., "Género y Medio Ambiente", Plaza y Valdés Editores, México, D. F., 2003.

Cita on line: AR/DOC/517/2021

Aportes del feminismo al derecho ambiental



María José Lubertino

Abogada ecofeminista. Doctora en derecho. Especialista en Derecho Ambiental. Profesora Titular de Principios de Derecho Latinoamericano y de Principios de Derechos Humanos y Derecho Constitucional CBC y Profesora de Derechos Humanos y Derecho Civil, Facultad de Derecho (Universidad de Buenos Aires). Fundadora e integrante de la Red de Defensoras del Ambiente y el Buen Vivir.

Hemos dicho y reiterado que durante muchos años ecologismo y feminismo fueron movimientos sociales y políticos que caminaron por separado, pero que en los últimos años han comenzado a encontrarse en sus múltiples luchas contra un sistema global generador y reproductor de injusticias y desigualdades, que hoy más que nunca pone en riesgo nuestras vidas y las de otros seres vivos en el planeta (1).

Los movimientos de mujeres y feministas hemos contribuido decisivamente en la Argentina, en América Latina y en el mundo, a deconstruir el Derecho patriarcal. Es más visible en algunas ramas del Derecho que en otra. Así nuestros aportes en la construcción de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos, inclusivo de las humanas, ha ayudado en muy grande medida a los cambios en Derecho Constitucional, Civil y Penal. También hemos aportado a cambios en materia laboral y en Derecho Administrativo y apoyado a los revolucionarios cambios en materia de derechos de les niñas, LGTTBIQ y de personas con discapacidad. La equiparación de les hijes extramatrimoniales, la patria potestad compartida, el divorcio vincular, las leyes de cupo en el ámbito político y sindical, nuestro rol en la Constituyente Nacional, las leyes de violencia de género, las leyes de salud reproductiva y de educación sexual integral, las leyes de matrimonio igualitario e identidad de género, la asignación universal por hije, el Código Civil y Comercial, las leyes de paridad, la Ley Micaela, la Legalización del aborto tienen nuestra firma indeleble. Aunque aún falten muchas otras leyes o algunas de estas merezcan cambios. Pocos colectivos han tenido tan sosteni-

da y creciente perseverancia en el logro de sus objetivos.

Paralelamente el ecologismo ha ido permeando al Derecho Ambiental convirtiéndolo en un derecho contestatario —en un contexto cada vez más extractivista—, en ariete de sus luchas o al menos en espada defensiva. Aunque las resistencias son muchas en las interpretaciones gubernamentales y jurisprudenciales, el lento avance protectorio se va consolidando, producto del esfuerzo de les abogades defensores ambientales. Sin dudas la Constitución de 1994 es un parteaguas con la inclusión del art. 41. Las leyes ambientales marco, y especialmente la Ley General del Ambiente, y una Corte Suprema de Justicia de la Nación en términos generales comprometida en la temática —a pesar de algunas incomprensibles excepciones— han contribuido en gran medida. También la pronta entrada en vigencia del Acuerdo de Escazú, gestado desde la sociedad civil, será de gran ayuda en nuestras luchas.

Pero los vertiginosos desastres que produce el sistema capitalista en el desguace de nuestros bienes comunes requieren mayor velocidad ciudadana y masiva reacción para exigir ponerle coto a través de leyes y fallos que nos permitan recuperar la armonía con la naturaleza.

Lejos estamos del cumplimiento de los proclamados Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas que debían cumplirse para el año 2030 y que, como vamos, resultan inviables de alcanzar a nivel planetario. Más lejos aún, el cumplimiento de los compromisos en materia de cambio climático o protección de la biodiversidad. En general se

declaman objetivos, pero las prácticas van en sentido contrario.

Las mujeres y les niñas somos en el mundo y en nuestro país les más afectades por los impactos negativos de esos modelos extractivistas y sus consecuencias.

Las mujeres estamos a la vanguardia de todas las acciones para abordar la crisis climática global y el sostenimiento de la biodiversidad, porque somos simultáneamente las más perjudicadas por el cambio climático y la degradación ambiental. Somos a nivel global y local protagonistas y líderes indispensables de soluciones justas y efectivas.

Cuando analizamos las causas, queda claro que las mujeres experimentamos el cambio climático con una severidad desproporcionada precisamente porque nuestros derechos básicos continúan siendo negados en diversas formas e intensidades en todo el mundo. La desigualdad de género impuesta reduce la movilidad física y económica, la voz y las oportunidades de las mujeres en muchos lugares, haciéndolas más vulnerables a las crecientes tensiones ambientales.

Los estudios muestran que los cuerpos de las mujeres son más susceptibles a los efectos peligrosos de la contaminación tóxica, y cada vez hay más pruebas que demuestran las muchas formas en que las mujeres, como reproductoras de vida, se ven afectadas y transmiten problemas graves de salud ambiental a las próximas generaciones.

Las mujeres indígenas, las mujeres negras, las mujeres de comunidades de bajos ingre-

dos y las mujeres del Sur global soportamos una carga aún mayor por los impactos del cambio climático debido a los impactos históricos y continuos del colonialismo, el racismo y la desigualdad; y en muchos casos, porque dependen más de los bienes comunes para su supervivencia y/o viven en áreas que tienen una infraestructura deficiente, sea en el campo o las ciudades. Las sequías, las inundaciones y los patrones climáticos extremos presentan desafíos de vida o muerte para muchas mujeres, que con frecuencia son las responsables de proporcionar alimentos, agua y energía a sus familias. En muchas comunidades, la violencia de género y sexual contra las mujeres y el racismo ambiental se suma a otros impactos nefastos perpetuados por las industrias extractivas que ejercen presión sobre nuestros países.

A nivel mundial, las mujeres somos responsables de la mitad de la producción mundial de alimentos. En la mayoría de los países del Sur global las mujeres producen entre el 40% y el 80% de los alimentos y son las principales administradoras de las semillas y la biodiversidad agrícola (2).

Las mujeres y las niñas son responsables de recolectar agua en casi dos tercios de los hogares en los países en desarrollo y poseen un conocimiento vital de los sistemas de agua locales y las prácticas de administración. La ONU ha reconocido repetidamente que la gestión sostenible y eficaz de los recursos hídricos depende de la participación de las mujeres en todos los niveles de toma de decisiones e implementación. Ahora se reconoce que la exclusión de las mujeres de la planificación de los planes de abastecimiento de agua y de

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Ver entre otros mis trabajos: "Ambiente, Género y Derecho: hacia un Derecho ambiental ecofeminista y un Estado feminista de Derecho", en Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Consejo de la Magistratura. MAFFÍA, Diana y otras (Compil.) Intervenciones feministas para la igual-

dad y la justicia, (Colección Género), Jusbaire, Buenos Aires, 2020. Disponible en: <http://editorial.jusbaire.gov.ar/libros/296>; "La ineludible agenda ecofeminista como política de Estado" en Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), *Informe Anual (IAF) 2020*. Cap. 2, Secc. 2. Disponible en: [\[culos/2-2-la-ineludible-agenda-ecofeminista-como-politica-de-estado/\]\(https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2019/09/PULSO12_DIGITAL_\) y "Del Ambientalismo con perspectiva de género al Ecofeminismo" en Fundación Ambiente y Recursos Naturales \(FARN\), *Revista Pulso Ambiental*, N° 12/ Septiembre 2019, ps. 22 a 25. Disponible en: \[https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2019/09/PULSO12_DIGITAL_\]\(https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2019/09/PULSO12_DIGITAL_\)](https://farn.org.ar/iafonline2020/arti-</p>
</div>
<div data-bbox=)

[FINAL_links.pdf?fbclid=IwAR1mLgXPufl3naiosE4ss01twzUt-Vxl9dDc06AZjC1-JurinMbb3edoQg](https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2019/09/PULSO12_DIGITAL_FINAL_links.pdf?fbclid=IwAR1mLgXPufl3naiosE4ss01twzUt-Vxl9dDc06AZjC1-JurinMbb3edoQg)

(2) Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Mujeres y seguridad alimentaria sostenible. Disponible en inglés en: <http://www.fao.org/3/x0171e/x0171e02.htm>

saneamiento es una de las principales causas de su alto índice de fracasos (3).

Involucrar a más mujeres en el manejo y en la toma de decisiones en torno a los bosques locales está relacionado con mejoras significativamente mayores en sus condiciones y conservación (4).

Así, contra todo pronóstico y frente a grandes desafíos, las mujeres estamos demostrando todos los días que tenemos ideas y habilidades únicas para ofrecer en este punto de inflexión en la historia, ya que la humanidad enfrenta una crisis de supervivencia y debe hacer cambios y tomar decisiones cruciales sobre cómo seguir viviendo en la Tierra, nuestra relación con la naturaleza y entre nosotras.

Los estudios nos muestran que, en todo el mundo, cuando las mujeres somos escuchadas, existen inmensos beneficios para comunidades y sociedades enteras en general. Las economías locales y sostenibles crecen, las poblaciones se estabilizan y la salud y la educación de los niños mejoran, todo lo cual es la base de un camino sostenible hacia el futuro (5). En muchos países, las mujeres lideramos la legislación ambiental y social cuando somos elegidas para cargos públicos (6). Además, se ha demostrado que las mujeres somos uno de los actores más importantes en la construcción de la paz.

(3) ONU Agua. *Género, agua y saneamiento: un resumen de políticas*. 2006. + ONU Agua. *Género y agua*. 2015. Disponible en inglés en: https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/un_water_policy_brief_2_gender.pdf

(4) Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. *Mujeres en el sector forestal: desafíos y oportunidades*, 2014. Disponible en inglés en: <http://www.fao.org/3/i3924e/i3924e.pdf> y Agarwal B. "Does Women's Proportional Strength Affect their Participation? Governing Local Forests in South Asia", en *World Development*, 2010; 38 (1): 98-112. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0305750X09000904>

(5) Cuando se nos permite participar activamente en la planificación y respuesta a desastres, las mujeres mostramos una base de conocimientos única y vital y un conjunto de habilidades para el rescate, apoyo, reconstrucción y manejo de conflictos comunitarios efectivos. Ver: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Género y Reducción de riesgo de desastres*. 2013.

(6) La participación de las mujeres en la toma de decisiones tiene importantes implicaciones para el cambio climático: un estudio reciente de 130 países encontró que los países con mayor representación parlamentaria femenina

Las mujeres agricultoras alimentan al mundo y las mujeres indígenas y las mujeres del Sur global poseen un vasto conocimiento y habilidades adquiridas a través de su papel tradicional como sanadoras, formadoras de cultura y cuidadoras del agua y la tierra (7). Las mujeres de todo el mundo actuamos como una fuerza inmensa de cambio social al guiar los valores familiares, el estilo de vida y los hábitos de consumo (8).

Las mujeres como electorado somos una fuerza estratégica y poderosa que a menudo no se reconoce como tal, que puede apoyar o movilizar a la acción para realizar los cambios sociales, económicos, políticos y ecológicos que tanto necesitamos.

Para un cambio real, también es fundamental que reconozcamos, comprendamos y transformemos los modelos sociales dominantes que se encuentran en la raíz de tal desigualdad de género, así como de la destrucción de la Tierra. Necesitamos apuntar a un cambio sistémico y desafiar viejos paradigmas de patriarcado, supremacía blanca, colonialismo y extractivismo. Las mujeres vemos esas interrelaciones, estamos dispuestas y somos capaces de unirnos más allá de las fronteras para desafiar los sistemas de opresión y construir un futuro saludable y habitable.

son más propensas a ratificar los tratados ambientales internacionales. Ver: NOORGARD - YORK, "Igualdad de género y ambientalismo de Estado: género y sociedad", 2005. Disponible en inglés en: <https://pages.uoregon.edu/norgaard/pdf/Gender-Equality-Norgaard-York-2005.pdf>

(7) El 80% de la biodiversidad global restante se encuentra dentro de las tierras de los pueblos indígenas que los han protegido durante generaciones. Las mujeres indígenas están a la vanguardia de los esfuerzos locales y globales para proteger y defender estos territorios de inmensa diversidad socioecológica, actuando en la primera línea de los movimientos y luchas de base, y dentro de las negociaciones y procesos políticos internacionales sobre el clima. Debido a su estrecha relación con la tierra, las mujeres indígenas poseen conocimientos ecológicos tradicionales únicos e invaluable, así como conocimientos espirituales y filosóficos fundamentales para la curación y el mantenimiento del clima y los ciclos de la Tierra. Ver: World Bank. *The Role of Indigenous Peoples in Biodiversity Conservation*, 2008. Disponible en: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/995271468177530126/the-role-of-indigenous-peoples-in-biodiversity-conservation-the-natural-but-of->

En Argentina, en el campo y en las ciudades, hay cada vez más grupos y asambleas de mujeres defensoras del ambiente y el buen vivir; y somos quienes animamos en gran medida los movimientos por la soberanía alimentaria, el buen vivir, la permacultura, la defensa de los ríos, los humedales, los bosques, los espacios verdes, el agua, los glaciares, las playas y costas, el patrimonio, los derechos de los animales, en contra de los agrotóxicos y otros contaminantes y de la venta de tierras públicas y bregamos simultáneamente por justicia social, ecológica y de género. Hemos tejido redes que unen a mujeres de base en los territorios, indígenas, campesinas, mujeres urbanas, madres y maestras de víctimas de los desastres ambientales, asambleístas ecologistas de los más diversos puntos del país, abogadas defensoras ambientales y de derechos humanos y científicas de las más diversas disciplinas (9).

La marea verde feminista lentamente ha ido comprendiendo que no se puede deconstruir el sistema patriarcal si simultáneamente no se combaten las otras caras de este que, además de las mujeres, explota a otros colectivos diferentes (LGBTTI, afros, indígenas, personas con discapacidad, niños, migrantes, pobres en general); y por eso ha actuado solidaria y sorora asumiendo como propias esas diversidades y luchas: De allí la calidad de nuestros aportes feministas en el campo del derecho contra la

discriminación y el reconocimiento de las diversidades y las diferencias. Paralelamente la evolución hacia el ecofeminismo permite no solo exigir que se visibilicen los impactos diferenciados de género y que se incorpore esta variable en todos los proyectos de desarrollo y en sus estudios de impactos transversalizando la matriz ambiental, sino que ayuda desde un marco teórico de gran solidez a comprender el funcionamiento del sistema y la necesidad de ampliar la participación ciudadana en la toma de decisiones para revertir la cooptación de los sistemas representativos por los intereses creados del modelo extractivista.

Con más ciudadanía informada y consciente de sus derechos, con más feministas comprometidas en la lucha ambiental, mejoraremos las normas vigentes y las instituciones que hoy se resisten a estos cambios como resistían treinta años atrás a nuestros proyectos con perspectiva de género, cuando ser feminista en una Facultad de Derecho era mala palabra. Logramos cambiar ese sentido una vez, ahora estamos en este nuevo desafío por los humanos y su derecho al ambiente sano, por los otros seres no humanos que habitan la tierra, por las generaciones futuras y por recuperar la armonía con la naturaleza.

Cita on line: AR/DOC/476/2021

ten-forgotten-partners; Canada's National Observer. *Indigenous Latin American women craft climate change solutions in Marrakech*, 2016. Disponible en: <https://www.nationalobserver.com/2016/11/17/analysis/indigenous-latin-american-women-craft-climate-change-solutions-marrakech>; Cultural Survival Quarterly Magazine. "Rising Voices: Collaborative Science with Indigenous Knowledge for Climate Solutions", 2017. Disponible en: <https://www.culturalsurvival.org/publications/cultural-survival-quarterly/rising-voices-collaborative-science-indigenous-knowledge>; Native Women's Association of Canada. *Aboriginal Women and Aboriginal Traditional Knowledge*. 2010. Disponible en: <https://www.nwac.ca/wp-content/uploads/2015/05/2014-NWAC-Aboriginal-Women-and-Aboriginal-Traditional-Knowledge-Report1.pdf> y The Guardian. *Indigenous Knowledge Systems Can Help Solve The Problems of Climate Change*. 2017. Disponible en: <https://www.culturalsurvival.org/news/rising-voices-collaborative-science-indigenous-knowledge-climate-solution>

(8) Las mujeres tenemos más predisposición a reciclar, comprar alimentos orgánicos y productos con etiqueta ecológica y dar un mayor valor al transporte energéticamente

eficiente. Organization for Economic Cooperation and Development (OCDE). "Gender and Sustainable Development: Maximizing the Economic, Social and Environmental Role of Women", 2008. Disponible en: <https://www.oecd.org/social/40881538.pdf> En Europa las mujeres expresan más preocupación por el cambio climático que los varones y están más dispuestas a hacer cambios de hábitos para reducir las emisiones. European Commission. "Attitudes of European Citizens Towards the Environment". 2014. Disponible en: https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_416_en.pdf

(9) Ver: En Argentina, la Red de defensoras del ambiente y el Buen Vivir. En Facebook: @RedDABV, en twitter: @RedDABV, en Instagram: @reddabv y en You tube: Red de Defensoras del Ambiente y el Buen Vivir. A novel global: WEDO, Women's Environment & Development Organization en: <https://wedo.org/y> WECAN, Women's Earth & Climate Action Network en: <https://www.wecaninternational.org/why-women>.

Derecho a la salud de las mujeres

Algunas reflexiones sobre derechos reproductivos y no reproductivos



María Victoria Schiro

Profesora Asociada de Derecho de las Familias, Derecho Sucesorio, y Bioderecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Magíster en Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Doctora en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

SUMARIO: I. Unas palabras como inicio.— II. Bioética y derecho. El encuentro clínico en perspectiva de género en la norma y en la realidad.— III. La interrupción voluntaria del embarazo.— IV. A modo de cierre.

I. Unas palabras como inicio

"...la invisibilidad no es sinónimo de irrelevancia en materia de opresión" (1). Esta frase de Sherwin se presenta como centralmente significativa cuando cruzamos las variables del género y la salud en términos de derechos. Las estructuras de dominación crecen y se consolidan al amparo de prácticas, conductas, disciplinas, normas que las ocultan deli-

berada y sistemáticamente en su trama. Si invisibilizar es entonces una forma de opresión, sacar a la luz, descerrar el velo, es un compromiso con la igualdad.

Los límites a los que se enfrentó el pleno disfrute y garantía del derecho a la salud de las mujeres a lo largo de la historia han sido múltiples. Límites económicos, jurídicos, institucionales, por nombrar algunos, obstaculi-

zaron el camino hacia la plena igualdad y alejaron al Estado de su rol de garante. Es más, lo erigieron como el principal factor coadyuvante en la profundización de las condiciones de destitución de las mujeres, tornando aún más hostiles los entornos propiciatorios de la vulnerabilidad. Y si hablamos de derechos reproductivos y no reproductivos, el panorama de exclusión se refuerza y se agrava. Los estereotipos de género y los roles que estos atribuyen y solidifican, la imposición de normas jurídicas encubriendo reglas morales, entre otros factores, sellaron la inexorable expulsión de las mujeres de los ámbitos de pleno disfrute de la ciudadanía.

Por ello, las reflexiones que se ensayarán en lo que sigue tienen como objetivo dar cuenta de los avances en términos de reconocimiento de derechos de las mujeres en materia de derechos reproductivos y no reproductivos, y a la vez, insistir sobre la necesidad de abordaje integral y multidisciplinar, pues las concreciones normativas, si bien imprescindibles, deben acompañarse de un entramado disciplinar que teóricamente lo sostenga y de un andamiaje institucional que en la práctica lo haga posible. Lo que se diga, anticipamos, será un fraccionamiento frente a la vastedad del tema, y a las múltiples y enriquecedoras aristas de análisis; el mismo se intentará des-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) SHERWIN, Susan, "Feminismo y Bioética", *Debate feminista*, Vol. 49, 2014, p. 48. <https://debatefeminista.cieg.>

unam.mx/df_ojs/index.php/debate_feminista/article/view/1118/995 Trad. Ariadna Molinar Tato. Fecha de consulta: 02/03/2021.

de una perspectiva jurídica y bioética, como bases epistemológicas de abordaje, ambas en estrecha y necesaria interacción, y propondrá algunos tópicos que no solo hoy, sino cada uno de los días, deben estar en la agenda de los Estados.

II. Bioética y derecho. El encuentro clínico en perspectiva de género en la norma y en la realidad

El Derecho, como disciplina y en cuanto a su objeto, coadyuvó al sostenimiento de las estructuras patriarcales y por tanto a su consolidación. Análisis emblemáticos como el de Olsen (2), demuestran acabadamente el rol central que el mismo jugó; por ello, la necesidad que opere como aliado en la lucha por alcanzar la igualdad resulta fundamental.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos abrió el camino para poner en acto a la pretendida universalidad y formular protecciones específicas para determinados grupos, como es el caso de las mujeres, que en el plano de la realidad se han visto discriminadas en el disfrute de sus derechos. En el caso particular de los derechos reproductivos y no reproductivos, más allá del punto de inflexión que constituyó la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que en su art. 16 inc. e) consagró “Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”, tanto la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, realizada en 1994 en El Cairo, como la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, llevada a cabo en 1995 en Beijing, constituyeron criterios generales orientadores en el camino posterior de consolidación de estándares y su repercusión puertas adentro de los Estados. En este sentido la labor de los Comités de Tratado ha sido fundamental (3) pues a la vez la experiencia recogida en los diferentes Estados brinda un diagnóstico de situación y traza las líneas a seguir.

En el caso particular de Argentina, podemos efectuar un repaso de algunas de las normas que brindaron un marco tuitivo a los derechos en análisis, que en ciertos casos implican también comenzar a avizorar cómo puede plasmarse el encuentro clínico con enfoque de derechos; en definitiva, como el derecho a la salud de las mujeres cobra visibilidad y encuentra protección en la norma, y cómo ello debe necesariamente reflejarse en el plano de lo fáctico.

Si hablamos del aspecto reproductivo en relación con el embarazo, parto y puerperio (4), podemos señalar dos hitos normativos centrales en el camino de la visibilización de la persona gestante en el marco del encuentro clínico (5); la ley 25.929 de Parto Humanizado y su decreto reglamentario 2035/2015; y las previsiones en materia de violencia obstétrica de la ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las

mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, 26.485, que la define en el art. 6 inc. e) como “aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la ley 25.929” (6).

Constituye una realidad que varios de los eventos relacionados con la reproducción actualmente se encuentran vinculados o se desarrollan en ámbitos sanitarios. La presencia de casos de patologización de los procesos naturales, y el desplazamiento de la autonomía de la mujer, en una abdicación forzada de su lugar central en la toma de decisiones en el proceso de embarazo, parto y posparto, reclamaron de respuestas jurídicas. La ley de parto respetado, a partir de reafirmar el derecho de la persona gestante a la información, a la intimidad, a la dignidad como aspectos centrales, traza el camino hacia una manera diversa de concebir la autonomía; lo que desde una perspectiva feminista se ha denominado “autonomía relacional” (7). En oposición a los criterios tradicionales de la Bioética liberal, acudir y aplicar un criterio de autonomía situado, implica atender a los factores que en la realidad influyen sobre la toma de decisiones, los contextos adversos para un despliegue de las posibilidades de decidir, las desigualdades de poder que pueden replicarse en el marco del encuentro clínico (la visibilidad de la violencia obstétrica en este aspecto es fundamental). En suma, esta postura parte de un análisis que se aleja de un “sujeto hegemónico autónomo”, para comenzar a pensar la autonomía desde las personas reales, consideradas en un contexto particular, que pueden estar atravesadas por diversas situaciones de opresión, de destitución, y en donde la ausencia de un enfoque interseccional, produce un ocultamiento de tales condiciones y trunca las posibilidades para la real toma de decisiones (8). Ello en el caso de las mujeres resulta fundamental, pues identificar los sesgos de género y su influencia en el proceso asistencial, es de importancia a efectos de desmantelarlos y procurar una atención basada en la igualdad.

Ahora bien, la planificación de la vida reproductiva incluye el ejercicio de derechos no reproductivos (9), los cuales se centran en, por un lado, poseer la información y educación necesarias para llevarla adelante, por lo que se comprende el concepto de elección del método anticonceptivo como derecho (incluida asimismo la anticoncepción hormonal de emergencia) y el acceso a los beneficios del progreso científico, y el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención posaborto. Tal como establece la Observación General Nro. 22 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) “15. Los establecimientos, los bienes, la información y los servicios de salud relativos a la aten-

ción de la salud sexual y reproductiva deben ser accesibles a todas las personas y grupos sin discriminación ni obstáculos. Tal como se explica detalladamente en la observación general núm. 14 del Comité, la accesibilidad incluye la accesibilidad física, la asequibilidad y la accesibilidad de la información”. La ley 25.673 que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable en el ámbito del Ministerio de Salud; la ley 26.150 que crea el Programa Nacional de Educación Sexual Integral; así como la ley 26.130, que establece el régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica, constituyeron avances normativos en tal dirección (10). Como corolario, la ley 27.610 de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, cerró un ciclo de deudas estatales en materia de reconocimiento y garantía de derechos, a la vez que abrió un camino lleno de desafíos para lograr dar cima a una integral protección del derecho a la salud de las mujeres, y una adecuada implementación de las mandas que la norma trajo consigo.

III. La interrupción voluntaria del embarazo

Un hito que quedará definitivamente sellado en la historia de la conquista de derechos de las mujeres y personas con capacidad de gestar, es la sanción de la ley 27.610 de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.

Los años de luchas, la valentía de quienes le pusieron voz a quienes no podían alzarla (por invisibilizadas, porque la clandestinidad se llevó su vida y pasaron a engrosar los números, también invisibilizados, de mujeres que perdieron la vida en abortos clandestinos) vieron en la ley una concreción y un avance. Se requería del compromiso del Estado para con la salud pública, para con la vida de las mujeres y el respeto a sus decisiones reproductivas, en un marco donde la primera respuesta estatal era la norma penal, donde se colocaban a las decisiones reproductivas de las personas con capacidad de gestar bajo amenaza de la más dura respuesta jurídica por su ejercicio desde los primeros tiempos del embarazo. Donde la autonomía se proclamaba, pero solo era patrimonio exclusivo de quienes podían decidir, reforzando el ideal hegemónico de ciudadanía antes mencionado, y expulsando a un limbo de destitución, de riesgo en todos los sentidos, de vulnerabilidad y hostilidad. En el camino hacia la actual respuesta normativa, el emblemático decisorio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso F, A. L. (11), brindó las herramientas para una interpretación más expansiva de derechos, y desjudicializó las decisiones reproductivas que la norma permitía tomar. La desjudicialización en estos aspectos es absolutamente decisiva y simbólica. Históricamente fueron terceros los que decidieron sobre los cuerpos y destinos de las mujeres. Padre, cónyuge y Estado se arrogaron la decisión, apropiándose de la voz y el plan de vida de las mujeres. Entonces ¿Como no considerar estas variables al teorizar y al aplicar el principio de autonomía? ¿Cómo desentenderse de un entorno opresivo, que calla y oculta? La condición de mujer,

a la que pueden sumarse otros factores que agravan la destitución, implica que cuantos más elementos interseccionen, más se aleja la posibilidad de tener las herramientas para decidir y llegar a hacerlo. Por eso colocar a la autonomía como motor es importante, por eso erigir como una conducta autorreferente la posibilidad de escoger en materia reproductiva es central. Pero como vimos no cualquier autonomía. Sino aquella que rasga la trama y ve más allá, la que contempla los escenarios en que está inmersa quien decide, la autonomía que no se analiza unidisciplinariamente, sino que se vale de la confluencia de saberes para edificar su concepto, la autonomía que se construye también en vulnerabilidad, la autonomía que dialoga con otros principios involucrados pues la comprensión fragmentada de los fenómenos no es posible so pena de mutilar su entendimiento cabal. Por ello resulta fundamental, ahora que existe norma, que la misma se convierta en acto, que sea realidad para todas y cada una de las personas con capacidad de gestar que lo requieran.

Como cierre de las reflexiones de este apartado, traemos este texto imprescindible de María Casado que resume el logro, la lucha y el desafío “El aborto ha tenido una larga historia de prohibición y de práctica. Su represión no ha conseguido evitarlo sino, únicamente convertirlo en algo más inseguro para la salud de las mujeres y más discriminatorio. Discriminación que se produce no solo entre mujeres y hombres (paga una por lo que hicieron dos y, en ocasiones, contra su voluntad) sino entre las propias mujeres (en función de sus posibilidades económicas y sociales para acceder a un aborto seguro). Se trata de un problema de política jurídica y social, no ya de una cuestión de conciencia. Y también de una cuestión de salud pública...” (12).

IV. A modo de cierre

Los sesgos de género en la atención de la salud de las mujeres comportan un tema que requiere de profundización, que desafía a todas las disciplinas que abrevan en su abordaje, y clama por anclar en la práctica para que el derecho consagrado se convierta en derecho realizado. Nuestra pretensión reflexiva fue apenas un recorte jurídico y bioético en materia de derechos reproductivos y no reproductivos, destacando el recorrido y el paso decisivo que comportó la ley 27.610. Pero el análisis no solo incluye los temas abordados, sino que los excede. Las disciplinas vinculadas, incluidos el derecho y la bioética, interpretados y aplicados con perspectiva de género, deben asumir el compromiso y la tarea constante de descender velos, de rasgar la superficie para acudir con respuestas allí donde las estructuras de dominación se consolidaron, de interpelar conceptos tan arraigados como opresivos, en una perpetua tarea de cuestionar la exclusión y procurar y exigir la igualdad. Como afirma López de la Vieja “...Desde el primer momento, la bioética feminista ha sido una voz crítica, por alertar sobre las condiciones sociales y políticas que pueden reducir el alcance del marco normativo, desde la autonomía hasta la justicia. Es más, la

(2) OLSEN, Frances, “El sexo del Derecho”, en COURTIS, Christian (Compilador), Desde otra mirada, textos de Teoría Crítica del Derecho, Eudeba, Buenos Aires, 2009, 2ª ed., os. 481-500. Publicado en Kairys, David (ed.), *The Politics of Law*, New York, Pantheon, 1990, trad. de Mariela Santoro y Christian Courtis, ps. 452-467.

(3) Puede verse el análisis en: ARANGO OLAYA, Mónica, “Derechos sexuales y reproductivos”, en AA.VV. Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica, Nicole Lacrampete P. (Editora), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2013, ps. 211-249.

(4) Puede verse la definición que brindara Brown en materia de derechos (no) reproductivos y derechos sexuales, puesto que los elementos que la componen describen y deslindan adecuadamente los derechos involucrados. BROWN, Josefina Leonor, “Los derechos (no) reproductivos en Argentina: encrucijadas teóricas y políticas”, Cad. Pagu, Campinas, n. 30, p. 269-300, jun. 2008. Disponible en HYPERLINK “http://www.scielo.br/scielo.php?script=s-

ci_arttext&pid=S0104-83332008000100015&lng=es&nrm=iso” http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332008000100015&lng=es&nrm=iso. Accedido el 03/03/2021. http://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332008000100015

(5) No nos explayaremos aquí sobre las técnicas de reproducción humana asistida, pero vale señalar que constituyen un ejemplo de encuentro clínico complejo, históricamente atravesado por límites económicos y jurídicos que ciertas leyes coadyuvaron a remover; como la Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, cuyas disposiciones se encaminaron a superar los límites económicos para alcanzar el derecho a la vida familiar. Y, por otro lado, el Código Civil y Comercial, que, al regular a dichas técnicas como fuente de la filiación, contribuyó a la superación de los límites jurídicos que impedían visibilizar en los vínculos jurídicos los vínculos reales basados en la voluntad procreacional.

(6) Debemos a la vez señalar como referencia general la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

(7) “...que implica tener en cuenta el efecto de los factores externos sobre el individuo. En efecto, la versión tradicional del principio de autonomía no tiene en cuenta el carácter de dependencia y vulnerabilidad del ser humano. Según estos autores, la autonomía relacional subraya las condiciones de posibilidad de la autonomía; las preocupaciones centrales de la perspectiva relacional solo pueden comprenderse atendiendo al contexto de interacción que le es propio”, SOMMER, Susana, “El desafío del envejecimiento” en ¿Por qué una Bioética Global? Vigésimo aniversario del Programa de Bioética de la UNESCO, Germán Solinís (director de publicación), UNESCO, 2015, p. 124. La autora trae a colación la emblemática obra en la materia de Mackenzie, C. y Stoljar, N. (dirs.). *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, Oxford University Press, 2000.

(8) Más allá de que la autonomía es central, López de la Vieja afirma que no será ni el primero ni el único principio a considerar “ya que la justicia o la responsabilidad podrían ser claves para solucionar dilemas prácticos”. LÓPEZ DE LA VIEJA, María Teresa, “Bioética feminista”, *Dilemata*, año 6 (2014), nº 15, p. 147 https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/297/317 Fecha de consulta: 02-03-2021.

(9) Puede verse el concepto referenciado en BROWN, Josefina Leonor, ob. cit.

(10) Estas leyes y otras señaladas en el presente, no agotan el plexo normativo que hace referencia a derechos vinculados a derechos sexuales, derechos reproductivos y no reproductivos. Ej: Ley 26.618, 26.743, 23.798, 23.592, 26.061, entre otras.

(11) CS, F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, 13/03/2012, AR/JUR/1682/2012.

(12) CASADO, María, “A propósito del aborto”, *Revista de Bioética y Derecho*, Número 12, 2008, p. 17, https://doi.org/10.1344/rbd2008.12.7822

bioética con enfoque de género ha insistido en que el sistema de dominio patriarcal resta fuer-

(13) LÓPEZ DE LA VIEJA, María Teresa, ob. cit., p. 150.

za a los principios universales, aumentando así la distancia entre los logros formales — reconocimiento de la autonomía y de la igualdad— y las oportunidades reales para las mujeres. El

sistema de discriminación y dominio acaba erosionando las libertades, afectando incluso a algunos derechos fundamentales, como es el derecho a la salud” (13).

Cita online: AR/DOC/556/2021

La deconstrucción legal de la expresión extrema de violencia de género



Paola A. Urbina

Abogada (USAL). Doctora en Derecho (UCES). Coordinadora de Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (UCES). Miembro de la Comisión de Doctorado y del Consejo Asesor Académico de la Maestría en Derecho Empresario. Miembro del Consejo de Investigación y Posgrado del Instituto de Investigación en Formación Judicial y Derechos Humanos y del Centro de Estudios en Contratos Civiles, Comerciales y Derecho del Consumidor y la Empresa (UCES). Miembro del Instituto de Derecho a la Salud de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC) y del Seminario permanente sobre derecho y salud de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora Titular, Coordinadora de Tesis de posgrado e Investigadora (UCES). Asesora del Senado de la Nación e integrante de la Red Internacional de Expertos en Parlamentos.

En nuestro país, a las mujeres se les vedó durante años el acceso a las condiciones de seguridad sanitaria para interrumpir embarazos no planificados y no aceptados.

Sin dudas, ello partió de la premisa de que son objeto —y no sujeto— para un fin por excelencia: la maternidad.

Quienes osaron transgredir dicho mandato ideológico patriarcal —apelando a la vía clandestina— pusieron en riesgo su salud y lo pagaron —en muchos casos— con sus propias vidas o libertad.

Así lo demuestran las 81 muertes registradas en el país desde 2016 —9 de las cuales son de adolescentes entre 15 y 19 años y casi la mitad corresponde a mujeres entre 20 a 29 años (1)— y las 1.532 causas penales que tienen a las propias mujeres abortantes como imputadas, todas ellas menores de 30 años y de escasos recursos, lo que denota, además, grandes desigualdades (2). Ello sin contar los efectos en las vidas de los/as hijos/as y familiares de quienes fueron condenadas al encierro o no lograron sobrevivir como consecuencia de un aborto realizado en condiciones inseguras.

Los abortos son inseguros cuando los practican personas carentes de las competencias necesarias, así como de los entornos y métodos recomendados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) acordes con el tiempo de embarazo (3).

Pero a partir de este año el mentado mandato ideológico patriarcal ya no causará —en los términos del art. 1º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de *Belém do Pará*)— daño, muerte y sufrimiento físico, sexual o psicológico a quienes adoptan decisiones en materia de derechos

reproductivos (4)—en particular, relativas a la reproducción— parte integral de los derechos humanos y cuyo ejercicio es esencial para su goce. Es decir, ya no operará como una de las formas más extremas que —a nuestro entender— puede asumir la violencia de género.

En esa línea, la ley 27.610 —sancionada el 30/12/2020, promulgada el 14/01/2021 y publicada en el Boletín Oficial el 15 de enero del mismo año— incluye entre las causales u opciones legales para abortar vigentes en nuestro país desde 1921 la voluntad de las mujeres, sin distinción de nacionalidad ni estatus de residencia/ciudadanía y —de manera histórica en la región— de las personas con otras identidades de género con capacidad de gestar que pueden tanto embarazarse y parir —como Franco Di Pietro (5)— como querer interrumpir ese proceso —como Tomás Máscolo (6)—.

Así, pues, las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar —en adelante personas gestantes— podrán requerir la interrupción voluntaria del embarazo hasta las catorce semanas de gestación, inclusive. Consecuentemente fuera de ese plazo solo podrá realizarse en los casos que establece el Código Penal de la Nación desde 1921, esto es, si el embarazo es producto de una violación o si está en peligro la vida o la salud de la persona gestante.

Las causales establecidas en el Código Penal de la Nación desde 1921 han encuadrado dentro de lo que se conoce como Interrupción Legal de Embarazo (ILE) cuyos estándares se establecen en el Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo del Ministerio de Salud de la Nación (res. 1/2019).

Al respecto la Corte Suprema en el caso “F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva” aclaró —en

forma unánime— que la prestación médica de ILE es “...legal en tanto despenalizad[a]” (considerando 25) (7) e interpretó que la Constitución Nacional y los tratados internacionales de Derechos Humanos firmados por nuestro país e incorporados en la Constitución Nacional no son un obstáculo para la despenalización del aborto (considerandos 10, 11, 12, 13 y 14). Adujo también que no existe contradicción entre reconocer el derecho al aborto y establecer medidas para la protección de la mujer (sic) embarazada, tal como se establece en el art. 75, inc. 23, de la CN. Criterio que adoptó el Congreso de la Nación al sancionar —conjuntamente a la ley 27.610— la ley 27.611 de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia.

En consonancia con la ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (8) y la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (9) (art. 6º, inc. d) (10) el establecimiento de salud debe poner a disposición de la persona gestante que requiera la interrupción de su embarazo —la que deberá realizarse dentro del término de diez días corridos a partir de su solicitud— información sobre los distintos métodos anticonceptivos disponibles.

Dicha información debe ser adecuada y actualizada. Además de estas características se establece también que debe ser científica y accesible a las necesidades de cada persona.

En este sentido, consideramos de suma importancia resaltar estas dos últimas características. Ello así, dado que al contemplar el carácter científico excluye consideraciones morales o creencias religiosas de los/as pro-

fesionales de la salud y al aludir a la accesibilidad incluye la perspectiva de discapacidad.

Resulta necesario detenerse en esta última característica, puesto que la ley 26.150 por la que se crea el Programa Nacional de Educación Sexual Integral (ESI) (11) que reconoce a los/as niños, niñas y adolescentes el derecho a recibir educación sexual integral en todos los niveles de educación, modalidades y escuelas del país —sean estas de gestión pública o privada— no contempla a las personas con discapacidad.

Ello explica la observación formulada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (12) en torno a la ausencia en nuestra legislación de una estrategia de transversalización del enfoque de la discapacidad en lo que respecta a los derechos sexuales y reproductivos.

Creemos que indudablemente los estereotipos sobre la sexualidad de las personas con discapacidad son los responsables de tal omisión, así como también de las consecuencias negativas que acarrea para sus vidas, ya que vulneran sus derechos sexuales y reproductivos.

Asimismo, la norma contribuye a que las personas gestantes decidan libremente en materia de derechos reproductivos. Tal aspecto se manifiesta cuando pone en cabeza del Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios la responsabilidad de implementar la ESI para toda la población, por lo que se legisla sobre este punto de una forma que no es heteronormativa.

En ese sentido vale recordar que los Lineamientos Curriculares para la Educación Sexual Integral disponen que “...la escuela ofrecerá situaciones de enseñanza que promue-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Ministerio de Salud de la Nación. Dirección de Estadísticas e Información de Salud. Anuarios de Estadísticas Vitales—Información básica; LATFEM (2020). Historias de niñas y mujeres que murieron por abortos inseguros. Recuperada de <https://latfem.org/sin-ley/>

(2) CELS (28/12/2020). Informe. La criminalización por aborto y otros eventos obstétricos en la Argentina. Recuperado de <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/la-criminalizacion-por-aborto-y-otros-eventos-obstetricos-en-la-argentina/>

(3) OMS (25/09/2020). Recuperada de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/preventing-unsafe-abortion>

(4) Los derechos reproductivos “...se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más ele-

vado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos”. Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas (1994). Programa de Acción, Capítulo VII, Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva.

(5) Perfil (4/02/2021). Franco, un varón trans, dio a luz a su primer hijo. Recuperado de <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/franco-un-varon-trans-dio-a-luz-a-su-primero-hijo.phtml>; Página/12 (4/02/2021). “Es una emoción que no tiene palabras”. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/321786-es-una-emocion-que-no-tiene-palabras>; Télam (4/02/2021). Nació Facundo, el bebé gestado por un varón trans. Recuperado de <https://www.telam.com.ar/notas/202102/543596-nacio-facundo-el-bebe-gestado-por-un-varon-trans.html>

(6) RRADI, Blas, - MANSILLA, María (13/03/2018). Cuerpos gestantes. Aborto legal para tipos trans. Recuperado

de <http://revistaanfibia.com/cronica/aborto-legal-para-tipos-trans/>

(7) CS, 13/03/2012, “F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva”, considerando 25. AR/JUR/1682/2012

(8) Sancionada el 30/10/2002, cuyos objetivos consisten en alcanzar el máximo nivel de salud sexual y procreación responsable, con el fin de que la sociedad adopte decisiones libres de discriminación, coacción y/o violencia; disminuir la morbimortalidad materno-infantil; prevenir embarazos no deseados; promover la salud sexual de los/as adolescentes; contribuir a la prevención y detección precoz de enfermedades de transmisión sexual; garantizar el acceso a la información, orientación, métodos anticonceptivos y prestaciones de salud; y potenciar las decisiones femeninas relativas a su salud sexual y procreación (art. 2º).

(9) Sancionada el 11/03/2009.

(10) El art. 6º, inc. d, dispone que la violencia contra la libertad reproductiva es aquella que “...vulner[a] el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de

embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”. A su vez, el art. 6º, inc. d, de su dec. regl. 1.011/10 estipula que: “Específicamente incurrir en violencia contra la libertad reproductiva los/as profesionales de la salud que no brindan el asesoramiento necesario o la provisión de todos los medios anticonceptivos, como así también los/as que se niegan a realizar prácticas lícitas atinentes a la salud reproductiva”.

(11) Sancionada el 4/10/2006.

(12) Naciones Unidas. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (17/09/2012 a 28/09/2012). Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones CRPD/C/ARG/CO/1. Recuperada de <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG-1d%2FPpRiCAqhKb7yhsPZQ2sppBOANJSxHHwrsEJaYmnlvM3JA08AJH2x7hoUTgh3174tt8%2FqvOaL8uHB4IloIqs87ffYYE4AhvtQvB%2B2u%2BONKQuePZfM%2BRn-NkrXO>

van en los alumnos y alumnas: “[l]a valoración de las personas independientemente de su apariencia, identidad y orientación sexual” (Consejo Federal de Educación, Res. 43/08, punto 4.1).

Es que si bien muchos de los casos que culminan en aborto son producto de la carencia de información en materia de anticoncepción y prevención de embarazos no deseados no podemos ignorar que la campaña contra la ESI “Con mis hijos no te metas” (13) —en flagrante vulneración de la Convención sobre los Derechos del Niño (14), el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 646, incs. b, c y d) (15), la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (art. 3º, inc. a) (16) y la ley 26.743 de identidad de género (art. 5º) (17)— no ha hecho más que propiciarla.

Por otro lado, se autoriza al personal de salud a ejercer objeción de conciencia, salvo cuando la vida o la salud de la persona gestante estén en peligro y requiera atención inmediata e impostergable o demande atención sanitaria postaborto. De otro modo se estaría vulnerando la Constitución Nacional (arts. 19 y 75, inc. 22) (18) y la ley 17.132 por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración recíproca (art. 19, 2) (19).

De ahí que el establecimiento de salud tiene el deber —no la facultad— de disponer de la derivación de la persona gestante a otra institución de similares características, sin dilaciones y asumiendo los costos de la intervención,

en los casos en que todos/as los/as profesionales sean objetores/as de conciencia.

Por otra parte, previo a la realización del aborto, la persona gestante deberá expresar por escrito y por sí sola su consentimiento informado. Para el caso de menores de edad la norma recepta el principio de autonomía progresiva consagrado en la CN (art. 75, inc. 22) (20), el Cód. Civ. y Com. (art. 26) (21), la ley 26.061 (art. 3º, inc. d) (22) y el dec. 1089/2012 (23) reglamentario de la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (24).

De modo congruente a lo establecido en dichas normas y en el anexo I del dec. 415/2006 por el que se aprueba la reglamentación de la ley 26.061 (art. 7º) (25) y la res. 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación por la que se aprueba como marco interpretativo del Cód. Civ. y Com. el documento de acuerdos elaborado en la “Mesa de Trabajo: Nuevo Código Civil y Comercial, lectura desde los Derechos Sexuales y los Derechos y Reproductivos” (26), los/as menores mayores de dieciséis años de edad tienen plena capacidad para prestar su consentimiento a fin de interrumpir el embarazo. Ello así, porque se los/as considera con plena capacidad para decidir sobre su propio cuerpo.

Los/as adolescentes de entre 13 y 16 años de edad deben tener un/a acompañante o referente afectivo. Se presume entonces que los/as adolescentes entre 13 y 16 años cuentan con aptitud y madurez suficiente

para solicitar la interrupción del embarazo y prestar el consentimiento, dado que pueden decidir respecto de aquellos tratamientos no invasivos y que no comprometan su estado de salud como, por ejemplo, sobre los métodos de interrupción voluntaria del embarazo medicamentosos (art. 26, Cód. Civ. y Com.).

En cambio, los/as menores de 13 años deben contar con el consentimiento informado y la asistencia de —al menos— uno/a de sus progenitores/as o representante legal. En ausencia de ellos/as se requerirá del acompañamiento de un/a adulto/a de referencia.

Además, en sintonía con la perspectiva de discapacidad a la que hemos aludido en párrafos anteriores las personas gestantes con discapacidad que lo requieran podrán contar con los apoyos previstos en el Cód. Civ. y Com. (art. 43) (27) para brindar el consentimiento y acceder a toda la información necesaria sobre la práctica. No obstante, si la sentencia judicial de restricción a la capacidad le impide prestar el consentimiento o ha sido declarada incapaz judicialmente, deberá prestarlo con la asistencia de su representante legal o, a falta o ausencia de este o esta, la de una persona allegada.

Por lo demás, la norma establece que el personal de salud debe garantizar —además de acompañamiento y atención durante todo el proceso— los derechos consagrados en las leyes 26.485 (art. 3º, incs. b, c, d, f, g y h) (28) y 26.529 (art. 2º, incs. b, c, d, e y f) (29), así como en el Protocolo para la

atención integral de las personas con derecho a la ILE, es decir, trato digno, privacidad, confidencialidad, autonomía de la voluntad, acceso a la información y calidad según estándares de la OMS.

Con todo, se garantiza la cobertura integral y gratuita de la interrupción voluntaria del embarazo por el sector público de la salud, las obras sociales, las empresas de medicina prepagada y todos aquellos agentes y organizaciones que brindan servicios médico-asistenciales a las personas afiliadas o beneficiarias, independientemente de la figura jurídica que posean y en todas las formas que la OMS recomienda, incluyendo todas las prestaciones en el Programa Médico Obligatorio. De ahí que pone en un plano de igualdad a las prestaciones que se reciban, independientemente de quien las presta.

Finalmente, para garantizar la interrupción voluntaria del embarazo se sanciona con prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena al funcionario público, funcionaria pública o autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilate injustificadamente, obstaculice o niegue su práctica en los casos legalmente autorizados.

En definitiva, la ley 27.610 con carácter de orden público —dado que regula materias de derechos humanos— viene a deconstruir la subordinación en virtud de la cual las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar fueron sus-

(13) Dicha campaña quedó registrada a través de distintos medios de comunicación masiva. A modo de ejemplo: Merca2.0 (29/09/2018). “Con mis hijos no te metas”: polémica campaña contra la Ley de Educación Sexual. Recuperado de <https://www.merca20.com/conmishijos-notemetas-polemica-campana-contrala-ley-de-educacion-sexual/>; Perfil (28/10/2018). “Con mis hijos no te metas”: así se manifestaron contra la ley de Educación Sexual Integral. Recuperado de <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/manifiestacion-celeste-contrala-ley-de-educacion-sexual-integral.phtml>; Página 12 (29/10/2018). Una marcha para dejar a los hijos afuera. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/151730-una-marcha-para-dejar-a-los-hijos-afuera>; La Nación (29/10/2018). Pedido al Congreso: ni educación sexual ni identidad de género. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/pedido-al-congreso-ni-educacion-sexual-ni-identidad-de-genero-nid2186252/>

(14) La Convención sobre los Derechos del Niño —aprobada en 1990 por ley 23.849 y con rango constitucional (art. 75, inc. 22 CN)— trae consigo un cambio de paradigma, pues los/as niños y niñas dejan de ser considerados/as como un objeto de protección y pasan a ser considerados/as como sujetos de derecho, con sus derechos y obligaciones. En ese sentido, el art. 29.1 establece que los Estados Parte convienen: “...en que la educación del niño[a] deberá estar encaminada a [...]: d) Preparar al niño[a] para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos...”

(15) En efecto, esto es lo que determina el art. 646 en sus incs. b, c y d del Cód. Civ. y Com.: “Son deberes de los progenitores: [...]b) considerar las necesidades específicas del hijo [e hija] según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo) respetar el derecho del niño [niña] y adolescente a ser oído[a] y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; d) prestar orientación y dirección al hijo [e hija] para el ejercicio y efectividad de sus derechos...”

(16) Sancionada el 28/09/2005. Dice el art. 3º, inciso a, que se debe respetar la condición de sujeto de derecho de los niños, niñas y adolescentes.

(17) El art. 5º de la ley 26.743 dispone que los niños, niñas y adolescentes pueden decidir sobre su identidad de género autopercibida.

(18) Dice el art. 19: “Las acciones privadas [...] que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Por su parte el art. 75 inc. 22 de la CN incorpora con jerarquía constitucional la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo art. 18 establece que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;

este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente. Tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

(19) De 24/01/1967. Dice el art. 19: “Los [y las] profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados [y obligadas] a: [...] 2º) asistir a los enfermos [y enfermas] cuando la gravedad de su estado así lo imponga y hasta tanto, en caso de decidir la no prosecución de la asistencia, sea posible delegarla en otro[a] profesional o en el servicio público correspondiente...”

(20) En efecto, el art. 75 inc. 22 incorpora en la Constitución Nacional la Convención sobre los Derechos del Niño que establece lo siguiente en sus arts. 5º y 12.1: Art. 5º: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño [y niña] de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño[a] ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. Art. 12.1: “Los Estados Partes garantizarán al niño [y niña] que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño [y niña], teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño [y niña], en función de la edad y madurez del niño [y niña]”.

(21) Dice el art. 26 del Cód. Civ. y Com.: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el [o la] adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el [o la] adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los die-

ciséis años el [o la] adolescente es considerado[a] como un adulto[a] para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

(22) La ley 26.061 en su art. 3º respecto de los niños, niñas y adolescentes consagra el respeto de “d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento...”

(23) El dec. 1089/2012 reglamentario de la ley 26.529 —norma especial en materia de ejercicio de derechos en el campo de la salud— contempló lo atinente a la aptitud personal de niños, niñas y adolescentes para el ejercicio de sus derechos. Así, al reglamentar el principio de autonomía, el art. 2º inc. e, párr. segundo dispone: “Los[as] profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos [dice refiriéndose a los procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona] según la competencia y discernimiento de los [y las] menores”.

(24) Sancionada el 21/10/2009.

(25) Art. 7º: “Se entenderá por “familia o núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares”.

(26) Dice el anexo 1 de la res. 65/2015 en 2.2 titulado “Sobre los criterios de interpretación del art. 26 a efectos de indicar criterios etarios para la presunción de autonomía en adolescentes”, en el párr. 5 que: “...en aquellos casos en los que sea necesaria la asistencia para el consentimiento del NNyA, la interpretación adecuada del término “progenitores” del artículo 26 del Cód. Civ. y Com. [...] en cuanto se refiera a las prácticas relacionadas con el cuidado del propio cuerpo, debe ser interpretado de forma que permita que las personas que ejerzan, formal o informalmente, roles de cuidado puedan participar y acompañar al NNyA en el proceso de consentimiento informado y toma de decisiones sanitarias. Esto por cuanto se trata del ejercicio de un derecho personalísimo como la atención y el cuidado de la salud. De esta manera, cualquier “allegado” (art. 59 del Cód. Civ. y Com.) o referente afectivo (art. 7 dec. 415/2006 reglamentaria de la ley 26.160) podría asistir al NNyA en el consentimiento de dichos actos”.

(27) Art. 43: “Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o

extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El [o la] interesado[a] puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

(28) El art. 3º garantiza los siguientes derechos: “b) [...] seguridad personal; c) [...] integridad física, psicológica, sexual [...] d) [...] dignidad; [...] f) [...] intimidad [...] g) Recibir información y asesoramiento adecuado; h) Gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad...”

(29) Art. 2º: “Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el [y la] paciente y el [ella] o los [y las] profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: [...] b) Trato digno y respetuoso. El [y la] paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes; c) Intimidación. Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del [o la] paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo[a] y la confidencialidad de sus datos sensibles [...] d) Confidencialidad. El [y la] paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente; e) Autonomía de la voluntad. El [y la] paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad [...] f) Información Sanitaria. El [y la] paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información...”

tituidas en la adopción de decisiones sobre su sexualidad y reproducción para restablecerlas como lo que son, sujetos plenos de nuestra sociedad y, como tales, con derecho a ejercer en igualdad de condiciones con las demás personas —y, por tanto, sin que esto acarree consecuencias negativas para su sa-

lud o ponga en riesgo sus vidas— la capacidad de construir su propio proyecto de vida que, por diversas razones, puede o no incluir a la maternidad.

Sin ello, el derecho a la salud que el Estado debe proteger con acciones positivas,

esto es, mediante un rol activo y no de mero espectador (30), junto a la libertad y seguridad —que amparan el derecho de todas las personas a organizar su vida conforme a sus propias opciones y convicciones y a que esta no se restrinja o limite más allá de lo razonable— (31); a la igualdad; a una

vida libre de violencia y a no ser sometidas a tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes consagrados en los tratados internacionales de Derechos Humanos de raigambre constitucional (art. 75, inc. 22) carecen de vigencia, tal como aconteció en el país producto de la expresión extrema de violencia de género.

(30) CS, fallos 321:1684; 323:1339; 323:3229; 324:3569, entre muchos otros.

(31) Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador. Excepciones Pre-

liminarias, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 21/11/2007. Serie C No. 170, párr. 51.

Cita on line: AR/DOC/525/2021

Desafíos en tiempos de pandemia y post pandemia en el acceso a la salud de las mujeres

Acciones en perspectiva de género



Gabriela Yuba

Abogada egresada de la Facultad de Derecho, UBA y Magíster en Minoridad - Universidad Notarial Argentina. Ex Jueza de Familia y Minoridad del Juzgado N° 1 de Ushuaia, Tierra del Fuego. Observadora de las actividades públicas de la 36ª Sesión del Órgano de Tratado de la Convención de los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, Ginebra, Suiza (mayo 2004). Conferencista en ámbito nacional e internacional (Universidad Lyon III "Jean Moulin". Francia, febrero 2015). Miembro de la Red Mujeres para la Justicia. Representante por Argentina del Consejo Consultivo Regional Latinoamericano de la AIMJF (Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia). Ex Asesora Legislativa. Titular de la Cátedra de Derecho Internacional Privado, UCES (Ushuaia).

SUMARIO: Introducción.— II. Ejes de análisis.— III. A modo de conclusión.

I. Introducción

El 11/03/2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la pandemia del COVID-19. A partir de ese momento, el mundo cambió brutalmente, obligando a los Estados a adoptar medidas de emergencia y preventivas que han impactado en todos los ámbitos (sociales, políticos, económicos, educativos, laborales, de organización familiar, institucional, comercial).

La pandemia del COVID-19 puso en evidencia desigualdades estructurales, que se profundizaron afectando a los sectores más vulnerables de la población.

El contexto de pandemia que hoy continuamos transitando y ante la futura postpandemia (de fecha incierta) sigue poniendo a prueba a todos los operadores políticos, judiciales, legislativos, institucionales, comunitarios, a nivel global, regional, nacional y local, quienes deben adoptar medidas frente a las inequidades y desigualdades que se profundizan en términos de derechos humanos, afectando a las personas en condición de vulnerabilidad.

Esto constituye un desafío, que debemos enfrentar desde una perspectiva de derechos humanos y de género e interseccional, orientada hacia la realización plena de los derechos de todas las personas, en un pie de igualdad y de no discriminación.

¿Pero cómo lograrlo?

En el presente trabajo abordaremos tres ejes de análisis con relación a uno de los grupos más

vulnerables en esta pandemia y respecto de un tema central: las mujeres, niñas, las adolescentes, las adultas mayores y con discapacidad, con relación al acceso a la salud integral, poniendo énfasis en los derechos sexuales y reproductivos.

II. Ejes de análisis

A los fines metodológicos, desarrollaremos los siguientes ejes de análisis:

II.1. Sobre el acceso a la salud como derecho humano fundamental

II.2. Datos. Las estadísticas con enfoque de género e interseccionalidad

II.3. Acciones con perspectiva de género. Desafíos

II.1. Sobre el acceso a la salud como derecho humano fundamental

El derecho a la salud no puede ser analizado desde una visión meramente médica, sino que deben considerarse aristas jurídicas, como también psicobiosociales.

Así consideramos que la concepción de salud debe ser dinámica, en términos adaptativos, apuntando a la calidad de vida del ser humano (1).

El derecho a la salud, como parte del núcleo duro de los derechos económicos, sociales y culturales (2) (3), tiene una dimensión holística. Es en esa línea que se enrola el PIDESC, que en el art. 12 define a la salud como un derecho

humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.

Todo ser humano, todas las personas tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, que le permita vivir dignamente. De esta manera, está vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos, en particular con el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información, a la libertad de asociación, reunión y circulación (4).

El derecho a la salud es un derecho que adquiere una *dimensión ética*, vinculándose con la dignidad humana. Esto supone de parte de los Estados, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (5), la obligación de adoptar todas las medidas, de cualquier naturaleza, apropiadas y necesarias para que toda persona que habite en su territorio alcance el efectivo disfrute de ese derecho (art. 2º PIDESC, arts. 1º, 2º, 26 CADH; art. 19 PACADH).

El derecho a la salud desde la dimensión ética se entiende como un derecho humano personalísimo y no como una mercancía en la economía de mercado (6). Esta concepción, ligada al derecho a la dignidad humana, igualdad y no discriminación adquiere mayor protagonismo en el actual contexto de pandemia (y futura postpandemia) del COVID-19, donde se han puesto de relieve desigualdades estructurales, inequidades no solo en el acceso a los servicios esenciales de salud, sino en cuanto al suministro de insumos necesarios, al personal sanitario —en cuya primera línea se encuentran las

mujeres— y ahora, evidenciado en cuanto al suministro de la vacuna para este virus.

No solo nos enfrentamos a los mayores riesgos motivados por el COVID-19 con relación a las mujeres y niñas [por violencia de género, violencia doméstica, salud, trabajo no remunerado, generando la pandemia un aumento de las tareas de cuidado sobre las mujeres ante el cierre de escuelas y sobrecarga de los sistemas sanitarios y de asistencia, precariedad laboral (7)], sino que además la comunidad global enfrenta el problema de la aparición de nuevas cepas del virus, requiriendo justamente desde un enfoque de derechos humanos, ético y universal, la adopción de medidas a nivel internacional, orientados hacia una "equidad vacunal" (8).

El derecho a la salud, desde la visión del Comité del PIDESC, no debe entenderse como el derecho a estar sano (9). El derecho a la salud entraña libertades y derechos y el concepto del "más alto nivel de salud" previsto en el párr. 1 del art. 12 del PIDESC tiene en cuenta las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona, como los recursos que cuenta el Estado (10).

Esa visión holística del derecho a la salud se completa con el carácter de *derecho inclusivo* (11), dado que, según el Comité, no solamente abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, como acceso al agua limpia potable, condiciones sanitarias adecuadas, acceso a educación, información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) PETRELLA, Alejandra, "Nuevamente sobre 'el derecho a la salud': judicialización, ¿implica operatividad?", *Revista de Derecho Público*, 2017-1. "Los derechos económicos, sociales y culturales", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, p. 307.

(2) <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38342.pdf> Fecha de consulta: 2/3/2021 NAVARRO, Román, Reconocimiento y protección del derecho a la salud por el Corpus Iuris Internacional de los Derechos Humanos: universal y regional, alcances y limitaciones.

(3) Junto con el derecho a la educación, trabajo, vivienda, alimentación.

(4) Comité PIDESC. "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud": Observación General nro.14, 11/8/2000,

E/C.12/2000/4 CESCR. Observación general 14, párr. 3.

(5) Tratados y convenciones internacionales que contemplan el derecho a la salud: PIDESC: art. 12; PIDCP: art. 6 (derecho a la vida); CADH: art.4, 5, 26; DUDH: art. 25; CDN: art. 23, 24, 25; CEDAW: art. 12. Cabe señalar que el derecho a la salud es concebido como parte del contenido del derecho a un nivel de vida adecuado, físico, mental. Constitución Nacional: no está explícitamente establecido el derecho a la salud, sino que se incluye en los derechos implícitos que surgen del art. 33.

(6) PETRELLA, Alejandra, ob. cit.

(7) https://interactive.unwomen.org/multimedia/explainer/covid19/es/index.html?gclid=Cj0KCQiA4feBBhC9ARlsABp_nbUicIoPs9uSpbeQKqrbimDm6EUuFAaSE3qZnWjLsnH66JuRd8gwmoeaAISHEALw_wcB Fecha de consulta:

2/3/2021 "Los efectos del COVID-19 sobre las mujeres y las niñas".

(8) El principio de "equidad vacunal" según la OMS, en palabras del Director General Dr. Tedros Adhanon "... está ganando cada vez más adeptos y me congratulo de la adhesión de los dirigentes de todo el mundo que han asumido nuevos compromisos para distribuir dosis de vacunas y más financiación para el Mecanismo COVAX, con objeto de poner fin de una vez por todas a esta pandemia. No podemos comportarnos como si nada ocurriera: los países deben poner a disposición urgentemente tecnologías y dosis vacunales, multiplicar su capacidad de producción y velar por que el suministro de vacunas sea sostenible y permita inmunizar a todas las personas como en todas partes". En la declaración por la equidad

vacunal, se pide a los gobiernos y fabricantes que agilicen trámites, aumenten su producción poniendo a disposición sus tecnologías y experiencias y garanticen la distribución equitativa de las dosis a fin de vacunar a la población empezando por el personal sanitario y asistencial que lleva más de un año luchando en primera línea contra esta pandemia. <https://www.who.int/es/news/item/19-02-2021-world-waking-up-to-vaccine-equity> fecha de consulta: 2/3/2021 El mundo se moviliza en pro de la equidad vacunal. OMS

(9) Según la OMS la salud es un estado de perfecto (completo) bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad.

(10) Obs. Gral. nro. 14 COMITÉ PIDESC, párr. 8 y 9.

(11) Según el Comité del PIDESC, párr.11.

Un tema vital en el ejercicio del derecho a la salud es el *acceso a la salud* y para ello, deben estar garantizados los siguientes elementos, que son esenciales e interrelacionados (12), tales como:

a) Disponibilidad;

b) Accesibilidad;

c) Aceptabilidad. Implica un respeto por la ética médica, la cultura, sensibles al género y al ciclo de vida.

d) Calidad.

En cuanto a la *accesibilidad*, esta implica que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles sin discriminación alguna.

El Comité del PIDESC distingue distintas dimensiones superpuestas, como las siguientes:

1. La no discriminación: Esto implica que todos los bienes y servicios deben estar al alcance de todos los sectores de la población, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, sin ningún tipo de discriminación.

2. Accesibilidad física: Se apunta al alcance geográfico de la población en especial de grupos vulnerables, marginados, minorías étnicas, población indígena, mujeres, los niños, adolescentes, personas mayores, con discapacidad, con VIH/SIDA. Implica también que los servicios y factores determinantes de la salud como agua limpia potable y servicios sanitarios adecuados estén a una distancia razonable (incluso en zonas rurales), además de accesibilidad para personas con discapacidad.

3. Accesibilidad económica. En cuanto a la asequibilidad, deben los servicios y establecimientos estar al alcance de todos y los pagos por los servicios de salud y factores determinantes básicos para la salud, deben basarse en el principio de equidad para asegurar el acceso a todas las personas. "La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos".

4. Acceso a la información. Incluye el derecho a solicitar, recibir información, difundir acerca de temas de salud.

Ahora bien, el embate que la pandemia del COVID-19 causó en los derechos humanos, puso de manifiesto la dependencia que la sociedad tiene de las mujeres (13), siendo las mujeres las que están en primera línea en la atención sanitaria, al frente de los cuidados, atravesadas por la falta de empleo formal y debido al aislamiento, mayormente expuestas a violencia de género, doméstica y, en definitiva, en afectaciones de la salud en términos integrales.

La CEPAL ha señalado que durante la pandemia de COVID-19, el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos se vio afectado por la crisis humanitaria y sanitaria, incluyendo las dificultades de acceso a los servicios públicos, previendo que continuará en el futuro (14). Esto implica un retroceso respecto de los avances logrados en los últimos años, acentuándose las brechas en el ejercicio de esos derechos entre hombres y mujeres.

La concentración de los recursos de salud pública en la atención directa de los casos de

COVID-19, con la consiguiente retracción de recursos en áreas de salud sexual y reproductiva, en programas, en acciones de prevención y atención, generan un impacto negativo importante, afectando a las mujeres que son especialmente vulnerables a los efectos de la crisis socioeconómica derivada de la pandemia.

Dificultades de desplazamiento a centros de salud, en la adquisición de insumos, aumento de horas dedicadas a las tareas de cuidado (que se vieron aumentadas debido al aislamiento, cierre de escuelas, trabajos), no hicieron sino profundizar la brecha entre hombres y mujeres, implicando en ellas un aumento de su pobreza de tiempo y de disminución de posibilidades de acudir a servicios de salud sexual y reproductiva.

Según la CEPAL, el número de embarazos adolescentes podría aumentar (15) en el contexto de la pandemia, debido a las dificultades para acceder a métodos anticonceptivos, a servicios de salud sexual y reproductiva; a la mayor exposición de las niñas y adolescentes a situaciones de violencia sexual y abuso intrafamiliar, debido al aislamiento; a la falta de implementación de programas de ESI (por el cierre de escuelas y servicios de salud sexual y reproductiva); existe el riesgo de aumento de mortalidad materna (en especial en grupos de mayor vulnerabilidad, como indígenas y afrodescendientes) y se evidencia una reducción de controles preparto y postparto, afectando la salud de las mujeres.

La Organización Panamericana de la Salud (OPS) ha señalado que según datos disponibles sugieren que las mujeres embarazadas tienen mayor riesgo de desarrollar una forma grave de COVID-19, que en algunos casos podría llevar a la muerte (OPS, 2020 a) (16).

Se ven afectadas también, la planificación familiar, el control y el acceso a tratamientos y consejerías de VIH/SIDA, disminución de servicios de detección, lo que evidencia la importancia de diseñar y de adoptar medidas con perspectiva de género que tengan en cuenta el impacto diferenciado entre hombres y mujeres.

El acceso a la telemedicina, con el aporte de herramientas tecnológicas (digitales), como tele consultas, recetas médicas si bien constituyen un avance en el ejercicio del derecho a la salud; por otro lado existen dificultades desde el ámbito digital para los sectores vulnerables que no tienen accesos a dichas tecnologías (Internet, dispositivos móviles, Tablet, pc) atravesados por serias dificultades económicas, o bien para las personas adultas mayores o con discapacidad que carecen de dichas herramientas y de conocimientos digitales profundizándose la brecha digital aún más. Entonces, por un lado, el mundo digital ha abierto las puertas en esta pandemia a nuevas formas de conocimiento, trabajo y vinculación y, por otro lado, la brecha digital se ha tornado evidente, poniendo al desnudo inequidad en el acceso a derechos básicos.

Para que la *transformación digital* sea provechosa y alcance a toda la comunidad, especialmente a los grupos más vulnerables, se deben abordar las brechas digitales, las desigualdades relacionadas con la edad, el género, para que los beneficios de las tecnologías digitales impacten positivamente en la calidad de vida de las personas. Desde la CEPAL (17) se advierten brechas digitales, disparidad en el acceso y uso, acentuadas por el género entre otros aspectos,

que deben ser erradicadas, evitando que la pandemia y en la postpandemia se potencien dichas brechas, debiendo trabajar hacia una mayor cohesión social, en términos de igualdad y efectividad en el ejercicio de los derechos humanos.

El acceso a la salud se ve en consecuencia, obstaculizado por factores multicausales, que requieren de la adopción de medidas interrelacionadas, no aisladas. Transversalmente, la *perspectiva de género, de igualdad de género, la interseccionalidad*, surgen como las herramientas fundamentales para lograr la sostenibilidad y equidad en un mundo atravesado por la pandemia, que dignifique al ser humano, en especial a las mujeres, niñas, las adolescentes, las mujeres adultas mayores, quienes constituyen uno de los grupos vulnerables. La autonomía económica de las mujeres constituye un objetivo central, que brindará una de las respuestas necesarias para dotar de igualdad y no discriminación a estas.

II.2. Datos. Las estadísticas con enfoque de género e interseccionalidad

Los datos importan en términos de diseño y ejecución de políticas públicas.

La recolección de datos trae aparejada *información*; la información brinda *conocimiento* y el conocimiento, *decisión política*.

La recolección de datos es fundamental a los efectos de formular estadísticas, que, con una perspectiva de género, evidencien la realidad sobre la que se debe legislar y diseñar políticas públicas.

Veamos algunos datos e información (18):

- A nivel mundial, con relación a los profesionales de asistencia sanitaria y social, el 70% son mujeres. Estas se encuentran en la primera línea de respuesta al COVID-19 (19), generalmente como enfermeras, matronas, trabajadoras sanitarias.

- El salario de las mujeres sigue siendo menor que el de los hombres en iguales tareas.

- El diseño y tamaño de mascarillas y demás equipos de protección está pensado para los hombres, lo que hace que las mujeres estén más expuestas a los riesgos sanitarios.

- En cuanto a la salud, a nivel mundial, ONU MUJERES señala que antes de la pandemia morirían 810 mujeres por día por causas evitables en el embarazo y parto. Desigualdades interrelacionadas con lo socioeconómico, discapacidad, género, edad, raza, orientación sexual, pueden amplificar esos efectos (la carencia de factores determinantes de la salud como el agua limpia potable, servicios de salud impacta en la salud como derecho universal).

- Con relación al trabajo no remunerado, antes de la pandemia, las mujeres realizaban el triple de trabajo doméstico y de cuidados no remunerados que los hombres. Después de la pandemia, por el cierre de escuelas, desempleo, que afectó mayormente a los trabajadores informales, se ha contribuido a un mayor trabajo no remunerado, profundizando desigualdades.

- Por la pandemia, el 89% de la población estudiantil mundial (743 millones de niñas y adolescentes) dejó de asistir a escuelas, universidades, agravado esto por la falta de acceso a

Internet y tecnologías aplicadas a la educación. Esto impacta en la calidad de vida y en la posibilidad de obtener un mejor empleo a futuro.

- Sobre los empleos informales en América Latina y el Caribe, el 54% es desempeñado por mujeres y los hombres, el 52% (generalmente los hombres desempeñan en mayor porcentaje trabajos informales, mientras que las mujeres, desarrollan trabajos de cuidados no remunerados). Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el desempleo a nivel mundial aumentará.

- La violencia contra las mujeres se intensificó durante la pandemia. Datos de Argentina muestran que durante el mes de abril de 2020 (en pleno ASPO) hubo un incremento de llamados a la línea 144 del 23% comparados con abril de 2019, y en mayo un 27% más (a modo de ejemplo) (20).

- Según la CEPAL las mujeres están sobre-representadas en el área de la salud. El 73,2% de los trabajadores son mujeres en la región de América Latina y el Caribe.

- Las mujeres se ven afectadas por una brecha salarial promedio del 23.7% (21).

- Debido a la pandemia el impacto económico ha sido brutal, afectando a las mujeres, colocándolas en situación de mayor pobreza. Se necesita apoyo para evitar que 118 millones de mujeres se encuentren en situación de pobreza (es decir 23 millones más que en el año 2019).

- 1 de cada 2 mujeres están ocupadas en sectores de mayor riesgo: Turismo, comercio y manufactura.

- Debido a la pandemia ha habido una fuerte salida del mercado laboral de las mujeres que implicó un retroceso de 10 años (22).

- En algunos países de la región (América Latina y El Caribe), la pérdida de trabajo doméstico remunerado de las mujeres es del 40%.

- En cuanto al trabajo doméstico remunerado, en la región, el 76% de las trabajadoras, no tiene cobertura previsional ni seguridad social, cayendo fuertemente dicho trabajo durante la pandemia (no existe la posibilidad del teletrabajo, se requiere presencialidad).

La recopilación de datos, el suministro y análisis de información, sirve para saber "dónde estamos", "con qué recursos contamos"; "qué necesitamos" para cumplir con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, y "qué diseñar y ejecutar", para que los programas y acciones sean concretos y acordes con la realidad local.

A problemáticas globales, soluciones locales.

Para que esas acciones, programas de gobierno, programas de actuación en los distintos servicios, especialmente en los servicios de salud, contribuyan a la construcción de un mundo sostenible e igualitario, deben contar con perspectiva de género e interseccional.

La perspectiva de género constituye una categoría de análisis (23) que permite identificar las diferencias entre hombres y mujeres, explicadas estas a partir de las condiciones sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas, históricamente creadas para determinar la vida

(12) Obs. Gral. nro. 14. Comité PIDESC párr. 12.

(13) https://interactive.unwomen.org/multimedia/explainer/covid19/es/index.html?gclid=CJOKCQIA4feBBhC9ARIsABp_nbUicIoPs9uSpbeQKrbimDm6EUuFAaSE3qZnWjLsnH66JuRD8gwmeoaAISHEALw_wcbf fecha de consulta: 2/3/2021

(14) Los riesgos de la pandemia de COVID-19 para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, diciembre 2020 <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46483-riesgos-la-pandemia-covid-19-ejercicio-derechos-sexuales-re>

productivos-mujeres fecha de consulta: 23/2/2021

(15) <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46483-riesgos-la-pandemia-covid-19-ejercicio-derechos-sexuales-reproductivos-mujeres> fecha de consulta: 2/3/2021, p. 3

(16) *Ibidem*.

(17) <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46029-perspectivas-economicas-america-latina-2020-transformacion-digital-mejor> fecha de consulta 1/3/2021 Perspectivas económicas para América Latina 2020: transformación digital para una mejor reconstrucción

(18) <https://interactive.unwomen.org/multimedia/explainer/covid19/es/index.html#:~:text=Los%20datos%20emergentes%20muestran%20una,redducci%C3%B3n%20de%20la%20ayuda%20mutua>. Fecha de consulta: 01/03/2021 Los efectos del COVID-19 sobre las mujeres y las niñas. ONU MUJERES.

(19) CEPAL, 2021

(20) <https://www.argentina.gob.ar/generos/linea-144/informacion-estadistica> fecha de consulta: 3/3/2021- Información estadística sobre llamados a la línea 144. Argentina.

(21) CEPAL, 2021, Alicia Bárcena.

(22) Alicia Bárcena, CEPAL, 2021.

(23) No se trata de una *ideología de género*, sino que la perspectiva de género es una categoría analítica de análisis, herramienta metodológica. MESECVI. Declaración sobre igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres como bien de la humanidad. Declaración sobre la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres como bien de la humanidad. Mecanismo de seguimiento Convención Belém do Pará (MESECVI) Decimocuarta Reunión del Comité de Expertas 27

de hombres y mujeres a partir de su sexo biológico (24).

“...La perspectiva de género explica así, cómo los hombres y las mujeres históricamente han estado regulados por comportamientos ‘permitidos’, ‘esperados’, ‘negados’ o ‘condenados’ por el ambiente social en que viven, el cual está basado en las ideas de la dominación masculina que plantean —como fundamento principal— la inferioridad de las mujeres y la superioridad de los hombres...” (25).

La categoría de género no solo es una categoría analítica, sino también es una herramienta de cambio que nos obliga a transformar estas desventajas (26).

Por lo tanto, con fundamento legal (CEDAW, Convención de Belém do Pará), permite este “...instrumento repensar las construcciones sociales y culturales de la distribución del poder entre mujeres y varones, que determinan, de manera directa, las formas de esas relaciones, que han derivado en discriminación, falta de equidad, restricciones a recursos, poco acceso a oportunidades y desarrollo, así como escaso conocimiento de sus derechos como seres humanos...” (27).

Junto con la *perspectiva interseccional* (que analiza la forma en que se entrelazan los distintos aspectos de la desigualdad) (28), se dotará de los elementos para un diseño y ejecución de acciones orientadas hacia la igualdad, no discriminación de todas las personas, en especial de las mujeres, niñas y adolescentes.

III.3. Acciones con perspectiva de género. Desafíos

La pandemia del COVID-19, con alcances desconocidos (aún hasta hoy), irrumpió de un modo vertiginoso, que dio lugar a repuestas estandarizadas y urgentes, que dejaron en evidencia la falta de consideración de la diversidad de varios grupos vulnerables de la población global, de sus condiciones y posiciones.

Ello implicó un retroceso en el diseño e implementación de programas y políticas públicas, ante la falta de enfoque de derechos y de perspectiva de género.

Ante ello, los organismos internacionales y regionales se han abocado a dar respuestas (o intentarlo) a las dificultades expuestas presentando desde distintos documentos regionales, alternativas que contemplan los derechos humanos en su integralidad y con una perspectiva de género.

Desde la implementación de políticas contracíclicas, sensibles al género para mitigar los efectos de la crisis económica y sanitaria en la vida de las mujeres (29), tanto el Compromiso de Santiago, como la Estrategia de Montevideo para la implementación de la agenda regional de género en el marco del desarrollo sostenible 2030, presentan lineamientos para una política en términos generales que brinde respuestas integrales.

La garantía de los derechos de las mujeres como derechos humanos fundamentales, la interseccionalidad, reconociendo la diversidad de mujeres y condiciones; un enfoque multisectorial que permita adoptar una mirada abarcadora y dar respuestas en territorio a las distintas situaciones y acciones a corto, mediano y largo plazo que atiendan las necesidades urgentes y transformen las condiciones estructurales de la desigualdad con una visión de futuro, son ejes centrales en las acciones políticas institucionales.

La perspectiva de género e interseccionalidad deben estar presentes en la organización de los servicios de salud, evitando que el acceso a la salud de los sectores vulnerables, como las mujeres, niñas y adolescentes, se vean afectados y agravados en esta pandemia y postpandemia.

Las medidas que apunten a la autonomía económica de las mujeres, acceso a tecnologías digitales, igualdad de género, economía del cuidado —apuntando a una corresponsabilidad—; lucha contra la violencia de género hacia las mujeres; protección social y generación de empleos, son claves para lograr una igualdad real.

Se deben diseñar y ejecutar acciones, junto con los hombres, jóvenes, los niños, como aliados estratégicos en el logro de la igualdad de género.

Para lograr un acceso a la salud integral de todas las mujeres, debemos fortalecer los servicios y desarrollar programas que se orienten hacia ese objetivo. Lo económico-financiero se vincula con la autonomía económica de las mujeres y hay que generar empleo, recuperar la economía en sectores dinamizadores para las mujeres (30); invertir en la economía del cuidado como sector dinamizador y transitar a una sociedad del cuidado; garantizar a las mujeres el uso de las TICs y general un nuevo pacto fiscal con igualdad de género que amplifique ingresos, iguales oportunidades y abra espacios de participación laboral formal (31).

Todo ello contribuirá a revertir la tendencia de profundización de la pobreza, precarización de las condiciones laborales de las mujeres, fortalecer la atención y servicios esenciales de salud para las mujeres, priorizar el financiamiento de los servicios de prevención de la violencia de género hacia la mujer y de cuidado; y de atención de la salud, en especial de la salud sexual y reproductiva.

Acciones orientadas a financiar prioritariamente a los servicios esenciales; a prevenir con políticas integrales la violencia de género; recopilar datos para mejorar los servicios y programas son puntos centrales.

Entendemos que se deben resignificar acciones frente a esta pandemia y futura postpandemia desde una perspectiva de género e interseccionalidad con un protagonismo que dinamice el accionar socio político y comunitario.

Según la Observación General N° 14 del Comité PIDESC sobre el art. 12 del PIDESC, sobre el derecho a la salud, el Comité recomienda la incorporación de la perspectiva de género en sus políticas, planificación y programas. Ello, por cuanto un enfoque basado en la perspectiva de género reconoce que los factores biológicos y socioculturales ejercen una influencia importante en la salud del hombre y la mujer.

De allí, que resulte fundamental la desagregación según el sexo, de los datos socioeconómicos y datos relativos a la salud, siendo indispensables para determinar y subsanar las desigualdades en lo referente a salud (32).

En definitiva: se requiere un enfoque de salud basado en derechos humanos, que implique el reconocimiento de la dignidad humana, garantizar que los sistemas sanitarios sean accesibles para todas las personas, en especial los más vulnerables, sin discriminación y adoptar una perspectiva de género y reconocer que existen factores biológicos y socioculturales que influyen en la salud de hombres y mujeres y que se deben tener presentes esas diferencias en los programas y políticas. Los derechos humanos deben ser marco en todo el desarrollo sanitario. Se completan con el derecho a la información, a la transparencia y rendición de cuentas, que brindarán legitimidad en un estado derecho democrático.

III. A modo de conclusión

El día 08/03/2021, en un contexto atravesado todavía por la pandemia del COVID-19, las mujeres, las niñas, las adolescentes, las adultas mayores, con discapacidad, continúan siendo blanco de constantes vulneraciones a sus derechos.

El día 8 de marzo es un día de reflexión, de reclamo, de concientización acerca de la importancia del rol de las mujeres en la sociedad global y de la necesidad de implementar políticas con perspectiva de género, que trasciendan las meras palabras. Necesitamos que se refleje en los hechos concretos.

Es hora de rectificar desigualdades históricas. La realidad nos interpela sin dilación a la adopción de medidas que tiendan hacia una integración de todos los sectores (locales, nacionales, regionales, internacionales) y a realizar actividades realmente transformadoras con igualdad de género y sostenibilidad (33).

El principio de progresividad en materia de derechos humanos y la correlativa “no regresividad” debe reflejarse en toda acción desde institucional hasta comunitaria.

El derecho a la salud, el acceso a la salud, en un sentido holístico e integral no admite dilaciones. El desafío es hoy.

Cita on line: AR/DOC/549/2021

y 28 de noviembre de 2017 Ciudad de Panamá, Panamá/OEA/Ser.L/II.7.10 MESECVI/CEVI/doc.244/17.rev1 28 de noviembre de 2017 Original: español

(24) https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRCG/Herramienta_DHVSG_alta.pdfHerramientas para la incorporación del enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género en la elaboración de sentencias relativas al delito de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, Guatemala, 2015.

(25) *Ibidem*.

(26) *Ibidem*.

(27) <https://observatoriogenero.senado-ba.gov.ar/Informes/Protocolo%20violencia%20genero%20%20%20ministerio%20seguridad.pdf>Fecha de consulta: 24/3/2019Protocolo de organización y funcionamiento de los equipos interdisciplinarios para la atención de víctimas de violencias de género. Dirección General de Coordinación de Políticas de Género Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires.

(28) Concepto de interseccionalidad de la discriminación

desarrollado por la Corte IDH en el caso “González LLuy, y otros c. Ecuador”. YUBA, Gabriela, “Capacitación en perspectiva de género: el desafío del siglo XXI”, p. 631. Coordinadores: Basset, Pitrau, Roller, Roveda. Los nuevos horizontes del derecho de las personas y la familia. Liber Amicorum Graciela Medina. Rubinzal Culzoni, Editores, Santa Fe, 2019.

(29) <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46658-compromiso-santiago-un-instrumento-regional-dar-respuesta-la-crisis-covid-19>Fecha de consulta: 2/3/2021CEPAL. Compromiso de Santiago. Un instrumento

regional para dar respuesta a la crisis del COVID-19 con igualdad de género.

(30) CEPAL, 2021, Alicia Bárcena.

(31) *Ibidem*.

(32) Obs. Gral. 14 COMITÉ PIDESC párr. 20 y 21.

(33) https://www.cepal.org/es/comunicados/ministras-la-mujer-se-comprometen-impulsar-sociedad-cuidado-la-plena-inclusion-digital?fbclid=IwAR2uAEph_Vr2cW-FnCXrvzLU2ET9SJAktIGvh2dTjHyV5MLu9KidLalbAWsFcha de consulta: 2/3/2021.

La carga probatoria en situaciones de violencia de género



Alejandra M. Malica

Abogada-Mediadora. Especialista en Derecho Penal (UBA). Especialista en Transformación Actitudinal en Género (Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación). Diplomada en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UNLP). Diplomada en Ciberdelitos, Evidencia Digital, Prueba, Recolección y Preservación (UCA). Maestrando en Derecho Penal (UBA). Maestrando en Derechos Humanos, Justicia Penal y Derecho Internacional Humanitario (UNESCO). Docente.

La violencia contra las mujeres es el medio del cual se ha servido históricamente el patriarcado para mantener el dominio del hombre hacia la mujer y que afecta a

todo tipo de mujeres independientemente del contexto social y económico en donde vivan. Se ha discutido largamente como nombrar esta clase de violencia. Cada una de las formas utilizadas tiene sus propias características, tal como

lo describe Diana Maffía: La expresión Violencia contra la mujer hace referencia a la víctima pero no victimario, la expresión Violencia doméstica denota que se produce en un ámbito privado pero deja de lado a los actores; Violencia familiar hace visible el vínculo e incluye a todos sus integrantes pero no a la mujer como víctima en el 90% de los casos; Violencia de género es abarcativa en cuanto a la diversidad de género

pero no especifica víctimas ni victimarios y Violencia sexista habla de relaciones de poder entre sexos (1). Cada una tendrá su adecuada aplicación en el contexto en el que se pretenda utilizar, pero en lo que aquí nos interesa basta con tener en claro que hablamos de violencia sufrida por las mujeres por parte de los hombres y/o instituciones en razón de su condición y basada en la relación desigual de poder o dominio. Bajo el

modelo patriarcal las mujeres, desde su infancia han vivido obligadas a reprimirse y aceptar el dominio masculino inculcándoles patrones culturales y transmitiéndoles estereotipos a nivel mental y emocional pero también a nivel físico mediante el uso de la violencia física como medio de aleccionamiento y dominio.

El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia está consagrado, en el ámbito regional, en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y, en el ámbito local, en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Tanto la Convención de Belém do Pará como la ley 26.485 contienen numerosas disposiciones orientadas a prevenir actos de violencia originados en razones de género, a investigar ese tipo de denuncias con el fin de esclarecer lo ocurrido, a sancionar al responsable, y a brindar asistencia integral a las víctimas. Ambos cuerpos normativos contienen definiciones de lo que se entiende por violencia contra las mujeres. En el caso de la ley 26.485, la definición incluye no solo hechos de violencia directa, sino también situaciones que pongan a las mujeres en desventaja con respecto a los varones, a lo que denomina violencia indirecta (2). Asimismo, se enuncian distintos tipos y modalidades que adquiere la violencia de género (3). La ley también incorpora una serie de derechos y garantías mínimos, que son de aplicación a todo tipo de procesos, sin diferencia de fueros y sin discriminar si la mujer se encuentra involucrada como víctima o como imputada (4).

Además de la adopción de un tratado específico, como la Convención de Belém do Pará, el derecho internacional de los derechos humanos ha demostrado su preocupación por la persistencia de la discriminación y la violencia de género por medio de la creación de relatorías especiales, la elaboración de observaciones generales, informes especiales, recomendaciones a los países, entre otras iniciativas. En el ámbito interamericano, los órganos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se han pronunciado en numerosos casos en los que se denunciaban hechos de violencia contra las mujeres, y han fijado importantes estándares acerca del deber estatal de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar tales actos. En la sentencia recaída en el caso *Penal Castro Castro* (5), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha dado un paso significativo en el análisis de este tipo de casos, pues ha abandonado un parámetro “formal de igualdad y no discriminación, presuntamente neutral pero profundamente masculino” (6), para dar lugar a otro que reconoce las diferencias de género. A partir de entonces, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte IDH han comenzado a exigir a los Estados que incluyan la perspectiva de género en el tratamiento de los casos de violencia contra mujeres, para que constituyan una respuesta adecuada a las características del fenómeno que se pretende atender (7).

De acuerdo a la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (art. 1º), la violencia hacia las mujeres o conocida también como violencia de género es: “Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un

daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada”.

De la definición surgen diversos tipos y formas de violencia:

1. *Física*: La violencia física es la que se emplea contra el cuerpo de las mujeres produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato/ agresión que afecte su integridad física (empujones, puñetazos, golpes, quemaduras, etc.).

2. *Psicológica*: La violencia psicológica es la que causa daño emocional, y disminución de la autoestima. Este tipo de violencia busca degradar o controlar las acciones de una persona, sus comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenazas, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación (incluyendo la manipulación afectiva respecto a sus hijas o hijos, o demás lazos afectivos) o aislamiento. La violencia psicológica incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia y sumisión, coacción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación a través de la presión o amenazas o cualquier otro medio que cause perjuicio a la salud psicológica y a la autodeterminación de las mujeres.

3. *Sexual*: La violencia sexual incluye cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de las mujeres de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.

4. *Económica y patrimonial*: La violencia económica o patrimonial es aquella dirigida específicamente a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de las mujeres, a través de: - La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; - La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; - La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; - El control sobre sus ingresos. - Recibir un salario más bajo que los varones por igual tarea.

5. *Simbólica*: La violencia simbólica es aquella que se trasmite a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos, reproduciendo así la dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, y naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.

Cuando las mujeres en situación de vulnerabilidad deciden realizar una denuncia, las o los profesionales intervinientes no tienen conocimiento sobre cómo el hecho traumático ha incidido en su vida. Algo de lo siniestro de características cíclicas ha vuelto a ocurrir, su desconfianza hacia los demás se incrementa. Las expe-

riencias que ha vivido son de aniquilamiento y desamparo, por ello, resulta insoslayable que las/los profesionales consideren que el solo hecho de pedir ayuda es ya un indicio positivo, y a su vez una alerta. Dicha intervención debe ser el inicio de un vínculo basado en la confianza. En este sentido, la credibilidad del relato de las víctimas es esencial para lograr la contención y apoyo que requiere la situación de crisis en la que se encuentran y además sostener el camino judicial que posiblemente se inicie.

Para entender y responder a muchos interrogantes que pueden aparecer frente a un caso (ya sea en una entrevista con la mujer víctima, al recibir una denuncia, al decidir el tipo de abordaje, o incluso al analizar las pruebas) se debe tener en cuenta las características y la dinámica que presenta violencia de género. En primer lugar, es necesario comprender el denominado ciclo de la violencia y las distintas fases que lo componen.

Por todo lo expuesto es imperioso investigar los hechos con perspectiva de género.

a. *Establecer hipótesis sobre los hechos*: Investigar y preparar las pruebas con una mirada de género implica en primer lugar establecer con claridad qué es lo que sucedió. Nunca llegaremos a conocer los hechos tal y como fueron, solo podremos corroborar hipótesis, lo que supone construir una narrativa sobre lo que pasó que se sostenga razonablemente a partir de elementos objetivos. La formulación de la hipótesis del caso puede ir variando según se produzca la prueba, pero siempre debe partir del relato de la víctima. Por ello, presuponer la veracidad de su testimonio es uno de los primeros pasos, pues, salvo casos excepcionales, no hay razones para descreer de su relato. Comprender la violencia de género y sus características también resulta fundamental para establecer hipótesis. La especificidad de la violencia padecida por la víctima implica necesariamente la comprensión del vínculo entre la víctima y el agresor y el carácter cíclico de la violencia. Ello implica que seguramente haya habido en la relación una multiplicidad de hechos violentos, que pueden surgir o no del relato de la víctima, pero seguramente dejaron rastros que pueden ser recuperados.

b. *Adoptar criterios con perspectiva de género a lo largo de la investigación*: Las o los profesionales intervinientes deberán tener en cuenta que probar los hechos delictivos cometidos en el marco de la violencia de género resulta muchas veces complejo pues generalmente esta se comete en la intimidad de un lugar específico y fuera del alcance de la mirada de terceros. Sin embargo, muchos de los indicios suelen encontrarse en el entorno cercano, en la salud de la víctima y en la de sus hijos e hijas, amigos, etc. En este sentido, investigar con perspectiva de género implica repensar todo el recorrido que viene realizando la víctima (y eventualmente sus hijas e hijos) a lo largo de ese vínculo violento, es decir: instituciones dónde pudo haber buscado asesoramiento, médicos/as que tal vez consultó o que pudieron haber sospechado —por ejemplo las/os pediatras de sus hijas/os—, denuncias que radicó, personas a las que les pudo haber confiado lo que le pasaba —amigas/os, parientes, compañeras/os de trabajo, padres/madres de las/os compañeras/os de la escuela de sus hijas/os—, testigos de oídas como vecinas/os, testigos directos, etc.; todo ello con el propósito de presentar el caso de la manera más sólida y unificada posible. Los mensajes en

los celulares, a través de las redes sociales, llamadas telefónicas, cámaras DOMO o de vigilancia privada, o historias clínicas, pueden servir también como elementos probatorios. En relación a esto último, sabemos que las mujeres que atraviesan por estas situaciones muchas veces suelen consultar a profesionales de la salud por lesiones u otras afecciones, tales por ejemplo como dolores de cabeza, por lo que se generan historias clínicas en diversos centros de salud y hospitales, que pueden también dar cuenta de su padecimiento.

Lo mismo sucede con otros organismos de asesoría legal o de acceso a la justicia que tal vez guardaron registros de alguna consulta realizada. Asimismo, las familias concurren a instituciones donde socializan, como comedores comunitarios, iglesias, clubes de barrio o asociaciones civiles. Previa autorización de la mujer, estos espacios de recreación y colaboración pueden aportar información que respalde sus dichos. Los/as hijos/as que presencian estas situaciones también son víctimas de violencia —reciban o no directamente las agresiones— y también puede encontrarse siguiendo su recorrido y espacios de pertenencia rastros de la violencia vivida. Así las instituciones educativas y de salud pueden tener registros útiles al proceso. Es por ello que las o los profesionales deberá contactar a estos institutos, consultar a las/os expertas/os, directivas/os y docentes para ver si observaron cambios en la conducta o rendimiento de las/os niñas/os, recibieron algún relato o indicio de que eran víctimas de violencia. Es importante en este tipo de casos, tener en cuenta la amplitud probatoria (8) y que en tanto rige el sistema de la libre convicción o sana crítica, no hay un “valor” de pruebas fijado de antemano, sino que ello depende de la eficacia convencional de cada una de las evidencias y, a la vez de su concatenación y argumentación que se utilice para demostrar los hechos. Por lo tanto, puede ser que solo se cuente con el testimonio de la víctima, y en ese caso habrá que trabajar en esa línea, fortaleciéndolo y argumentando jurídicamente para sustentarlo.

Los peritajes médicos y psiquiátricos/psicológicos sobre las víctimas pueden ser medidas de prueba útiles para demostrar la violencia y la extensión del daño causado por el agresor. Sin embargo, por su propia naturaleza, estos exámenes implican una importante injerencia sobre la persona y pueden causar un nuevo trauma o agravar su situación de estrés y angustia (9). Además, si estas medidas son realizadas sin perspectiva de género, pueden arrojar conclusiones erróneas que dificulten la dilucidación de los hechos. Existen pautas de actuación para asegurar que los peritajes médicos y psiquiátricos/ psicológicos sobre las víctimas de violencia de género se realicen de acuerdo a los estándares de derechos humanos que rigen internacionalmente (10). A continuación, se realizan algunas especificaciones.

En los casos en los que la víctima haya sufrido violencia física o sexual, las y los profesionales deben evaluar la pertinencia de un examen médico para constatar las lesiones y la existencia de rastros biológicos. Es particularmente importante que este examen se realice lo más pronto posible, es decir, antes de que desaparezcan las secuelas o los rastros de la agresión. En el caso de delitos sexuales, los exámenes ginecológicos y anales se deben realizar preferentemente durante las primeras 72 horas a partir del hecho denunciado (11). Esto no elimina la posibilidad

(2) Cfr. art. 4, Ley 26.485. No se trata de un concepto novedoso, el sistema internacional de protección de derechos humanos ya había advertido, en el año 1994, que “[l]a violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre...” (Recomendación General N° 19 del Comité sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 84, 1994).

(3) El art. 5 de la ley contiene definiciones de violencia física, psicológica, sexual, económica o patrimonial y simbólica. El art. 6 prevé las siguientes modalidades: violencia doméstica, institucional, laboral, contra la libertad reproductiva, obs-

tétrica y mediática.

(4) Cfr. art. 16, ley 26.485.

(5) Corte IDH, caso *Penal Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25/11/2006, Serie C No. 160.

(6) Cf. Nash, Claudio R. y Sarmiento R., Claudia “Reseña de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006)”, disponible en www.cdh.uchile.cl/anuario03/6-SeccionInternacional/anuario03_sec_internacionalV_NashySarmiento.pdf, página visitada por última vez el 09/01/2012.

(7) Cfr. CIDH. Relatoría para los Derechos de las Mujeres. Informe sobre la Situación de los Derechos de la Mujer en Ciu-

dad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación. OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44 (2003), párr. 154. Cfr. Corte IDH. Caso de la Masacre de las Dos Erres. Sentencia de 24/11/2009. Serie C No 211, párr. 141.

(8) Ley 26.485 art. 31. - Resoluciones. Regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.

(9) Protocolo de Estambul: manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles,

inhumanos o degradantes, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, párr. 149.

(10) Convención de Belém do Pará. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, cit. Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos. 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

(11) Para mayor información, véase el “Protocolo para la atención integral de víctimas de violaciones sexuales. Instructivo para equipos de salud”, del Ministerio de Salud de la Nación, ed. 2015, disponible en: <http://www.msal.gov.ar/imagenes/stories/bes/graficos/000000691cnt-Protocolo%20>

de que el peritaje se realice con posterioridad a este período, con el consentimiento de la víctima, pero en este caso debe considerarse si el tiempo transcurrido no invalida la posibilidad de obtener la prueba que se busca. Las y los profesionales intervinientes deben evaluar la pertinencia de un peritaje sobre la base de un análisis realizado caso por caso, tomando en cuenta el tiempo transcurrido desde el momento en que se alega que ocurrió la violencia sexual (12). En estos casos, también deben informarle a la víctima que, de resultar embarazada, tiene derecho a interrumpir ese embarazo. De acuerdo con lo establecido en el art. 86 inc. 21 del Cód. Penal, y de conformidad con lo establecido por la CS en el caso F. A.L. sobre medida autosatisfactiva” (2013) se trata de un aborto no punible que no debe ser judicializado. Por otro lado, deben impedir que se lleven adelante exámenes que no guardan estricta relación con el hecho que se pretende probar. Vale la pena destacar que las mujeres víctimas de violencia pueden ser reacias a ser examinadas, mal interpretadas por el médico e incluso puedan recordar experiencias pasadas durante el peritaje (13). Estas cuestiones deben ser tenidas en cuenta y anticipadas. Los exámenes médicos implican la inspección de zonas íntimas del cuerpo de la persona, lo que puede afectar su sensibilidad y pudor por lo que debe requerirse su consentimiento. Las y los profesionales intervinientes tiene allí un rol importante en poder explicarle en qué consiste la medida, por qué es importante para la investigación y que tiene derecho a negarse a la inspección de su cuerpo. Si la mujer víctima de violencia no presta su consentimiento, el sistema de administración de justicia no debe realizar el examen. Por otro lado, esta circunstancia no puede ser utilizada para desacreditar el testimonio de la denunciante o impedir la investigación del hecho (14). Por otro lado, también las o los profesionales deben garantizar que se respete su derecho de concurrir al médico/a legista o del Cuerpo Médico Forense, acompañada e ingresar al consultorio con una persona de su confianza durante el desarrollo de la medida (15), si es que así lo desea. La víctima tiene que saber que el/la profesional médico no puede forzarla a revisiones que no sean estrictamente necesarias y solamente en las partes de su cuerpo donde ha sido lesionada, etc. Las y los profesionales intervinientes deben asegurarse de que la orden dirigida al Cuerpo Médico Forense o a cualquier otra institución encargada de realizar el examen médico indique expresamente el deber de respetar los derechos de la mujer (no deben darlo por supuesto). Además, tienen derecho a que los exámenes médicos sobre su cuerpo sean practicados por personal profesional especializado y con perspectiva de género (16), de ser posible, del género que ellas indiquen.

En ciertos casos, la realización de un peritaje psiquiátrico/psicológico sobre la mujer que está atravesando una situación de violencia puede ser una medida idónea para constar las secuelas psicológicas de la violencia de género [por ejemplo, síntomas de estrés postraumático, depresión, ataques de pánico, fragmentación de la memoria, irrupción de recuerdos despertados por disparadores, etc. (17)] y para acreditar indirectamente el hecho investigado. Pero también es cierto que pueden hacer resurgir o agravar el trauma sufrido por la persona, por lo que generan un riesgo de revictimización. Es posible que algunas mujeres no presenten secuelas psicológicas a pesar de haber sufrido situaciones de violencia (por ejemplo, por el tiempo transcurrido, porque hicieron terapia, etc.). Por este motivo, las y los profesionales intervinientes deben evaluar la pertinencia de esta medida caso a caso y solicitarla solo cuando entiendan

que ello ayudará para probar los hechos, mas no como un examen de rutina. Esta medida se debe orientar exclusivamente a constatar las consecuencias psicológicas de la violencia sobre la mujer y en ningún caso se debe utilizar para evaluar su credibilidad. Al respecto, muchos juzgados disponen esta clase de medidas de manera automatizada y con el fin de evaluar si la víctima presenta indicadores de fabulación. Esta práctica debe ser corregida a través de la presentación de escritos que objeten esa forma de disponer las medidas y se orienten hacia la constatación de secuelas vinculadas a los hechos de violencia.

La recepción del testimonio de las víctimas de violencia presenta ciertas complejidades debido a las características de estos casos. Las víctimas tienen o han tenido una relación con su agresor, con quien pueden mantener un vínculo afectivo, que seguramente reviste ambigüedades. Algunas mujeres pueden haber sufrido distintas formas de agresiones (psicológicas, físicas, sexuales, etc.) durante mucho tiempo y encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad. Al momento de hacer la denuncia aún pueden verse inmersas en el “círculo de la violencia” o en situaciones de dependencia económica, emocional o psicológica. También pueden estar expuestas a riesgos actuales o inminentes, que no siempre expresan a sus interlocutoras/es. Si han acudido a otras agencias públicas en busca de ayuda y no han recibido un trato adecuado ni obtenido respuestas, es posible que desconfíen del sistema de justicia. Las o los profesionales intervinientes deben tener en cuenta estas particularidades, estando atentas/os al modo en el que se producirá y valorará su declaración. Una buena estrategia puede ser adelantar este contexto para prevenir tanto situaciones revictimizantes como valoraciones fragmentadas de su testimonio.

El testimonio de la víctima debe ser analizado (y presentado) en conjunto con los elementos que demuestran el contexto de violencia de género. Debe tenerse en cuenta las características particulares que presentan estos casos, como la frecuente inexistencia de testigos directos, ya que los hechos suelen ocurrir puertas adentro, el carácter cíclico de la violencia, las dificultades que experimentan las víctimas para denunciar por los lazos afectivos que mantienen con el agresor, por las presiones culturales y/o familiares vinculadas a los roles de las mujeres e importancia de la conservación de la familia, por temor a lo desconocido, etc. Este contexto debe ser presentado, explicado por las o los profesionales y no dado por conocido o supuesto por el sistema de justicia. Con frecuencia, el testimonio de la víctima es la única prueba directa del hecho ya que las agresiones suelen ocurrir en el interior de un lugar determinado o bien, en la intimidad de una pareja. En este punto, se ha sostenido “...que la convicción judicial para resolver no depende de la cantidad de los elementos de prueba que se producen durante el juicio sino del valor y la fuerza probatoria que —fundada y racionalmente— se le asigne a los mismos, ‘incluso cuando ella principalmente se asiente en el relato de la víctima’ (18). Desconocer el testimonio de la víctima en este tipo de hechos constituiría una forma de violencia institucional revictimizante contraria a los parámetros internacionales en la materia. En igual sentido hay jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, si bien se refiere a un caso de violencia sexual, puede ser aplicada a estas situaciones. Así en el caso “Loayza Tamayo Vs. Perú (19)”, el Tribunal sostuvo que, en general, la violación sexual se caracteriza por producirse en ausencia de testigos

y que, “dada su naturaleza”, no se puede contar con pruebas documentales o gráficas, por lo que la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental.

En muchos casos existen otras pruebas indirectas (indicios) y de contexto que permiten corroborar el relato de la víctima y acreditar lo ocurrido. Pero aún en los casos en los que solo se cuenta con el testimonio de la mujer damnificada, esta circunstancia no impide la formulación de la acusación y la condena del imputado, ya que nuestro sistema de valoración probatoria se basa en la sana crítica y no adopta la regla “testigo único, testigo nulo”.

Otro tema importante es el relativo a la retractación de la víctima y sus efectos tanto en la credibilidad de su testimonio como en su incidencia en el proceso. En este punto, también puede encontrarse jurisprudencia que comienza a aceptar esta circunstancia no para descartar el testimonio sino para confirmar su verosimilitud. En efecto ya se ha sostenido que “la pretensión de la defensa para que se clausure la persecución penal en virtud de la reconciliación de la pareja, no solo carece de sustento en las constancias de la causa, sino que tampoco ostenta apoyadura legal. En efecto, si bien surge de la declaración de la víctima que ha reanudado la convivencia, ella no manifestó en momento alguno que haya perdonado las agresiones sufridas y, en cualquier caso, debe recordarse que aún si existiera habilitación legal para homologar “acuerdos” que cancelen la persecución penal, debería evaluarse la igualdad de posiciones de las partes al momento de negociar, pues, en los casos de violencia de género frecuentemente las “reconciliaciones” se producen en un contexto de desigualdad, derivado de las secuelas psicológicas que inflige la violencia intrafamiliar y —muy particularmente— por la dependencia emocional y económica que usualmente somete a las mujeres víctimas de violencia a los engaños de sus agresores (cfr. Rodríguez, Marcela, “Algunas consideraciones sobre delitos contra la integridad sexual de las personas”, en Birgin, Haydee (comp.), *Las trampas del poder punitivo*, Biblos, Buenos Aires, 2000, ps. 166-169) (20).

Debido a la fragmentación de los conflictos de violencia de género en distintas causas penales y civiles, es común que las víctimas deban declarar varias veces ante distintos organismos. La reiteración del testimonio es una de las mayores instancias de revictimización de las mujeres que padecieron violencia de género. Las audiencias testimoniales interfieren en las actividades cotidianas de las personas (por ejemplo, trabajo, cuidado de sus hijas/os, etc., entre otras.) y tienen un alto costo emocional, al tener que revivir sucesos traumáticos. Por otro lado, si una mujer es citada varias veces para declarar sobre los mismos hechos es probable que sienta que no ha sido escuchada debidamente y que disminuya su confianza en la efectividad del sistema de justicia, lo que desalienta su participación en el proceso. Por estas razones, las o los profesionales intervinientes deben estar atentos para que no se produzcan estas situaciones, requiriendo, en caso de que sea citada para que explique nuevamente los hechos relatados que se identifiquen con precisión los puntos que debe aclarar o profundizar, a fin de evitar su victimización secundaria.

Esta pauta de actuación no implica excluir a la víctima del proceso y negarle su derecho a estar informada sobre el estado de la causa. Las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables (Reglas de Brasilia) (21), establecen que el daño sufrido por la víctima

del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria o revictimización). También procuran garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquellas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida.

Durante las audiencias testimoniales, las víctimas de violencia de género pueden experimentar sensaciones adversas que dificultan su relato. El recuerdo de los hechos traumáticos puede provocar la reexperimentación de sentimientos de dolor y angustia. También es común que sientan miedo, culpa o vergüenza (por el riesgo de nuevas agresiones, por la incertidumbre sobre lo que le ocurrirá a su pareja o a sus hijas/os, por tener que contar hechos que afectan su pudor, etc.). Dadas estas particularidades, se deben aplicar pautas especiales para recibir el testimonio de mujeres víctimas de violencia de género. Estas pautas están orientadas a evitar la revictimización de la persona y asegurar la obtención de la información necesaria para la investigación. Las o los profesionales deben procurar que así se haga, tanto en el ámbito propio de su intervención como cuando interviene la justicia. Una forma de hacerlo es por ejemplo adelantar las condiciones que se deberán tomar en cuenta durante la declaración de la víctima, mencionando las normas que sustentan la solicitud y colaborando con ello, no solo a evitar la revictimización de la mencionada sino también a la incorporación de la perspectiva de género y derechos humanos en el sistema de justicia.

Ahora bien, analizando la prueba en casos de violencia de género, nos surge un interrogante: “¿A quién le corresponde la carga de la prueba?”

Para dar respuesta a la misma, debemos recordar en qué consiste lo que en Derecho denominamos la carga de la prueba. “Y esto no es otra cosa que al que afirma determinados hechos corresponde probarlos. Y esto, que en Derecho Civil coloca en una posición equidistante, en penal viene reforzado por una de las garantías del estado de Derecho: ‘la presunción de inocencia’. No podemos pasar por alto que una de las principales pruebas viene constituida por la prueba testimonial” (22). Y el testimonio de la víctima es una prueba en sí misma que habrá de ser valorada en su conjunto, aplicando el principio de libre convicción o sana crítica que establece nuestro sistema de Derecho, suficiente para probar el hecho alegado.

Existe una abundante y constante jurisprudencia que fija las condiciones para valorar el testimonio de la víctima cuando este, como prueba testimonial, es la única prueba de cargo con la que se cuenta.

“El Derecho nos proporciona suficientes herramientas para valorar la prueba adecuadamente. Otra cuestión sería, quizás, dotar a quien haya de juzgar de medios y formación suficiente para abordar el problema de un modo más especializado y con el tiempo suficiente para hacerlo” (23).

Por ello el juzgamiento debe ser con perspectiva de género, que remedie la desigualdad en perjuicio de la mujer, desigualdad provocada por pautas culturales y estereotipos de género que posicionan al varón respecto de la mujer en un binomio superior/inferior.

Cita online: AR/DOC/518/2021

VVS%20Web.pdf

(12) Corte IDH, Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, Sentencia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20/11/14, párr. 257.

(13) GALIMBERTI, Diana, “Efectos de la violencia sobre la salud reproductiva”, Comité de derechos sexuales y reproductivos FLASOG - ARGENTINA.

(14) Corte IDH, Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, ob. cit., párr. 256.

(15) Corte IDH, Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, ob. cit., párr. 252; Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Sentencia, excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas, del 30/08/2010, párr. 194; CIDH, Informe sobre Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica, 2011, párr. 350.

(16) Ley 26.485, art. 16 inc. j.

(17) GALIMBERTI, Diana, ob. cit.

(18) <http://www.jusonline.gov.ar/Jurisprudencia/textos.asp?id=11102&fallo=true&op=3&Texto=#>

(19) Cf. Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México.

Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30/08/2010. Serie C No. 215, párr. 100 y Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/08/2010. Serie C No. 216, párr. 89

(20) Cámara Federal de Casación Penal, sala II, “B., E.D.”, 30/4/2014 (Causa n° 1.335/13, Reg. 671/14).

(21) Son un conjunto de 100 reglas que consagran los es-

tándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en marzo de 2008.

(22) Conforme entrevista a Susana Gisbert es fiscal en la Audiencia Provincial de Valencia. 05/09/2017. <https://confilegal.com/20170905-la-carga-la-prueba-la-violencia-genero/>

(23) *Ibidem*.

Derecho tributario y género



Silvina É. Coronello

Abogada (UBA). Especialista en Derecho Tributario (UBA). Doctoranda en Derecho Fiscal (UBA). Estudio Coronello & Asociados. Docente de grado y posgrado en distintas universidades.

El derecho tributario comprende el conjunto de normas y principios jurídicos que tienen por objeto la regulación de aquellos ingresos públicos que tienen carácter tributario (1), y debido a su autonomía se rige por principios propios y posee institutos, conceptos y objetos también propios.

Durante los últimos tiempos, la mirada de género atraviesa todos los aspectos de nuestra vida en sociedad, a fin de lograr los cambios indispensables para alcanzar la igualdad real, y por supuesto, también atraviesa el derecho en general y el derecho tributario en particular.

Algunas bases en materia de género han sido fijadas por la “Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer” (CEDAW) -incluida entre los pactos constitucionalizados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional- y la Convención de Belém do Pará.

A ello se suman pronunciamientos de distintos organismos internacionales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), a partir de sus Recomendaciones en Equidad de Género de los años 2013 y 2015 (2) y ONU Mujeres y Comisión Interamericana de Mujeres de la OEA (CIM/OEA) a partir de la elaboración de “Estándares de protección de los derechos humanos de las mujeres” (3), en los cuales se documenta la desigualdad de género y se brindan herramientas superadoras con perspectiva de género.

En nuestro derecho positivo, la ley 26.485 de “Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres”, establece distintos tipos de violencia: física, psicológica, sexual, simbólica, económica y política. También se encuentra vigente la ley 27.412 de “Paridad de Género en los ámbitos de representación política”, que modificó el Código Electoral Nacional, introduciendo la paridad de género en las listas de candidatos/as a diputados/as y senadores/as nacionales, y el método de sustitución, en caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente. Asimismo, rigen normas de distinta jerarquía que han incorporado reglas tendientes a lograr la equidad en diversos ámbitos.

Ello es necesario toda vez que para el género femenino la igualdad ante la ley resulta ficticia como consecuencia de los mandatos y estereotipos socioculturales del sistema patriarcal —entre los cuales tiene gran incidencia la feminización de las tareas de cuidado— (4).

Esta cuestión no es privada, sino que es social y por lo tanto es necesario revisar el rol del Estado a través de sus distintos poderes para actuar con la debida diligencia modificando patrones sociales y culturales de comportamiento, eliminar prejuicios y prácticas consuetudinarias basadas en la supuesta superioridad/inferioridad de los géneros y roles estereotipados, aplicar el enfoque de género y adoptar e interpretar las normas con perspectiva de género (5).

En nuestra materia, deben revisarse las finanzas públicas y el derecho financiero, atendiendo a la elaboración de presupuestos con perspectiva de género (6), lo que implica orientar el gasto público a disminuir la brecha de género existente en la actualidad en los diversos ámbitos. Al respecto debe señalarse que en los últimos años se han registrado avances en la materia, que van desde la creación de un ministerio específico, la implementación de programas para incorporar la perspectiva de género (como la Ley Micaela o la Ley de ESI), el estudio del sistema integral de cuidados y consolidación del mapa federal de cuidados; y los planes de acompañamiento en casos de violencia. Sin embargo, también debe señalarse la urgencia de asignar las partidas presupuestarias que resulten necesarias para implementar acciones concretas extraordinarias a fin de eliminar los femicidios —que nos cuestan la vida de una mujer por día y que destruyen a sus familias para siempre—, y erradicar la violencia de género en todos sus tipos y modalidades. Sin presupuesto no hay programa posible.

Ahora bien, específicamente en materia tributaria, no puede soslayarse la necesidad de interpretar los diversos institutos que integran el derecho tributario sustantivo, analizando la relación jurídico-tributaria, y sus elementos esenciales —hecho imponible, base imponible, alícuotas, exenciones y sujetos— desde una mirada de género; lo cual tiene estricta relación con los principios constitucionales.

Por ello, desde el derecho constitucional tributario resulta indispensable resignificar todos y cada uno de los principios, derechos y garantías que integran el denominado estatuto del contribuyente.

Con respecto al principio de reserva de ley, cabe recordar que la ley formal y material debe regular “los aspectos sustantivos del derecho tributario (creación, modificación, exención, derogación de tributos y configu-

ración de sus elementos estructurales)” (7); lo cual implica que el hecho imponible, los sujetos, la base imponible y las alícuotas deben definirse legalmente.

El principio de reserva de ley encuentra sustento en la representación democrática que detentan nuestros legisladores y legisladoras; por lo tanto, resulta indispensable la paridad en dicha representación, a fin de propiciar el tratamiento de cuestiones de género como así también la amplitud de debate y opiniones. Ello así por cuanto, la paridad en la representación es el resultado de la manifestación de una vida política para las mujeres libre de violencia y el ejercicio del derecho a participar en los asuntos públicos y políticos en condiciones de igualdad con los varones. De esta manera, la paridad en la representación democrática trae como consecuencia la resignificación del principio de reserva de ley desde una perspectiva de género, permitiendo que la normativa en materia tributaria recepte los nuevos paradigmas y propicie los cambios que resulten necesarios para lograr la igualdad real (8).

En tal sentido, esta ficticia igualdad ante la ley genera una lesión al principio de igualdad en la ley en materia tributaria, toda vez que se tratan igual situaciones que en los hechos no lo son (9).

En efecto, en las áreas laboral y profesional, debería contemplarse que las mujeres para poder cumplir con las tareas de cuidado —por el momento a su cargo— (10), deben resignar horas de estudio o trabajo; o realizar gastos para su tercerización, todo lo cual disminuye su capacidad contributiva. Por ello, el Estado debería facilitar los medios para la realización de dichas tareas a través de acciones específicas —aparentemente en estudio—, como así también establecer exenciones y beneficios impositivos que propicien los cambios [como por ejemplo deducciones en la Ley de Impuesto a las Ganancias (11) relativas a tales gastos, que permiten a la mujer obtener, mantener y conservar la renta gravada (12)].

Asimismo, consideramos que otro paso necesario para lograr la igualdad real sería la eliminación de los impuestos que gravan los productos de gestión menstrual, que resultan de uso indispensable para la actuación en sociedad de las mujeres, y que en consecuencia deberían encontrarse exentos.

Al respecto, resulta relevante considerar la jurisprudencia comparada, toda vez que la Corte Constitucional de Colombia en la sen-

tencia C-383/19 dictada el día 21/08/19 en la causa “Rojas Salinas Eylon” (13) mediante la cual ratificó su precedente “Virviescas Ibarquien, Danilo” (14) de fecha 14/11/18, y declaró inconstitucional el Impuesto al Valor Agregado del 5% sobre los productos de higiene femenina menstrual e incluyó tales productos en el listado de bienes exentos del citado impuesto, por considerar que dicha imposición carece de justificación constitucional razonable y constituye una afectación desproporcionada a la igualdad y equidad tributaria frente a las mujeres, como así también a los compromisos de protección de la mujer asumidos en los tratados internacionales firmados por dicho país: la Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la Convención de Belém do Pará y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (15).

En la línea de ideas indicada, la desigualdad en el acceso a la educación y al trabajo para las mujeres resulta palmaria y trae como consecuencia la brecha económica que vulnera el ejercicio del derecho de propiedad para el género femenino (16). Por ello resulta necesario un cambio de paradigma que active el rol del Estado a fin de garantizar mediante políticas públicas una economía en la cual tanto hombres como mujeres y diversidades puedan acceder y ejercer el derecho de propiedad en igualdad de condiciones.

Asimismo, resulta fundamental la resignificación del principio de tutela efectiva en materia tributaria, toda vez que se trata de una garantía que permite la vigencia del resto de derechos, principios y garantías de los contribuyentes, y al igual que aquellos debe ser interpretado y aplicado con perspectiva de género.

En tal sentido, el Poder Judicial, los tribunales jurisdiccionales y la administración, deben realizar el control de convencionalidad conforme el art. 7 de la Convención de Belém do Pará y recomendación 30 de la CEDAW, en los términos señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa “Almonacid Arellano” del 26/9/06. En el citado precedente se sostuvo que, si un Estado es parte de la convención, todos sus órganos, incluidos los jueces, se encuentran obligados a velar porque las disposiciones de la convención no se vean mermadas por normas contrarias, incluso deben realizar el control de convencionalidad de oficio. Por eso los estados parte deben incluir la mirada de género en la interpretación y aplicación del derecho positivo.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) NAVIRA DE CASANOVA, Gustavo “Derecho Tributario”, Editorial Estudio, p. 27.

(2) OCDE Gender Equality: <http://www.oecd.org/gender/>. En particular el Reporte “La búsqueda de la igualdad de género. Una batalla cuesta arriba” del año 2018 que puede consultarse en: <http://www.oecd.org/centro-demexico/publicaciones/Busqueda%20Igualdad%20de%20genero-RESUMEN.pdf>

(3) El documento “Estándares de protección de los derechos humanos de las mujeres” puede consultarse en <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2020/08/estandares-de-proteccion-de-derechos-humanos-de-las-mujeres>

(4) En relación con las tareas de cuidado se ha desarrollado la “Economía del cuidado” que reseña Rodríguez Enríquez, Corina “Economía Feminista y Economía del cuidado” publicado en *Nueva Sociedad* N° 256, marzo-abril de 2015, ISSN: 0251-3552.

(5) Cabe aclarar que, si bien nos referimos al género femenino, entendemos que todos los principios resultan aplicables también a las diversidades.

(6) En nuestro país, el presupuesto nacional vigente ha sido elaborado con perspectiva de género.

(7) CASÁS, José Osvaldo, “Derechos y garantías constitucionales del contribuyente a partir del principio de reserva de ley en materia tributaria”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 237.

(8) CORONELLO, Silvina, “Reflexiones sobre el principio de reserva de ley desde una perspectiva de género”, a publicarse en la Revista de Tributación Digital de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales que se encuentra en edición.

(9) El tema ha sido tratado por la autora en “Resignificación del principio de igualdad en materia tributaria desde una perspectiva de género” La ley, *newsletter fiscal* N° 3853 del 25/07/2019

(10) La valoración de las tareas de cuidado, se ha visibilizado a través de (i) informe “Los cuidados, un sector

económico estratégico. Medición del aporte del Trabajo doméstico y de cuidados no remunerado al Producto Interno Bruto” presentado el 1/9/20 por la Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género del Ministerio de Economía, que indica que las tareas de cuidado representan el 15,9% del PBI y en un 75,7% son realizadas por mujeres; (ii) la referencia a las tareas de cuidado que realiza la ley 27.555, que regula el teletrabajo; (iii) elaboración de un Proyecto de ley del Sistema Integral de Cuidados y consolidación del Mapa Federal de Cuidados por parte del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad.

(11) Ley 20.628, texto ordenado por el dec. 649/97, modificada posteriormente por la ley 27.430, entre otras.

(12) Esta deducción actualmente se limita a la del personal de casas particulares regulado por la ley 26.844, quedando afuera el resto de los casos que no optan por esta modalidad de tercerización. Por tal razón, debería incluirse la posibilidad de deducción de otros gastos relativos a (i) las tareas domésticas; (ii) el cuidado de niños y niñas en

jardines maternos, guarderías infantiles, doble jornada escolar, clubes de estudio, escuelas de música o clubes deportivos, y (iii) el cuidado de personas con discapacidad y/o personas mayores, en hogares de día, centros de rehabilitación o centros recreativos; que representan algunas de las otras opciones utilizadas por las mujeres para desarrollar su actividad laboral o profesional.

(13) El fallo puede consultarse en <https://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2019/C-383-19.htm>.

(14) El fallo puede consultarse en <https://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2018/C-117-18.htm>

(15) Los fallos han sido comentados por la autora en “La inconstitucionalidad del IVA en productos de gestión menstrual”, publicado en el Suplemento Tributario de ElDial.com el 12/12/2019.

(16) El desarrollo del tema puede revisarse en el artículo de la autora “La desigualdad como límite al ejercicio del derecho de propiedad para el género femenino” publicado en *Revista Género y Derecho Actual*, junio 2020, p. 15.

En tal sentido nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Saneli” (17) de fecha 04/06/2020 revocó la sentencia de Cámara debido a que se había juzgado siguiendo un estereotipo de género y edad que resulta contrario a la pauta internacional en materia de violencia contra la mujer y violencia sexual, conforme el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa “Veliz Franco”.

También destacamos la sentencia dictada el 02/10/2019 en la causa “Fiscalía Civil, Comercial y del Trabajo c/F. M. D. V. s/ Cobro Ejecutivo” por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales, Cobros y Apremios N°2 del Centro Judicial de Concepción de la Provincia de Tucumán, en la cual se rechazó la ejecución fiscal por inexistencia de deuda (18). Dicha decisión solo resultó posible

por la flexibilización del limitado marco cognoscitivo del juicio ejecutivo, la realización del control de convencionalidad y del título ejecutivo de oficio, y, en definitiva, por la aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva con perspectiva de género.

Por lo tanto, resulta indispensable aplicar la perspectiva de género al *derecho procesal tributario*, mediante la cual como juristas debemos introducir tales planteos para permitir su análisis en sede administrativa, jurisdiccional y judicial; mientras que los órganos estatales deben incluir la mirada de género en la interpretación y aplicación del derecho positivo —aún si no ha sido planteado—, toda vez que la tutela en materia tributaria no resulta realmente efectiva si carece de perspectiva de género.

Por otra parte, así como el derecho penal en general debe interpretarse y aplicarse con perspectiva de género, de igual manera debe procederse con los distintos institutos y principios que integran el *derecho penal tributario* en relación a todos los ilícitos que lo integran, es decir tanto las infracciones como los delitos, como así también a sus principios y garantías.

En otro orden de cosas, en un contexto de economía globalizada, consolidada a través de su digitalización, devine ineludible que en el *derecho internacional tributario* tanto las operatorias, como los tratados, los convenios para evitar la doble imposición y los acuerdos de intercambio de información, se interpreten desde la perspectiva indicada, en concordancia con los tratados internacionales vigentes en materia de género.

Por supuesto que todos los aspectos generales del derecho tributario deben reflejarse en los distintos tributos que integran nuestro *sistema tributario*. En tal sentido, destacamos la incorporación de perspectiva de género en distintas normas que integran nuestro derecho tributario positivo (19), y la presentación de diversos proyectos con dicha finalidad (20).

En orden a lo expuesto, resulta indispensable que el derecho tributario recepte los nuevos paradigmas que permitan resignificar sus institutos, principios y derechos desde una perspectiva de género, a fin de lograr la igualdad real y, en definitiva, una sociedad más justa y equitativa.

Cita on line: AR/DOC/548/2021

(17) Fallos: 343:354.

(18) CORONELLO, Silvina, “Resignificación del principio de tutela efectiva en materia tributaria desde una perspectiva de género” publicado en *Doctrina Tributaria Errepar* de diciembre de 2020.

(19) A nivel nacional podemos citar la ley 27.506 modificada por ley 27.570 y la ley 27.605, entre otras. Mientras que a nivel local varios municipios (por ej. Morón, San Rafael y Santa Fe) han establecido la distribución gratuita de los productos de gestión menstrual por considerarlos una

obligación pública.

(20) Propuesta de Reforma Tributaria del Consejo Profesional de Ciencias Económicas con perspectiva de género, presentada en el año 2020; Diversos proyectos de ley que proponen la exención del Impuesto al Valor Agregado

para los productos de gestión menstrual -entre otros el de la Campaña Menstruación generada por Economía Femenina (s)ta-.

Transparencia de género en la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información 2.0 y el rol de la justicia tributaria



Agustina O'Donnell

Abogada (UBA). Vocal del Tribunal Fiscal de la Nación. Master en Derecho Administrativo (Univ. Austral). Profesora de Derecho Tributario en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCES y de Derecho Financiero y Género en la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro de la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina (AMJA).

SUMARIO: I. Introducción.— II. La Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información de la OEA (2010).— III. Conclusión.

I. Introducción

En nuestro país, por decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la información pública no pertenece a las personas, es decir no es propiedad de la agencia o dependencia en la que obra depositada y el acceso a ella no se debe a una gracia o favor del gobierno (1), lo que implica que debe ponerla a disposición de la ciudadanía —activamente o a su requerimiento— para que sea conocida, compulsada y utilizada para diferentes fines.

Teniendo en cuenta los altos índices de desigualdad que existen en todos los planos entre hombres y mujeres, entre ellos en el laboral y consecuentemente en el económico y/o patrimonial, la transparencia y el acceso de cualquier actor de la sociedad a toda la información sobre este tipo de desigualdad es fundamental, tanto la de aquella que la exterioriza y pone en evidencia, como las estadísticas, en este caso para que sea conocida y como tal para que sea de público conocimiento, como la de la que la ocasiona, es decir, sus causas. También es de suma importancia que se den a conocer sus posibles remedios, es decir, las políticas públicas que se implementan para contribuir a reducir las diferentes brechas, como planes, programas, y los recursos destinados a ellas, que en términos financieros se denominan presupuestos con perspectiva de género.

Igual de importante es que se conozcan las sentencias que se refieren, en sus hechos y en

su parte resolutoria o solamente en sus hechos, a la desigualdad de género y sus posibles factores. Es que las decisiones de los tribunales que imparten justicia muchas veces dejan al descubierto información relevante sobre patrones de conducta de las personas y de las empresas, en relaciones sociales, familiares, o personales, ya sea a la hora de asociarse, de contratar y de pagar sueldos u honorarios, y, en lo que aquí más interesa, gracias a la política de *gobierno abierto judicial* que rige en nuestro país, se publican en los portales oficiales de los propios tribunales de las que emanan.

Así, cada vez más a menudo son las decisiones judiciales las que, tanto en el relato de los hechos como en la fundamentación de la decisión que en definitiva se adopta, se preocupan por destacar los denominados *patrones socioculturales* que como conductas reiteradas en el tiempo han llevado a naturalizar y hoy a enquistar la desigualdad en prácticamente todos los campos en los que hombres y mujeres comparten el mismo espacio.

De allí la importancia que las controversias que dan lugar a esas sentencias, de corresponder, sean analizadas con perspectiva de género, es decir que además del derecho sustantivo invocado, público o privado, se tengan en cuenta otras normas, nacionales y, más aún, las de los tratados internacionales que tutelan los derechos de las mujeres y procuran eliminar las barreras que afectan sus derechos, razón por la cual a través de diferentes normas, legales y reglamentarias, se exige desde hace unos años la capacitación obligatoria de magistrados y magistradas y, en

general, de todas las personas que integran el sistema de justicia en esta materia.

La transparencia activa de sentencias es de suma importancia, ya que su publicación en portales oficiales de los poderes judiciales permite que sean replicadas por otros portales y editoriales de propiedad privada por medios tecnológicos, y así son públicas y de conocimiento accesible y directo para toda la ciudadanía. Hoy, además, los grandes replicadores de las sentencias judiciales son las personas, humanas y jurídicas, que las difunden en sus redes sociales, personales como Instagram, Twitter, Facebook, y profesionales, como LinkedIn. El acceso al texto de la sentencia tiene así un efecto expansivo imposible de delimitar, igual que el resto de la información que circula en la red, con la diferencia que la sentencia fija, para un caso en concreto, una regla de conducta, y puede allí sancionar patrones de conducta nocivos aplicables a muchas otras personas que también pueden hacer valer para que sean corregidos en sus propios ámbitos.

A diferencia de otros sistemas jurídicos, como el español y el mexicano, en el nuestro las sentencias se dan a conocer con sus datos completos, incluso aquellos más íntimos, como los filiatorios, salvo algunas excepciones consagradas en leyes especiales (v.g. juicios de menores, familia, Ley de Violencia contra la Mujer).

En el año 2010, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó la Ley Modelo de Acceso a la Información. Unos años antes, el 19/09/2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte

IDH) había dictado su sentencia fundamental en el reconocimiento y calificación del derecho de acceso a la información pública como un derecho humano y, además, autónomo o independiente de los demás derechos humanos, en la causa “Claude Reyes”. Dijo allí que “...en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones”.

Muchos países en la región dictaron sus legislaciones sobre Acceso a la Información Pública. En Argentina, la ley 27.275 fue sancionada el 02/09/2016 pero rigió un régimen similar aprobado por el decreto 1172/2003 (BO. del 04/12/2003), aunque solo para la información obrante en el Poder Ejecutivo, pero ya allí se implementó un gobierno abierto, aunque con limitaciones; la política de gobierno abierto judicial comenzó con la Acordada CS N°1/2004 (11/02/2004) y rige aún en la actualidad.

Se señala aquí esto porque el 21/10/2020, diez años después, la Asamblea aprobó una nueva versión de la Ley Modelo de Acceso a la Información Pública, esta vez 2.0, y si bien allí se introducen disposiciones tendientes a ampliar el campo de aplicación de este derecho, dada su estrecha relación con la adopción de *standards* de democracia de calidad, cuando se trata de *gobierno abierto judicial* se decidió “...posponer la discusión del tema del acceso a la información pública en posesión o custodia del poder judicial para otro momento, incorporando la participación de oficiales de información de los poderes judiciales y

expertos en el tema que puedan aportar una perspectiva más completa de las particularidades del proceso judicial, entre otras, las necesidades de mantener cierta información clasificada durante determinadas etapas del proceso, las implicaciones de la publicidad para la protección de víctimas, testigos y menores de edad, etc.”

Es decir que la transparencia de las decisiones judiciales que rige en nuestro país fue y es aún una política innovadora en la Región.

II. La Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información de la OEA (2010)

Pero en lo que a este trabajo importa, la ley modelo en su nueva versión incorpora en forma novedosa transparencia activa o proactiva de la información vinculada al género.

En sus Considerandos se dice que “...se veló por la incorporación de la perspectiva de género, reconociendo la oportunidad de proponer textos que conviertan a la Ley Modelo 2.0 en uno de los primeros instrumentos jurídicos del Sistema Interamericano en incorporar esta perspectiva desde su diseño”.

Así, entre la información sujeta a información proactiva, es decir que el Estado debe publicar en sus propios portales, se destaca la del Apartado E)

“Información relevante y necesaria para promover una mayor equidad de género, como, por ejemplo, el cálculo de la brecha salarial, la información sobre programas existentes que benefician a las mujeres, estadísticas o indicadores con relación a la inclusión laboral, la salud, entre otros” (inc. a).

De igual modo, se sugiere a los países difundir, “Información detallada sobre los indicadores de progreso y estadísticas que permitan verificar el cumplimiento en la implementación de la equidad de género, así como en la atención de las necesidades de otros grupos específicos de la sociedad, incluyendo el impacto generado para dichos grupos” (inc. c),

así como también “la lista de subsidios otorgados a dichos sectores de la sociedad, desahogados por grupo” (inc. d).

Por último, algo que es de suma importancia, se incluye también entre la información a difundir sin requerimiento expreso: “Información sobre los estándares de protección de derechos humanos contenidos en tratados internacionales, así como recomendaciones, informes o resoluciones emitidas por los órganos públicos del Estado u organismos internacionales en esta materia de derechos humanos y las acciones que han llevado a cabo para su implementación” (inc. e), dando cuenta así de que la protección de los derechos de esta clase es ante todo un compromiso asumido por los países ante la comunidad internacional en el marco de tratados de derechos humanos, en Argentina, además, incorporados a la Constitución Nacional.

Visibilizar este tipo de datos, en los portales públicos y en los restantes que los replican y permiten que lleguen a muchas personas, genera conciencia en hombres y mujeres sobre la real existencia de la desigualdad, que no es un fantasma, ni tampoco una postura ni una moda; que no es de ahora, sino histórica, que no es de Argentina solamente sino del resto de los países también, pero que, como tantos otros males pandémicos, afecta en mayor medida a las mujeres de poblaciones con otras desigualdades. Genera también conciencia en jueces y juezas de la necesidad de incorporar en sus análisis a la perspectiva de género, aunque sea para descartar que en la controversia haya que aplicarla.

III. Conclusión

Las estadísticas oficiales y privadas, en Argentina y en el resto del mundo y en particular en los países de Latinoamérica, muestran una desigualdad laboral entre hombres y mujeres, tanto por el acceso como por el tipo de trabajos que realizan, la forma en que son contratados y la remuneración que perciben. Esa diferencia ocasiona, a su vez y en líneas generales, otra de índole económica, por los

menores ingresos, y patrimonial también, por la menor capacidad de ahorro. El consumo, claro está, también se ve afectado, en particular el de aquellos bienes y servicios que nadie, ni hombres ni mujeres, pueden dejar de consumir para subsistir.

Entre los principios cardinales que rigen en materia tributaria, el de igualdad, junto con el de legalidad y el de capacidad contributiva, todos ellos con expreso reconocimiento en los textos constitucionales, justifican cada uno de los hechos impositivos de los tributos que una vez acaecidos generan la obligación de pagarlos. También justifican las exenciones y demás beneficios que abundan, en general, en los primeros artículos de las leyes de su creación.

Pero históricamente la igualdad en materia tributaria se buscó en la letra de la ley y no tanto en su aplicación. Es quizás en esta reformulación del principio en la que cobra particular relevancia el rol de jueces y juezas.

Es el rol que busca que desempeñe la Corte Suprema cuando hace poco hizo un llamado a no hacer *interpretaciones regresivas* de las normas, es decir lecturas históricas o anacrónicas de las leyes en la que no se tenga en cuenta “...la significación de las normas en juego en el actual contexto en el cual el modelo sociocultural que asignaba únicamente a la mujer la responsabilidad de la crianza de los hijos y de las tareas domésticas se encuentra en pleno proceso de cambio”.

Agregó allí que “En efecto, el paradigma familiar ha experimentado profundas modificaciones en los últimos años orientándose hacia un nuevo modelo en el cual ambos cónyuges —entre los cuales, inclusive, puede no haber diferencia de sexo— se hacen cargo indistintamente de las tareas y obligaciones domésticas y familiares”.

En dicho precedente, la Corte Suprema citó los tratados internacionales protectorios de los derechos de las mujeres, en particular la CEDAW, y dijo así que esos instrumentos “..., im-

ponen a los estados nacionales la obligación de adoptar medidas adecuadas que permitan erradicar el perimido patrón socio cultural que pone exclusivamente a cargo de las mujeres las tareas domésticas y la crianza de los hijos. Es evidente que para cumplir con tal cometido el Estado debe facilitar, incentivar y apoyar la participación de los hombres en esas tareas. Una imprescindible medida de facilitación y apoyo al efecto es la de protegerlos de la discriminación laboral de la que puedan ser objeto a la hora de contraer enlace y asumir, en pie de igualdad con las mujeres, los compromisos propios del ámbito doméstico” -conf. “Puig, Fernando Rodolfo”, *sentencia del 24/9/2020*-.

Los patrones socioculturales viven en los expedientes de todas las materias y fueros, porque se extraen de la información que las partes aportan para dirimir su conflicto. En el caso de las controversias tributarias, mucha de esa información proviene del gran yacimiento de datos que es la Administración Tributaria que goza del secreto fiscal que desde la década del 30 se otorga a los contribuyentes para que *con confianza* declaren a la Administración Tributaria sus obligaciones.

Se trata de la misma información que muchas veces deja en evidencia los *patrones socioculturales* hoy perimidos, como los calificó la Corte Suprema en la jurisprudencia reciente antes citada, que coloca a las mujeres en desigualdad laboral y/o económica, causa y efecto del resto de las desigualdades al no contar con recursos propios para llevar a cabo su propio plan de vida y para afrontar sus contingencias, las leves y las graves como las de la actual pandemia mundial.

De allí lo importante de normativas como la de la OEA, que aquí se comenta, para que toda la información vinculada a la desigualdad de género sea pública y así sea un insumo para la toma de decisiones, de los órganos que imparten justicia también.

Cita on line: AR/DOC/511/2021

La violencia y discriminación en el ámbito laboral, en especial por razón de género



Viviana Mariel Dobarro

Jueza Nacional del Trabajo. Profesora Titular en la Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Discriminación, prejuicios y minorías.— III. Marco jurídico que tutela a las mujeres frente a la violencia laboral.— IV. Prevención, sanción y erradicación de la discriminación y violencia en el ámbito laboral y en particular por razón de género.— V. Conclusiones.

I. Introducción

Este 8 de marzo, fecha en que conmemoramos el Día Internacional de la Mujer, es una nueva ocasión para reflexionar sobre la violencia y la discriminación por razón de género en el ámbito laboral.

En este inicio del año 2021, el Día Internacional de la Mujer, nos encuentra transitando tiempos complejos e inusuales. El mundo entero se encuentra en lucha contra el COVID-19, un enemigo invisible que tiene en jaque a la humanidad toda, sin distinción alguna.

Y, por alguna razón que la psicología o la sociología deberán analizar, han recrudecido prácticas segregacionistas, xenófobas o discriminatorias y violentas. Y, en tal contexto, no podemos soslayar el alarmante incremento de los casos de violencia contra las mujeres y, su consecuencia más grave y visible, que nos interpela duramente como sociedad: femicidios.

Por otra parte, en tiempos en los que como consecuencia de la pandemia la palabra que más hemos pronunciado se vincula con el “cuidar”, “cuidarse”, “cuidarnos”, “cuidados” y, no se puede desconocer, la importancia de

las tareas domésticas y de cuidado y su asignación —al interior de cada familia— preferentemente a las mujeres como consecuencia de los estereotipos de género imperantes, a la par que las enormes dificultades para compatibilizar la vida laboral con la doméstica y las tareas de cuidado familiar y comunitario.

Concretamente, la violencia contra las mujeres puede presentarse en cualquiera de los ámbitos de desempeño o interrelación, es transversal, por ello la ley 26.485 contempla diferentes tipos y modalidades de violencia contra las mujeres, incluida la laboral que es la que nos atañe.

El carácter protectorio que ha distinguido al derecho del trabajo, con una única y exclusiva meta: la tutela de la persona que trabaja, pese a los cambios operados durante más de

un siglo en la forma y modalidades en que se presta el trabajo en relación de dependencia, mantiene plena vigencia. Y ello se debe a que sigue siendo un requisito ineludible para el mantenimiento de la paz social la atenuación —a través de normas de mínima— del desigual poder de negociación de los sujetos de la relación de trabajo. Finalidad que se observa en el art. 17 bis LCT. (1) y que persiste como horizonte de protección.

La discriminación en el trabajo es un fenómeno cotidiano y universal, porque la relación de trabajo, en tanto relación de poder o relación desigual es un campo fértil, un caldo de cultivo para la discriminación. La persona trabajadora siempre está expuesta a la discriminación, o sea, a sufrir un tratamiento peor que el recibido por sus compañeros, por el hecho mismo de la desigualdad, subordinación

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) DOBARRO, Viviana Mariel, “40 años de la L.C.T. El art. 17 Bis: un retorno a los principios generales del Derecho

del Trabajo”, *Revista Derecho del Trabajo*, Infojus, nro. 9, diciembre de 2014.

(2) ERMIDA URIARTE, Oscar, “Protección, igualdad,

o dependencia y más expuesto está cuanto más débil es (2).

Sentado ello, no podemos soslayar el rol crucial que a las mujeres les cupo en la lucha contra la “discriminación”. Uno de los sectores de la sociedad que más tempranamente enarbolará las banderas de la igualdad de trato y la no discriminación. Entre los innumerables ejemplos de tal accionar —en muchas ocasiones con consecuencias trágicas—, cabe mencionar a las trabajadoras muertas en una fábrica de Nueva York en el marco de una lucha por condiciones “dignas” de trabajo, en cuyo honor —según algunas versiones— se instauró el “Día Internacional de la Mujer” (3).

Desde aquellas mujeres que luchaban por el derecho al voto (conocidas como las sufragistas) a las que hoy luchan por los derechos sexuales y reproductivos, el movimiento feminista ha enarbolado diferentes banderas y en ese transcurrir se pueden verificar distintas corrientes y por ello, “... se habla de feminismos...” (4).

Por lo demás, si bien la discriminación por razón de género, especialmente la situación de las mujeres en el mundo del trabajo, es uno de los ámbitos en que mayores avances se produjeron en los últimos dos siglos, todavía queda mucho camino por andar, principalmente en orden a romper el “techo de cristal” y liberarse del “piso pegajoso”. Fenómenos a los que se ha referido la O.I.T. en innumerables oportunidades, considerándolos el principal obstáculo para la inserción y crecimiento profesional de las mujeres; aspecto de la problemática bajo examen que sigue siendo el numéricamente más significativo y también socialmente más difundido.

El análisis referido a las cuestiones de género que, con más frecuencia se presentan en el ámbito laboral, requiere necesariamente un abordaje interdisciplinario, la ciencia jurídica debe recurrir a la sociología, la psicología e incluso a la economía para explicar y pensar estrategias para su abordaje. Debemos relevar y estudiar los datos de la realidad que nos circunda y analizar las prácticas sociales de los últimos 100 años. Debemos pensar en cómo ha sido la inserción laboral de las mujeres y cómo han sido protegidos sus derechos.

II. Discriminación, prejuicios y minorías

Ante todo queremos remarcar que la discriminación constituye un flagelo que puede afectar a la persona humana en cualquiera de los ámbitos en que se desempeña, entre ellos el laboral y trae aparejadas numerosas y

dolorosas consecuencias personales, económicas, sociales y morales (5).

El fenómeno discriminación en el ámbito laboral se enrola dentro de uno más amplio, la de la violencia laboral. Pues la primera constituye una de las posibles expresiones de la segunda de las mencionadas (6).

En toda conducta discriminatoria se encuentra implícito un prejuicio segregacionista; quien discrimina considera a la otra persona inferior, en virtud de su pertenencia a una específica categoría o por tener ciertos caracteres (7) y proyecta una mirada de desvalorización a su respecto.

Los prejuicios (8) al generalizarse, contribuyen a la conformación de estereotipos y suelen originar la segregación de quien los posee.

Párrafo aparte merece el uso del lenguaje y los innumerables estereotipos que a través de él se reproducen socialmente, especialmente por la importancia de la lengua hablada en las relaciones interpersonales, de poder y en la reproducción de patrones culturales que se transmiten de generación en generación; fenómeno que adquiere gran notoriedad en la discriminación por razón de género o por orientación sexual (9).

Hay tanto de cultural en el trato discriminatorio, están tan internalizados en la sociedad algunos prejuicios o estereotipos, que resultan muy difíciles de remover o abrogar y es por ello que los avances en la materia suelen ser muy lentos.

Ahora bien, en el caso de la discriminación y la violencia por razón de género, en su origen, se observa marcadamente la proliferación de prejuicios y estereotipos de género (10) y las inmensas dificultades que se presentan a la hora de juzgar y/o sancionar estos hechos repugnantes o, lo que es más grave, la falta de perspectiva de género en el abordaje de este tipo de casos.

Alda Facio (11) define el concepto de género en el sentido de “gender” o género sexual, como aquellas características, roles, actitudes, valores y símbolos que son impuestos dicotómicamente a cada sexo a través de la socialización y que nos hacen creer que los sexos son diametralmente opuestos. En definitiva, se trata de una construcción social.

Esta construcción simbólica que en las ciencias sociales se denomina género, reglamenta y condiciona la conducta objetiva y subjetiva de las personas. O sea, mediante el proceso de constitución del género, la socie-

dad fabrica las ideas de lo que deben ser los hombres y las mujeres, de lo que se supone es “propio” de cada sexo. Un desarrollo más equitativo y democrático del conjunto de la sociedad requiere la eliminación de los tratos discriminatorios contra las mujeres, sometidas a condicionantes que no son causados por la biología, sino por las ideas y prejuicios sociales, que están entrelazadas en el género. Es decir, por el aprendizaje social (12).

Como expresa Diana Maffía (13), la atribución de características dicotómicas a cada uno de los sexos podría no ser un problema de discriminación contra las mujeres, si las características con que se define actualmente a uno y otro sexo no gozaran de distinto valor, no legitimaran la subordinación del sexo femenino, y no construyeran lo masculino como el referente de todo lo humano.

A esta altura, resulta imperativo que en el ámbito del derecho del trabajo incorporem la noción “perspectiva de género” y abandonemos aquella que circunscribe las protecciones al “sexo” o a la “mujer”, objetivo que se ha consolidado en las últimas décadas como horizonte al que corresponde dirigirse en pos de avanzar en la construcción de estados y sociedades democráticas.

En definitiva, en el surgimiento y mantenimiento de estas prácticas deplorables se entremezclan principalmente prejuicios y estereotipos socialmente muy enraizados, con los patrones tradicionales de comportamiento —social, familiar, laboral, etc.— y con las relaciones de “poder” —físico, económico, social, entre otros— anudadas entre “varones” y “mujeres”. Todo ello, en ocasiones, potenciado por una situación de mayor vulnerabilidad como puede ser —por ejemplo— la pobreza, la enfermedad, la condición de inmigrante; es decir, cuando quién sufre este tipo de prácticas pertenece a dos categorías vulnerables y, por ende, se ve expuesta a discriminaciones múltiples (14).

III. Marco jurídico que tutela a las mujeres frente a la violencia laboral

A esta altura y por evidentes razones de extensión, no puedo más que señalar que el marco jurídico es importante, con normas de diferente rango, constitucionales e internacionales que recogen tanto la noción de igualdad ante la ley, como la de igualdad efectiva de oportunidades.

Me detendré específicamente en lo relativo a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, debemos recordar que se trata de un instru-

mento del ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, que fue firmada en 1979, entró en vigencia en 1981, fue ratificada por la República Argentina mediante la ley 23.179, de 1985, tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN) y de ella se deriva un órgano de control, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la mujer.

Relaciona el derecho a la igualdad con la obligación de eliminar la discriminación en todas las esferas de la vida pública y privada, alude a la discriminación directa o indirecta y no hace expresa mención a la violencia, aunque debemos resaltar que la Recomendación General N° 19 sobre violencia contra la mujer del Comité de la CEDAW: establece que la discriminación es una forma de violencia, reconoce los efectos de la violencia y su impacto en un conjunto de derechos de las mujeres y recomienda a los Estados Parte medidas de prevención, mecanismos de denuncia, protección y sanción, elaboración de estadísticas, programas de capacitación, entre otras medidas. Entre las obligaciones estatales que surgen de la convención podemos mencionar: tomar medidas legislativas y de otro carácter que prohíban la discriminación contra la mujer que pueda ser practicada por el Estado, cualquier persona, organización o empresa; y modificar patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con el fin de eliminar prejuicios y prácticas basadas en la idea de inferioridad de un sexo sobre el otro.

Por último y en cuanto a las normas que protegen especialmente a las mujeres, resulta de plena aplicación a la problemática en análisis la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como “Convención de Belém do Pará”, que no solo se refiere a la violencia doméstica, sino también a la que se verifica en el lugar de trabajo. Se trata de un instrumento del ámbito interamericano, aprobado en 1994, que entró en vigencia en 1995, que fue ratificada por la República Argentina en 1996 mediante la ley 24.632. Los derechos por ella reconocidos cuentan con dos mecanismos de protección: la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Convención reconoce que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades. Y que la violencia constituye una ofensa a la dignidad humana y es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres

dignidad, libertad y no discriminación”, *Revista Derecho Laboral*, t. LIV, nro. 241, Montevideo, 2011.

(3) DOBARRO, Viviana Mariel, “La discriminación en el ámbito laboral: una violación al derecho fundamental a no ser discriminado y al mandato constitucional ‘promover el desarrollo humano con justicia social’”, ponencia presentada y sobre la que diserté en el III Foro de Mujeres contra la Corrupción y el Interamericano, organizado por MEI-Fundación Mujeres en Igualdad, UNDEF The United Nations Democracy Funds y UNIFEM-Fondo de Desarrollo de Naciones Unidas para la Mujer, Buenos Aires, 29 de septiembre a 1 de octubre de 2008.

(4) ÁVILA FRANCÉS, Mercedes, “El preciso recorrido por la teoría e historia del movimiento feminista”, material de estudio entregado en el marco del Master en Igualdad de Género de la Universidad de Castilla La Mancha, 2016-2017, p. 38.

(5) DOBARRO, Viviana Mariel - DEL MAZO, Carlos Gabriel, La discriminación en el ámbito laboral, *Revista Doctrina Laboral*, Editorial Errepar, nro. 230, noviembre de 2004, 1 parte, ps. 1067 y ss.

(6) Así, por ejemplo, el art. 6 de la ley 26.485 cuando define violencia laboral contra las mujeres, entre otras expresiones contempla “...aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados... quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tareas o función...”; el art. 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres

estipula que “...El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación...” y el art. 5 del Convenio 190 OIT consagra que “Con objeto de prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, todo Miembro deberá respetar, promover y llevar a efecto los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a saber, ... la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación...”.

(7) KIPER, Claudio M., “Derechos de las minorías ante la discriminación”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1998, p. 287; SABA, Roberto P., “Discriminación, trato igual e inclusión, en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales nacionales”, compiladores Martín Abregú y Christian Courtis, CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 1997, p. 561. DOBARRO, Viviana Mariel, “Las medidas de acción positiva y la ley 25.674. La participación proporcional de las mujeres en la actividad sindical y en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos de trabajo”, *Errepar, Doctrina Laboral*, nro. 216, p. 734.

(8) KIPER, Claudio M., ob. cit., ps. 46 y 47.

(9) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, su Preámbulo estipula que: “Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y la familia” y, en especial, el art. 5

en cuanto prevé que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres...”.

(10) Instituto Nacional de las Mujeres de México, *Inmujeres, Glosario de Género*, 2007, p. 62. Los estereotipos son creencia sobre los colectivos humanos que se crean y comparten en y entre los grupos dentro de una cultura determinada. Los estereotipos solo llegan a ser sociales cuando son compartidos por un gran número de personas dentro de grupos o entidades sociales (comunidad, sociedad, país, etc.). Se trata de definiciones simplistas usadas para designar a las personas a partir de convencionalismos que no toman en cuenta sus características, capacidades y sentimientos de manera analítica. También referidos como estereotipos sexuales, reflejan las creencias populares sobre las actividades, los roles, rasgos características o atributos que caracterizan y distinguen a las mujeres de los hombres. De esta forma, son las imágenes culturales que se asignan a los sexos, por ejemplo, que los hombres visten de azul o celeste y las mujeres de rosa, o que estas son sentimentales y los hombres no lloran. S eliminación es un factor importante para lograr la igualdad.

(11) FACIO, Alda, “Antología Módulo 1. Aspectos básicos

género y violencia”, material entregado por gentileza de la autora en un curso sobre perspectiva de género.

(12) LAMAS, Marta, “La perspectiva de género”, *Revista de Educación y Cultura*, en el sitio <http://www.latarea.com.mx>.

(13) Extractado de la exposición de la Dra. Maffía, incluida en el material elaborado por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la realización de los “Talleres para una Justicia con Perspectiva de Género”.

(14) La OIT, en Oficina Internacional del Trabajo, OIT, La hora de la igualdad en el trabajo, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Ginebra, 2003, define la cuestión en los siguientes términos: “Muchas personas son víctimas de una discriminación múltiple. Los pueblos indígenas y tribales, por ejemplo, se encuentran entre los más pobres entre los pobres, y las mujeres de estos grupos se ven incluso más gravemente afectadas. La intensidad o la gravedad de las desventajas que afrontan depende del número de características personales que suscitan discriminación y de la manera en que estas actúan entre sí. Una persona, por ejemplo, puede tener varias características que generan discriminación. Existe una tendencia a que las personas pobres, particularmente quienes sufren una pobreza crónica y quienes se encuentran en el sector de la economía informal, sean víctimas de varias formas de discriminación”.

y varones, además de trascender las variables de clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad y religión.

Establece que los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; y establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

En el ámbito americano, la discriminación estructural en asuntos de género ha sido definida como el conjunto de prácticas, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, en que hombres y mujeres se enfrentan a distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y a diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida, debido al hecho biológico de ser hombres o mujeres. Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. Cuando la impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, se favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que, en casos de violencia con-

tra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará (15).

También se ha dicho que la discriminación contra la mujer incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada y abarca actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. El deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del Derecho Internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. En casos de vulneraciones graves a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de evitar la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga el derecho de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La obligación de investigar constituye un medio para garantizar tales derechos y su incumplimiento acarrea la responsabilidad del Estado. El Estado es responsable en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo bajo su custodia, es responsable por las torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes que sufre una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales, si las autoridades no han realizado una investigación seria de los hechos seguida del procesamiento de quienes aparezcan como responsables de ellos. Recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados (16).

En el caso de la Organización Internacional del Trabajo tuvo, desde su creación en el año 1919, entre sus objetivos primordiales la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.

A las ya conocidas disposiciones de los Convenios 100 y 111 y sus respectivas Recomendaciones, corresponde agregar otras disposiciones referidas a materias específicas o a favor de algunas categorías de personas, como —por ejemplo— en lo que se refiere a la libertad sindical, el derecho de sindicación y la negociación colectiva (Convenios 87 y 98);

los trabajadores migrantes (Convenio 97), los trabajadores de edad (Recomendación 162), los trabajadores con responsabilidades familiares (Convenio 156) y las personas inválidas (Convenio 159), la política de empleo (Convenio 122), el desarrollo de los recursos humanos, formación y orientación profesionales (Convenio 142) y la terminación de la relación de trabajo (Convenio 158), entre otros.

También se debe mencionar la Declaración de la OIT, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de junio de 1998, que en el art. 2 declara que todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios específicos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales, entre ellos, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Y, finalmente, en el año del Centenario de la OIT, esta aprobó el Convenio Nro. 190 sobre la Eliminación de la violencia y el acoso en el trabajo y la Recomendación Nro. 206. El Convenio fue ratificado por el Estado argentino mediante ley 27.580 (del 11/11/2020), convirtiéndose en el tercer país en el mundo en ratificar la normativa internacional y el pertinente instrumento de ratificación fue depositado en la sede de la Organización Internacional del Trabajo el día 23/2/2021.

Toda vez que las prácticas discriminatorias o la violencia laboral significan un avasallamiento de la dignidad de la persona que trabaja y pueden afectar su libertad, el derecho a la salud, a la privacidad, la permanencia en el puesto de trabajo, entre otras, el marco jurídico aplicable es muy amplio.

Así, además de las normas constitucionales e internacionales ya citadas, debemos mencionar las disposiciones de la LCT referidas a la dignidad humana, a las obligaciones de las partes vinculadas en el contrato de trabajo, la protección de la maternidad, el principio de igualdad de trato remuneratorio entre otros y, en el punto nos remitimos a los análisis efectuados en otras oportunidades.

También se debe destacar el art. 1 de la ley 23.592 y la ley 25.674 que prevé la participación femenina en las unidades de negociación colectiva de las condiciones laborales,

en función de la cantidad de trabajadores en la rama o actividad de que se trate.

La ley 26.618 de Matrimonio Igualitario, la ley 26.743 de Identidad de Género, de sumo interés en el marco de este análisis, pues —como hemos dicho en otras ocasiones (17)— los estereotipos y prácticas sociales imperantes en materia de identidad de género tienen mayor impacto social cuando se refieren a las mujeres que respecto de los hombres. La ley 26.844 que establece el régimen de trabajo en casas particulares y aquí no podemos sino mencionar que las prácticas sociales y las estadísticas dan cuenta de una mayor inserción de las mujeres que de los hombres en esta actividad tan particular y en la que los vestigios del “patriarcado” son muy marcados.

Por otra parte, no se puede soslayar que numerosos estatutos y convenios colectivos de trabajo contienen referencias específicas a la situación de las mujeres en el ámbito laboral, aunque por su especificidad y por obvias razones de extensión de este trabajo no serán analizadas.

Tratamiento particular merecerá la ley 26.485 y la violencia en el ámbito laboral, del 11/03/2009, Ley de Protección integral a las mujeres, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (18) y que debe analizarse juntamente con el decreto Reglamentario 1011/2010 del 19/7/2010.

Se trata de una ley de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, que contempla los siguientes tipos de violencia contra la mujer: 1.- Física (19). 2.- Psicológica (20). 3.- Sexual (21). 4.- Económica y patrimonial (22). 5.- Simbólica (23). 6.- Política (24).

A los efectos de esta ley, las modalidades en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos comprenden especialmente las siguientes: a) Violencia doméstica contra las mujeres (25); b) Violencia institucional contra las mujeres (26); c) Violencia laboral contra las mujeres (27). d) Violencia contra la libertad reproductiva (28); e) Violencia obstétrica (29). f) Violencia mediática contra las mujeres (30) y, recientemente, tras la reforma aprobada el día 16/4/19, se ha incorporado el acoso callejero como una forma de violencia contra la mujer (31) y la política pública incorporada por la ley 27.533 del 20/12/19 (32).

(15) Corte IDH. “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) c. México” excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas”, sentencia de 16/11/2009, serie C No. 205.

(16) Corte IDH, “Caso Penal Miguel Castro Castro c. Perú”, 25/11/06

(17) Al respecto se puede consultar DOBARRO, Viviana M., “Diversidad sexual y discriminación en el ámbito laboral”, LL, 21/10/2009, ps. 1a 6, “La ley de identidad de género y sus implicancias en el ámbito laboral, DFyP 2012 (agosto), 140, DT 2012 (octubre), 2602; “Implicancias prácticas en el ámbito laboral de la ley de identidad de género”, Ed. Errepar, compendio jurídico octubre de 2012, ps. 153 a 191.

(18) A cuyo análisis nos hemos abocado en DOBARRO, Viviana Mariel, ob. cit., ps. 955 a 981.

(19) La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato o agresión que afecte su integridad física.

(20) La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación o aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.

(21) Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.

(22) La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

(23) La que, a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.

(24) La que se dirige a menoscabar, anular, impedir, obstaculizar o restringir la participación política de la mujer, vulnerando el derecho a una vida política libre de violencia y/o el derecho a participar en los asuntos públicos y políti-

cos en condiciones de igualdad con los varones.

(25) Aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde esta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia.

(26) Aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil.

(27) Es definida como aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral.

(28) Aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.

(29) Aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la ley 25.929.

(30) Aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipadas a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injuria, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

(31) Aquella que consiste en las ofensas hacia las mujeres en los espacios públicos o de acceso público, transportes y centros comerciales, ejercida por una o más personas a través de conductas o expresiones verbales o no verbales, con connotación sexual, que afecten o dañen su dignidad, integridad, libertad, libre circulación o permanencia o generen un ambiente hostil u ofensivo.

(32) Es aquella que “fundada en razones de género, mediante intimidación, hostigamiento, deshonra, descrédito, persecución, acoso y/o amenazas, impida o limite el desa-

IV. Prevención, sanción y erradicación de la discriminación y violencia en el ámbito laboral y en particular por razón de género

Tal como se desprende del análisis armónico de las disposiciones de la Convención contra la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de la Convención de “Belém do Pará” y de la ley 26.485, pesa sobre el Estado argentino el deber de “prevenir”, “sancionar” y “erradicar” la violencia contra las mujeres, postulados que deben considerarse aplicables también a cualquier forma de discriminación o violencia contra la persona humana, sin distinción de género, en virtud de los alcances de las obligaciones asumidas en el marco de la comunidad internacional al ratificar tales instrumentos.

En términos de prevención huelga decir que la contundencia de los hechos conocidos cotidianamente y que implican prácticas discriminatorias o alguna forma de violencia laboral, más aún si está motivada por razón de género, demuestran la insuficiencia de las acciones que se llevan a cabo desde los diferentes poderes del Estado.

La reflexión sobre estas cuestiones y su difusión, en especial sobre los mecanismos y vías de reclamación y los alcances de las sanciones, tiene suma importancia para quienes sufren este tipo de prácticas y para quienes integran los ámbitos en que interactúan, a fin de que conozcan las múltiples posibilidades que el ordenamiento jurídico les ofrece para romper el “círculo” de violencia en que se encuentran.

La creación de oficinas interdisciplinarias de atención de víctimas puede ser otro camino para avanzar en la erradicación de este flagelo.

Acciones todas que requieren de políticas públicas concretas y de un gran compromiso de quienes intervenimos de una u otra forma en el mundo jurídicos.

También resulta innegable el rol que a los sindicatos le cabe en esta lucha, pues a través de la acción sindical y de la negociación colectiva (33) se pueden incorporar nuevos mecanismos de protección, a la par que llevar adelante campañas de sensibilización y concientización al interior de los lugares de trabajo y, en definitiva, propiciar planes concretos de acción y prevención (34) en la materia.

En un reciente estudio de la OIT, Las mujeres en la gestión empresarial: argumentos para un cambio (35), se realizan las siguientes sugerencias: “Hay innumerables maneras en las que las empresas pueden comenzar a aprovecharse de los beneficios de la diversidad de género. El hecho de introducir una serie de iniciativas y prácticas relativas al género puede ayudar mucho a lograr un cambio positivo. Es probable que una única medida no produzca resultados significativos, por lo que es necesario aplicar enfoques más completos o integrales. Examinar los procedimientos de contratación y ascenso en función de los méritos y limitar los sesgos de género son algunas de las maneras más efectivas de garantizar que los hombres y las mujeres estén en pie de igualdad a lo largo de su trayectoria profesional. Además, nuestra encuesta ha demostrado que elaborar una estrategia ex-

plícita dedicada a la diversidad de género y la inclusión como parte de la filosofía de las empresas también beneficiaría a estas. Es preciso que estas iniciativas vayan acompañadas de medidas como las modalidades de trabajo flexibles, que favorecen el equilibrio entre la vida laboral y la privada para todos los trabajadores, tanto hombres como mujeres. Sin la aceptación y el compromiso por parte de los directivos de los distintos niveles, las iniciativas en favor de la diversidad de género por parte de otros miembros del personal de la empresa se pueden ver seriamente coartadas. Así, la búsqueda de un mundo empresarial diverso desde el punto de vista del género e incluso tiene que ser una estrategia que afecte a toda la empresa y vaya más allá de la gestión de los recursos humanos. Es imprescindible que la alta dirección de las empresas tome la palabra y sea vehemente al defender la estrategia de diversidad de género si se quiere que sea efectiva. Una vez emprendida la senda hacia la diversidad de género, puede que se ponga en marcha progresivamente un círculo virtuoso. Si las fuerzas de trabajo están más equilibradas en cuanto al género, será más probable que haya más mujeres directoras ejecutivas y que ocupen un cargo en los consejos de administración. A su vez, el hecho de que haya más mujeres en los consejos puede contribuir a que se nombre a más directoras ejecutivas”.

Por otra parte, la Ley de Contrato de Trabajo, al momento de su sanción, fue innovadora y, en muchos aspectos lo sigue siendo, pero no se puede soslayar que se trata de una norma de 1974 que nace como una compilación de la jurisprudencia señera de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, del espíritu de algunos estatutos y convenios colectivos de trabajo y de los usos y costumbres imperantes en ciertas actividades, pero hoy nos queda desajustada en una cantidad de aspectos; en particular, si tomamos en consideración los conceptos expresados acerca de la “perspectiva de género” y si pretendemos dar respuestas que garanticen igualdad efectiva de oportunidades para ejercer los derechos a quienes expresan el amplio abanico de expresiones de género y las nuevas conformaciones familiares.

Por ejemplo, la norma laboral se refiere a las mujeres básicamente en nuestro rol de esposa o conviviente del trabajador o en la situación de maternidad (y en particular biológica). No estamos visibilizadas en otros aspectos como, por ejemplo, en nuestro rol de trabajadoras.

Y si uno mira la realidad laboral a las mujeres nos alcanzan algunas problemáticas muy particulares o específicas. Así, en el ingreso al puesto de trabajo somos objeto de preguntas e indagaciones acerca de nuestra vida personal, de nuestra organización familiar que a los hombres no se les realizan. Claramente se trata de preguntas que dan cuenta de los estereotipos imperantes en materia de género, la idea que sobre nosotras recae el cuidado de los/as hijos/as y las tareas hogareñas, con las consiguientes dificultades para compatibilizar nuestras obligaciones laborales con las familiares.

Luego, durante la vida laboral, las estadísticas demuestran que ganamos menos que los hombres en identidad de tareas e igualdad de circunstancias. Los datos dan cuenta de que nuestros ingresos suelen ser alrede-

dor de un 30% menores que los de los hombres, reitero, en identidad de circunstancias.

Por otra parte, por el imperio del patriarcado, somos víctimas en mayor número de acoso laboral en sus diversas manifestaciones (sexual y moral), con la contrapartida que somos en mayor número que los hombres “único sostén de familia”.

Y, así podemos seguir enumerando: dificultades para llegar a cargos de dirección, el famoso “techo de cristal” del que habla la OIT, mayores dificultades para acceder a la tecnología y a los bienes de producción, etc.

Tampoco se puede obviar que la LCT contiene protecciones para la maternidad biológicamente hablando, es decir para el “estado de embarazo” y, fundamentalmente, la estabilidad de la “mujer embarazada”, en una época en que las estadísticas demuestran que cada vez se concibe menos y a una edad más avanzada, así como una baja sostenida en la tasa de natalidad. Cada día los problemas de esterilidad son mayores y las dificultades para llegar con éxito al fin del embarazo, así como la cantidad de parejas que tienen que recurrir a métodos de fertilización asistida, se incrementa. Y en este punto, más allá de las disposiciones específicas que vienen a dar cobertura para la realización de los específicos tratamientos, la pregunta es qué pasa en esa etapa con la “estabilidad en el puesto de trabajo” de la mujer que aspira a ser madre; en términos de la LCT encontramos un absoluto vacío legal, lo que lleva a que sea una etapa en que la mujer trabajadora se encuentra sumamente desprotegida.

Nos quejamos porque a veces nuestros compañeros no nos acompañan en nuestras responsabilidades familiares, ahora tampoco hay protecciones para los hombres a tal fin. Y estas problemáticas no pueden ser entendidas como una lucha de las “mujeres” contra los “hombres” para quitarles derechos y adquirirlos para nosotras, sino como una vía en la que podamos caminar “a la par”, con iguales oportunidades para ejercer los derechos y protecciones similares que posibiliten el ejercicio de las responsabilidades familiares compartidas. Algunos convenios colectivos de trabajo han avanzado sobre esto, algunos estatutos y algunas legislaciones referidas a empleo público en determinadas provincias o municipios, también la Corte Suprema de Justicia de la Nación con respecto a los trabajadores judiciales lo ha hecho.

Ni hablar si estas responsabilidades familiares son el resultado de uniones entre personas del mismo sexo o de la diversidad de expresiones que las “familias” del siglo XXI pueden adoptar; supuestos todos ellos en los que las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación han avanzado al ritmo de las necesidades sociales, en tanto que la normativa que específicamente regula esos supuestos en el ámbito laboral ha quedado desajustada.

En mi opinión, la clave es la “igualdad de oportunidades”, queremos iguales oportunidades para desarrollarnos, para vivir en un ambiente libre de violencia, para no sufrir persecución, acoso, para no ser sometidas a estas preguntas que interfieren en nuestra vida íntima. Reclamamos igualdad efectiva de oportunidades.

V. Conclusiones

La persona humana no se despoja de su dignidad para ingresar al ámbito laboral; muy por el contrario, lo hace con un doble orden de protección: el de los derechos humanos fundamentales y el que tutela a la persona que trabaja (36).

Ahora bien, sin perjuicio de la existencia de la profusa legislación existente y que protege frente a los actos o conductas discriminatorios y cualquier otra forma de violencia laboral, la jurisprudencia —lentamente— ha hecho aplicación de tales normas en aras de sancionar tan repudiables prácticas, la realidad nos golpea con crudeza y los datos que arroja dan cuenta de la frecuencia con la que se verifican tanto en el ingreso, como durante la vida o a la ruptura del contrato de trabajo. Por lo que, no podemos sino concluir que en la medida en que no se remuevan los prejuicios o estereotipos imperantes en los lugares de trabajo no lograremos erradicar este flagelo.

Han pasado ya más de 100 años de la creación de la Organización Internacional del Trabajo y, no obstante ello, el organismo sigue proclamando que en pos de un mejor futuro del trabajo para todos se requiere un paso decisivo hacia la igualdad de género (37). En tal sentido ha expresado que en 1919 la OIT adoptó los primeros convenios sobre las mujeres y el trabajo. Un siglo después, las mujeres son una fuerza en el mercado de trabajo, sobrepasando barreras que en una época se habrían considerado insuperables. Los avances para cerrar las brechas de género se han estancado y, en algunos casos, se observa un retroceso. Sin embargo, es posible mejorar el futuro del trabajo para las mujeres, pero solo dentro de un ecosistema que comprenda medidas de refuerzo y un firme compromiso con la igualdad de género. Se ha elaborado un informe que es la culminación de la amplia labor llevada a cabo en el contexto de la iniciativa del centenario de la OIT relativa a las mujeres en el trabajo. Las conclusiones y recomendaciones están en consonancia con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2015. La realización de la Agenda 2030 depende de la consecución efectiva de la igualdad de género en el mundo del trabajo. El centenario de la OIT brinda una oportunidad única para cambiar de trayectoria y acelerar los esfuerzos con miras a garantizar que el futuro proporcione trabajo decente para todas las mujeres y los hombres.

Este es nuestro desafío, este es el compromiso que debemos asumir: bregar desde nuestro específico ámbito familiar, social y de desempeño laboral y académico por el reconocimiento para todas las personas, sin distinción alguna, no solo de iguales derechos, sino de iguales “oportunidades” para ejercitarlos, así como del derecho a vivir y trabajar en un ambiente digno, sano y libre de toda forma de violencia. Vía en la que pese a los avances experimentados nos queda mucho por hacer en aras de construir una sociedad más justa, solidaria, democrática, con igualdad de oportunidades para todas y todos.

Cita on line: AR/DOC/557/2021

rollo propio de la vida política o el acceso a derechos y deberes políticos”. Además, este tipo de violencia se detectará cuando atente “contra la normativa vigente en materia de representación política de las mujeres, y/o desalentando o menoscabando el ejercicio político o la actividad política de las mujeres, pudiendo ocurrir en cualquier espacio de la vida pública y política, tales como instituciones estatales, recintos de votación, partidos políticos, organizaciones so-

ciales, asociaciones sindicales, medios de comunicación, entre otros”.

(33) DOBARRO, Viviana Mariel, ob. cit.

(34) MEDINA, Graciela; BARBADO, Patricia, “El acoso psicológico en el trabajo y la reparación según el derecho de daños”, en Responsabilidad civil, Aída Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., ps 481 y ss., sostienen que “la reparación integral de los daños ya causados debe estar acompañada

también por la anticipación con la implementación de políticas públicas de prevención partiendo de una visión más solidaria y de la revalorización del concepto de la persona, porque, como bien lo señala Mosset Iturraspe, de poco sirven las preocupaciones jurídicas si no traen aparejada para el hombre concreto “una vida mejor”.

(35) OIT, Oficina Internacional del Trabajo, Las mujeres en la gestión empresarial: argumentos para un cambio, Gi-

nebra, 2019

(36) DOBARRO, Viviana Mariel, “La violencia en las relaciones laborales y el avasallamiento de la dignidad humana (Primera Parte)” Editorial Errepar, Doctrina Laboral nro. 276, julio de 2008.

(37) Documento “Un paso decisivo hacia la igualdad de género”, Resumen Ejecutivo, Organización Internacional del Trabajo, 2019.

El ensanchamiento de las fronteras de género y el rol imprescindible de la mujer



Liliana H. Litterio

Abogada graduada con Diploma de Honor (UCA). Doctora de la UBA (Área Derecho Laboral). Profesora de grado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UBA). Profesora de posgrado en las Maestrías en Derecho del Trabajo y en Derecho de Familia de la UBA y otras universidades del país. Consultora externa de la OIT en materia de trabajo infantil y adolescente.

SUMARIO: I. A manera de introducción al tema.— II. La visión inclusiva en los recientes instrumentos de la OIT.— III. La clara apertura del derecho civil.— IV. El estancamiento del derecho del trabajo.— V. Una breve reflexión final.

I. A manera de introducción al tema

A esta altura del camino recorrido puede advertirse que en nuestra sociedad las cosas han cambiado, en diversos aspectos. Uno de ellos tiene que ver con un paulatino ensanche de la noción de género, con las derivaciones que ello trae aparejadas en el contexto del trabajo. Aun cuando no todos lo perciben de la misma manera, esa concepción amplia ha acarreado cambios en unos cuantos de los andariveles por los que transita el Derecho, con el consecuente impacto en las relaciones laborales.

Es que, además de mujeres o varones hay personas que se consideran no binarias (y otras, integrantes de la comunidad LGBTQIA+) y todas conviven en la misma comunidad.

Por lo visto, el universo de personas luce cada vez más amplio, incluso, a la luz de lo que reciben los últimos instrumentos internacionales en materia de violencia y acoso en el mundo del trabajo, que no particularizan al hablar de las personas destinatarias de sus previsiones.

En lo que respecta a nuestro derecho interno, está claro que la noción amplia de género ha crecido al amparo del derecho civil, a través del reconocimiento de las nuevas diversidades que repercuten en la configuración de las organizaciones familiares en las que conviven las personas que trabajan.

No ocurre lo mismo, en cambio, con nuestro tradicional Derecho del Trabajo, que a nivel nacional se mantiene cerrado y cuando se trata de géneros permanece imperturbable, por ejemplo, a la hora de pensar en las licencias laborales con motivo de un hijo en los casos de las diversidades. Pareciera que, por no actualizarse, por momentos se encuentra desbordado por la realidad, que decididamente lo supera y apremia.

Nada de lo hasta aquí expuesto saca de foco a la mujer, que continúa siendo tal frente al Derecho. Nada tiene ella que perder en el contexto del ensanchamiento de las fronteras de género, que no mengua su papel en el trabajo, la familia y la sociedad, aun cuando pueda auto percibirse distinta. Y, al mismo tiempo, nada modifica que a pesar de la participación de otros géneros la mujer continúe siendo quien asume con mayor intensidad las responsabilidades familiares y las tareas de cuidado (se trate de teletrabajo o de la modalidad presencial), ni tampoco, la mayoritariamente discriminada y acosada en el trabajo, de múltiples formas.

A continuación, procuraré verter alguna consideración sucinta vinculada a los temas que introduje desde las distintas aristas del Derecho, temas que hoy y siempre revisten suma importancia en la vida familiar y laboral porque repercuten en los derechos de las personas, cualquiera fuese su sexo o género.

II. La visión inclusiva en los recientes instrumentos de la OIT

Como sabemos, múltiples instrumentos internacionales que no es del caso analizar aquí y que tienen diferente jerarquía normativa, protegen a la mujer en el trabajo. Así, entre otros, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que revisten jerarquía constitucional), y unos cuantos Convenios de la Organización Internacional de Trabajo (todos ellos ratificados por nuestro país y que tienen jerarquía suprallegal), como el núm. 3 sobre protección de la maternidad, 1919; el núm. 100 sobre la igualdad de remuneración, 1951; el núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958; el núm. 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981, y el núm. 190 sobre la violencia y el acoso, 2019, la mayoría de ellos complementados por las respectivas Recomendaciones.

En general las normas internacionales aludidas, ponen el acento en la igualdad entre mujeres y varones en todos los aspectos y algunas de ellas protegen a la mujer madre en la gestación y en el ejercicio compartido con el varón de las responsabilidades familiares en armonía con las laborales.

A ellas se suman, por lo menos, declaraciones y plataformas de acción mundiales, consensos regionales y la actuación de ONU Mujeres.

En esta oportunidad voy a detenerme por un momento en el Convenio núm. 190 de la OIT, complementado por la recomendación núm. 206, en tanto da un paso más en la evolución de los estándares internacionales de protección de las personas en el trabajo y, de ese modo, se vincula estrictamente con la cuestión que ahora me ocupa.

Es que este Convenio, ratificado el 23/02/2021 y que entrará en vigor en la Argentina recién doce meses después de esa fecha, entre otras muchas cosas que en esta ocasión no serán consideradas, al igual que la recomendación que lo complementa, se maneja con márgenes amplios de protección que exceden el universo femenino.

Su amplitud se ve reflejada a cada paso. Y, como además de amplio es ambicioso, reclama la sanción de una ley especial sobre la temática, sin perjuicio de la actuación consecuente de las organizaciones de trabajadores y empleadores y de los gobiernos de los Estados Miembro.

Ya en su Preámbulo, el Convenio encarna un enfoque inclusivo e integrado que tiene en cuenta las consideraciones de género y aborda las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales

de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género, enfoque que considera indispensable para acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Al hablar de interseccionalidad queda claro el rechazo a cualquier tipo de discriminación, sea por razones de género, sexo, estado civil, responsabilidades familiares, religión, nacionalidad, ideología política, tendencia gremial, clase social y cualquier otra atinente a características personales que no son relevantes para el trabajo.

En orden a los estereotipos de género, puedo advertir que, cuando el tratado se refiere a la violencia y el acoso dirigidos contra *las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a las personas de un sexo o género determinado* (art. 1º), no particulariza a las personas destinatarias de las normas que contiene; lo hace sin condicionamientos.

Por lo tanto, se entiende que esas personas pueden ser mujeres, varones, no binarias y aquellas que integran la comunidad LGBTQIA+.

Sin embargo, no puede desconocerse algo que desde su mismo Preámbulo del Convenio de ninguna manera se desconoce, sino que se resalta. Es que, no se le escapa al tratado que *la violencia y el acoso por razón de género afectan de manera desproporcionada a las mujeres y las niñas* (obsérvese que hasta repara en las personas menores de 18 años, que conforme a nuestra legislación se trata de niñas y adolescentes).

Y en verdad no hay duda que en su vida laboral las mujeres sufren discriminaciones y violencias “propias del género femenino” (aun cuando en los hechos se sientan identificadas con otro género en virtud de su “autopercepción”), sobre todo las vinculadas con las trabas en el acceso al empleo en la etapa pre-ocupacional, o con la permanencia y el ascenso a cargos jerárquicos (etapa ocupacional); las concernientes a la apariencia física, el test de embarazo, la maternidad, el estado civil y el ejercicio de responsabilidades familiares; las relativas a la desigualdad salarial y la situación de desempleo y las que implican acoso sexual, entre muchas otras (esto, por supuesto, sin taparnos los ojos cuando son las mujeres las que, por ejemplo, acosan laboralmente a otras personas).

Vale la pena señalar al paso que, por lo menos la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, ya en el año 2019 recogió la amplitud brevemente expuesta. Así lo hizo, al incorporar en los fundamentos de dos sentencias las previsiones del Convenio núm. 190, uno de ellos relacionado con el acoso a un trabajador varón por sus preferencias sexuales (1) y otro con el maltrato

a una trabajadora mujer por su condición de tal (2).

También habla de su amplitud el campo de aplicación que estas normas internacionales instalan, el cual se extiende al trabajo formal e informal; urbano y rural; público y privado. Asimismo, a través de la enumeración de los destinatarios de la protección, que en el art. 2º del Convenio luce prácticamente inagotable, este pretende abarcar a cualquiera que en cualquier circunstancia se convierta en trabajador o en empleador, aunque sea informalmente, e incluso, a quien es ajeno a la relación laboral, pero igualmente tiene algún contacto con ella, como sería el caso de un cliente o el de un proveedor y hasta se ocupa de la violencia doméstica -de la cual mayormente son víctimas las mujeres- que pueda repercutir razonablemente en el ámbito laboral (3). Todo esto sin formular distinciones de sexo o género (especialmente arts. 4º, inc. 2º y 10, inc. f del Convenio y apartado I.4.a, II.8.b, entre otros, de la Recomendación). Asimismo, extiende el marco protector a lugares y situaciones que no tienen lugar específicamente en el centro de trabajo, como viajes, comunicaciones digitales, etc. (ver el art. 3º del Convenio).

Lo hasta aquí expuesto no quita relevancia a las acciones de prevención ni a los procedimientos judiciales que estos instrumentos internacionales introducen.

Con relación al tema en consideración y atento a que sin perjuicio de alentar la negociación colectiva el Convenio prevé la formalización de una ley especial en la materia, cabe tener presente la existencia en nuestro país de la ley 26.485 para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres —sancionada como consecuencia de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer—, que trajo de la mano a la ley 27.210 (que crea el Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género).

Advierto al respecto que, aun cuando está reservada al género femenino, las previsiones de la ley 26.485 contra la violencia en general, así como también contra la violencia, la discriminación y los acosos en el trabajo, en buena medida están a la vanguardia en la atención de los estándares internacionales incorporados por los nuevos instrumentos de mención.

Desde que dicha ley —parcialmente reglamentada por el dec. 1011/2010—, hizo su aparición, he entendido que en lo que respecta a la violencia laboral es igualmente aplicable sin distinción a todas las personas en virtud del principio de igualdad de trato consagrado por nuestra legislación interna e internacional, y por nuestra jurisprudencia (4).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CNTrab, sala I, “S. A. M. c/ R. J. C. y otro s/ despido”, sentencia definitiva 93860, 19/7/2019.

(2) CNTrab., sala I, “P. P. L. C/ Programas Médicos Sociedad Argentina de Consultoría Mutual y otros s/despido”, sentencia definitiva 94266, 28/11/2019.

(3) Entiendo que este supuesto podría configurarse, por ejemplo, si la mujer víctima de violencia doméstica laboralmente se desempeña bajo la dependencia de su agresor.

(4) Con mayor extensión, el desarrollo de las violencias laborales puede verse en LITTERIO, Liliana Hebe, “El trabajo de las mujeres. Las normas, la jurisprudencia”.

Al momento de encararse la implementación del Convenio núm. 190 esta ley podría considerarse un punto de partida. Sin embargo, considero que el nuevo instrumento tiene mucho para aportar al derecho argentino, tanto en materia de amplitud en la concepción de las personas a proteger, como en lo que se refiere al respaldo del sistema de control de la Organización Internacional del Trabajo para promover su correcta puesta en marcha y formalizar el seguimiento del tratado en nuestro país.

Asimismo, me parece importante resaltar que, a la hora de pensar en el abordaje y la prevención de la violencia, no deben olvidarse sus formas más crueles e “invisibles”, es decir, la explotación sexual y laboral, exista o no trata de personas menores y mayores de edad.

III. La clara apertura del Derecho civil

Mínimamente, es preciso recordar que en la Argentina en los últimos tiempos se sancionaron leyes que se hicieron eco del ensanchamiento de aquella noción de género originariamente reservada a las mujeres, quienes, insistimos, no se apartan ni por un momento de su rol fundamental.

Así, llegó la ley 26.618 que dispuso que los integrantes del matrimonio constituido por dos personas del mismo o distinto sexo tienen los mismos derechos y obligaciones (ver art. 42). También vio la luz la ley 26.743, que reconoce el derecho a la identidad de género con todas sus implicancias. Por su lado, la ley 26.862 en su momento brindó cobertura médica al uso de las técnicas de fertilización humana asistida.

Y, el Código Civil y Comercial (ley 26.994), además de confirmar la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio y los efectos que este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo (art. 402) y de establecer el ejercicio compartido de la responsabilidad parental (art. 638 y ss.), entre otras cosas introdujo una nueva fuente de filiación, que se sumó a la filiación por naturaleza, fundada en un elemento biológico o genético, y a la filiación por adopción, fundada en un elemento jurídico (ver art. 558 y ss.). Recordamos que esta última habilita a los matrimonios, a ambos integrantes de una unión convivencial —se trate de personas de igual o distinto sexo—, así como a las personas solas, a adoptar a un niño o un adolescente.

A eso se agrega, como adelanté, una tercera fuente filiatoria, que se funda en un elemento volitivo y se concreta a través de alguna de las técnicas de fertilización humana asistida que habilitan el derecho de las parejas integradas por dos mujeres a convertirse en madres en los términos del citado Código.

Nuestro ordenamiento civil y comercial no regula la gestación por sustitución (técnica expresamente prevista en el que fue su proyecto), sin perjuicio de lo cual muchos niños nacen en nuestro país y también en el extranjero a través de esta técnica, que significa el recurso de muchos argentinos al vien-

tre de una persona gestante que no integra la pareja de los comitentes que se convierten en progenitores (5).

Estos avances normativos a tenor de la observación de la realidad, que fueron incorporados al derecho civil, no encuentran correlato en el derecho del trabajo como inmediatamente veremos.

IV. El estancamiento del Derecho del trabajo

Si bien, como he manifestado, la visión ampliada de género ha sido recogida por las normas del derecho común y por el Convenio núm. 190 de la OIT y la recomendación núm. 206 que lo complementa, la mujer continúa siendo un factor clave en el mundo laboral.

Nos referimos a esa mujer que inexplicable e injustificadamente todavía conserva un título especial dedicado a su trabajo en la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) (advírtase que nunca existió uno dedicado al trabajo de los varones), arcaico en prácticamente todas las disposiciones que contiene y que no es esta la oportunidad de tratar (6).

Si por un momento nos situamos ante la mujer trabajadora que normalmente ejerce responsabilidades familiares, independientemente del rol o la función que asuma en la familia, es decir, viva sola, en pareja, unión convivencial o matrimonio, con una persona de igual o distinto sexo o género —se sienta identificada o no con el propio—, lo más probable es que vea seriamente dificultado el goce de aquellas obligaciones de orden familiar a la hora de pretender armonizarlas con las laborales. Esto, aunque teletretrabaje.

Nos preguntamos, por ejemplo, cómo podría compatibilizarlas en el caso de convertirse en madre junto a otra mujer a través de las técnicas de fertilización humana asistida si no dispone de las licencias adecuadas (solo la mujer que pare el hijo tiene derecho a la licencia por maternidad y la estabilidad en el empleo; tampoco existe una licencia especial como consecuencia del sometimiento al procedimiento de fertilización enunciado). También carece de licencias o permisos en el supuesto de recurrir, junto a un hombre u otra mujer, a la gestación por sustitución, técnica no prohibida pero tampoco regulada por el derecho argentino, aunque como vimos, muchas veces utilizada. Nada de esto está contemplado en nuestra antigua legislación laboral, que más allá de la licencia por maternidad (ver arts. 177 y ss. de la LCT), ni siquiera prevé un permiso por adopción de un hijo. Ante similar desprotección se encuentran los varones, quienes al amparo de los arts. 158 y ss. de la LCT, todavía conservan dos días (o cuanto mucho tres) de licencia por paternidad (7), imposibles de facilitar cualquier contacto filiatorio efectivo con el nacido y carecen de licencia legal por adopción. Obviamente, no hay normas que contemplen licencias en otros supuestos, por ejemplo, no existe una licencia parental legal para ambos progenitores.

Sin perjuicio de lo expuesto, que ha sido esbozado muy escuetamente (8), debe reconocerse que ciertos convenios colectivos de trabajo y prácticas empresariales incrementan en alguna medida los derechos previstos por la ley, por ejemplo, extendiendo el número de días de licencia por maternidad o paternidad, o incorporando licencias por adopción o por enfermedad de familiares.

Pero, la carencia de normas laborales modernas de aplicación general constituye un serio escollo al eventual ejercicio de las responsabilidades familiares y las tareas de cuidado por parte de ambos progenitores, máxime, cuando existen diversidades de algún tipo.

Al amparo del derecho civil ya hemos visto que parejas de mujeres y varones del mismo sexo/género tienen hijos, pero desde el derecho laboral sus integrantes no tienen licencias. Ante la ausencia de normas, a veces los jueces buscan remedios ocasionales para el caso concreto, pero no son soluciones.

Está claro, entonces, que la amplitud en materia de género adoptada por algunas personas debe ser receptada por la legislación laboral argentina, en armonía con las normas del derecho común que en esta materia resultan ser de avanzada.

Viene bien recordar, asimismo, que en la LCT nos encontramos con normas (arts. 180 a 182) que a través de una presunción *iuris tantum* de carácter legal, protegen a la mujer frente al despido por matrimonio y en cuyo contexto recientemente la Corte Suprema extendió su operatividad a favor de los varones (9). Tratándose de una *presunción legal* no parecería lo adecuado, en tanto fue creada por el legislador pensando en las mujeres para protegerlas de las eventuales consecuencias que previsiblemente el matrimonio puede acarrearles en su trabajo. Por eso incluyó esas normas en el título dedicado a ellas. Además, me interrogo en qué situación quedarían aquellos que no se consideran varones aun siéndolo, en tanto lo Corte no lo dice expresamente (entiendo que en este supuesto no debe haber distinciones). Asimismo, advierto que, en este complejo legislativo arcaico tampoco está contemplada la frecuente situación de las parejas de hecho o en unión convivencial que asumen responsabilidades familiares sin contraer matrimonio (10).

Todo lo expuesto deja en evidencia la incertidumbre e insuficiencia normativa.

De cualquier modo, me parece que habría que reparar en que la visión amplia de la cual venimos hablando, beneficia a las mujeres que en algunas circunstancias tienen una inclinación sexual diferente o se sienten identificadas con otro género y también a quienes se sienten mujeres sin serlo biológicamente.

A título de ejemplo viene bien mencionar que así lo ha entendido, por ejemplo, la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que puso sobre el tapete el tema del cambio de género a la hora del despido. En efecto, hizo lugar a la indemnización

por daño moral a favor de una trabajadora discriminada no por el hecho de ser mujer, sino por tratarse de un varón que se identificó con el género femenino adecuando su nombre al nuevo género (11). Este pronunciamiento, que no es el único en la materia, es una muestra clara de la realidad que nos invade y de la cual el Derecho del Trabajo debería hacerse cargo.

V. Una breve reflexión final

Parece claro que el tema del “género”, con el sentido amplio que adquirió con el transcurso del tiempo, se ha instalado en nuestra sociedad y, en buena medida, ha sido recogido por el derecho de los últimos tiempos. Esa percepción no resulta forzada.

Por lo menos, así puede advertirse a la luz del reciente Convenio de la OIT sobre la violencia y el acoso —que todavía no está en vigor en nuestro país—, respecto del cual, por ejemplo, desde la International Transport Workers’ Federation se ha reconocido que se trata de la primera norma internacional del trabajo jurídicamente vinculante que aborda de forma exclusiva la problemática de la violencia en el trabajo, reconoce la violencia de género y constituye una norma internacional *verdaderamente inclusiva*, progresista y práctica (12).

También hemos visto que los preceptos que arribaron desde el derecho civil hablan de la amplitud que recogen de la realidad misma. Con relación a su aparición, Lloveras advirtió que la conformación, las funciones y las modalidades de la organización familiar resultan en su mayoría de circunstancias previas o ajenas a su regulación por el ordenamiento jurídico, de carácter cultural, económico-productivo, ético y religioso, antes que legal. Así como también, que las nuevas organizaciones familiares no son nuevas; *nuevo es el registro de lo que existía omitido, silenciado o negado* (13).

Parecería que nuestro derecho del trabajo interno todavía no ha tomado nota de nada de esto, a través de normas concretas.

Sin embargo, no deberíamos perder de vista que las personas que se integran en las actuales formas de familia trabajan y muchas lo hacen a la intemperie en la protección de los derechos laborales que todavía no fueron pensados para ellas.

La mujer está presente desde todos los frentes, el trabajo, la familia, la sociedad y, lamentablemente, también desde los derechos tantas veces vulnerados.

Me parece que no es posible continuar desprotegiendo trabajadores, entendidos estos en sentido amplio, escapando de los hechos sociales que la realidad exhibe sin tapujos y que, como enseña el Maestro Werner Goldschmidt a través de su teoría trialista del mundo jurídico (14), deben ser captados por las normas de una manera lógica, tamizada la operación por el valor de la justicia y, por qué no, el de la justicia social, la colaboración y la solidaridad.

Cita on line: AR/DOC/528/2021

cia y la realidad”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, ps. 401/661.

(5) Sobre los temas expuestos en el presente acápite puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, ob. cit., en nota 4, p. 142 y ss.

(6) Al respecto puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, ob. cit., en nota 4, p. 67/120.

(7) Existe una gran diferencia en materia de trabajo agrario, prevista en el art. 52 de la ley 26.727.

(8) Con relación a estos temas puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, ob. cit., en nota 4, p. 179/246 y, LITTERIO, Liliana Hebe, en “Las licencias paternas en el empleo priva-

do”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

(9) CS, “Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido”, 24/9/2020.

(10) Al respecto puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, “La presunción frente al despido por matrimonio más allá de la mujer. El fallo “Puig” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, doctrina destacada, Rubinzal-Culzoni, RC D 3297/2020.

(11) CNTrab., sala IV, “D. H., R. J. c. Aegis Argentina S.A. y otro s/ despido”, sentencia definitiva 105.710, 29/3/19.

(12) International Transport Workers’ Federation, *¿Qué son el Convenio 190 y la Recomendación 206 de la OIT*, dis-

ponible en: <https://itfviolencefreeworkplaces4women.wordpress.com/2019/11/05/que-son-el-convenio-190-y-la-recomendacion-206-de-la-oit/>, fecha de consulta: 12/2/20.

(13) LLOVERAS, Nora, “Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura”, en Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación”, *Familia*, dirigido por Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, La Ley, diciembre 2014, 99.

(14) GOLDSCHMIDT, Werner, entre otras obras, puede verse: “Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, Depalma, Buenos

Aires, 1973; 4ª ed.; “Enseñanza de la verdad y de la justicia”, en Justicia y Verdad, LA LEY, Buenos Aires, 1978; “El principio supremo de justicia”, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1984; “Derecho Internacional Privado. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico”, Depalma, Buenos Aires, 1974, 2ª ed.

8M

Entre las conquistas y los pendientes



Julieta Lobato

Abogada (UBA). Doctoranda (UBA). Investigadora en formación en "Instituto A. L. Gioja" (FDER-UBA).

Un nuevo 8 de marzo (8M) nos convoca. Desde hace cinco años el movimiento feminista ha resignificado la tradicional fecha, en la que abundaban las salutations acompañadas de flores y bombones, repolitizándola: el Día de la Mujer es ahora un paro internacional transfeminista y plurinacional. En efecto, históricamente las revueltas del 8 de marzo dieron comienzo a una saga de reivindicaciones, que fueron el preludio de la Revolución de Octubre de 1917. En este contexto, el movimiento feminista (o los feminismos) en Argentina se han constituido en una usina fundamental, que irradia al resto del mundo y que amplifica las demandas en un grito colectivo: desigualdad nunca más.

Por ello, el 8M es una buena ocasión para reflexionar sobre los desafíos pendientes en las agendas de género. Especialmente en el contexto vertiginoso que vivimos. Por más que los feminismos se han posicionado como uno de los movimientos políticos más potentes de los últimos tiempos (por su capacidad de ensambalar diversos tipos de demandas que hacen a la precarización de la vida), la realidad nos muestra un escenario muy hostil. Las violencias contra las mujeres y personas LGTTBQI+ se recrudecen día a día. En Argentina contamos a la fecha más de 45 travesticidios, transfemicidios y femicidios, con el doloroso caso de Úrsula Bahillo que sacudió al país, por haber puesto sobre la mesa la inmensa deficiencia del Estado para responder a una problemática estructural, sostenida y compleja, como son los crímenes de odio por razones sexo-genéricas. Así, ante la consigna *NiUnaMenos* se impone la pregunta dirigida y punzante: ¿Cuántas más?

La rabia por una realidad que no deja de ocurrir y el dolor de *duelar* todos los días una muerte distinta, se transforman en potencia colectiva y es, precisamente, la insurgencia de esta potencia lo que conllevó a que la resignificación del 8M tome una forma que interpela especialmente al mundo de las relaciones laborales: el paro y la huelga.

La apropiación del paro por los feminismos habilitó un lenguaje común, que rebalsó los estrechos márgenes que impone nuestro derecho colectivo del trabajo. Se trata de una huelga de trabajadoras/xs formales, informales, del hogar, madres a tiempo completo, desocupadas, cuentapropistas y una larga lista de etcéteras invisibilizada por la normativa jurídico-laboral. De esta forma, la huelga (instrumento de lucha por antonomasia del movimiento obrero,

ergo: trabajador productivo asalariado) fue inscripta en una noción amplificada de lo que es considerado trabajo con valor social. La huelga es pensada como un proceso que no se agota en los espacios donde se desarrolla el trabajo reconocido formalmente, sino que fluctúa entre las casas, los barrios y los establecimientos laborales. De tal forma, la tónica general de los paros ruge: *Si nuestras vidas no valen, produzcan y reproduzcan sin nosotras*. El trabajo, su reconocimiento y valoración se constituyen en un eje central de la agenda feminista de los últimos años.

Esta interpelación es especialmente importante en el contexto actual, donde las desigualdades laborales en razón del sexo-género se acrecientan y profundizan. Según estimaciones de OIT, la tasa de ocupación de las mujeres ha caído drásticamente el último año por encima de la de varones, situación que se agrava si tenemos en cuenta que las mujeres tienen menos oportunidades de reincorporarse al mercado laboral, una vez expulsadas. Además, han sufrido mayores pérdidas salariales, al ubicarse en los extremos más bajos de la escala; sectores donde la crisis de la COVID-19 impactó con especial fuerza. En este sentido, las políticas de recuperación deben necesariamente tener en cuenta los impactos desproporcionados de la crisis sobre las mujeres e identidades disidentes, a través de una mirada integral que tenga en cuenta las diversas manifestaciones de la desigualdad estructural por razones de género en materia sociolaboral.

En este panorama, algunos hitos que se vienen desarrollando en Argentina auguran un camino virtuoso. En primer lugar, la ratificación del Convenio sobre la violencia y el acoso de la OIT (núm. 190), que posiciona al país como el tercero en ratificar el convenio. Este hecho es de especial relevancia, teniendo en cuenta que Argentina no ratificaba un convenio de OIT desde 2016. De tal forma, se torna imperioso avanzar hacia la adopción de una norma interna que aborde, de manera global, las situaciones de violencia y acoso en el mundo del trabajo, respondiendo al mandato del convenio: tolerancia cero frente a la violencia y el acoso.

Luego, la importancia que han adquirido los cuidados en la agenda de las políticas públicas. Sin lugar a dudas, los cuidados han sido un eje fundamental de la crisis desatada por la pandemia. Ya no podemos seguir ignorando el aporte que los trabajos de cuidados (remunerados y no remunerados) realizan a la economía y la sostenibilidad de la vida. En este sentido, el establecimiento de licencias para trabajadoras

con responsabilidades de cuidado y la conformación de la mesa interministerial de políticas de cuidado son acontecimientos prometedores, para abordar el nudo crítico de las desigualdades sociolaborales por razones de género. En esta línea, otro aporte importante vino de la mano de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al ampliar a los trabajadores la presunción del art. 181 de la LCT en el precedente "Puig, Fernando c/ Minería Santa Cruz" de septiembre 2020. La argumentación de la Corte desafía los estrechos márgenes de la legislación laboral, aunque todavía queda un largo camino por recorrer.

Sin perjuicio de estos avances, y junto a las desigualdades estructurales de los mercados laborales por razones de género (segregación vertical, horizontal, discriminación salarial, distribución inequitativa de trabajos de cuidados y violencia y acoso), los tiempos actuales nos presentan nuevos retos. Dentro de estos, me interesa resaltar el trabajo en plataformas digitales.

Según un informe reciente de OIT, el trabajo a través de plataformas digitales en América Latina y el Caribe (ALyC) aumentó 14 veces en la última década. Este aumento exponencial convive con una ausencia flagrante de regulación al respecto, lo que implica que en la actualidad el trabajo en plataformas digitales se desarrolla "libremente" bajo los parámetros del mercado que, como bien sabemos, no suelen coincidir con los parámetros de la protección social, la regulación jurídico-laboral y, en suma, con sociedades igualitarias.

Es imposible desarrollar en estas breves líneas los enormes cambios que supone el trabajo en plataformas sobre los modos tradicionales de concebir, abordar y regular el trabajo humano. Sin dudas, uno de esos ejes es la total difuminación entre el tiempo de trabajo y el tiempo de vida. En palabras de una de las empresas líderes a nivel mundial en la materia: *el sol nunca se pone en estas plataformas*.

Si auscultamos el trabajo en plataformas bajo el enfoque de género, rápidamente observamos cómo se producen impactos diferenciados que profundizan las desigualdades existentes. En primer lugar, porque la *tecnología no es neutral*. Es decir, no es simplemente un conjunto de saberes que intervienen en la naturaleza en forma a-histórica y descontextualizada. La tecnología es el resultado de las interrelaciones sociales en las que se produce. De este modo, muchos estudios han mostrado cómo los algoritmos que utilizan las empresas para fines laborales

(por ejemplo, en los procesos de selección de personal o de distribución del trabajo), son discriminatorios en tanto alimentan a la ecuación matemática con parámetros que reproducen la figura de ciudadanía universal: varón blanco, heterosexual, de clase media. Esto se explica porque, precisamente, esos sesgos discriminatorios están presentes en el contexto de producción de la tecnología (algoritmo).

En segundo lugar, cuando se trata de plataformas digitales de reparto o "delivery" (que han crecido ampliamente a partir del contexto de pandemia), los algoritmos también operan sobre un piso de dinámicas de desigualdad preexistentes. En efecto, las franjas mejor remuneradas por las empresas de plataformas de reparto (mediodía, noche y fines de semana), coinciden con los horarios de mayor recarga de trabajo de cuidados. Partiendo de la base de que las mujeres se emplean en menor medida en estas plataformas que en otras (trabajos a domicilio y trabajos en línea), tienen muchas chances de no obtener trabajo suficiente o de recibir ingresos menores que sus pares varones.

Finalmente, es necesario poner de resalto que existe todo un universo de trabajo a través de plataformas digitales que están (llamativamente) fuera de las discusiones centrales en la materia: las plataformas de trabajos a domicilio. Estas orbitan sobre la prestación de servicios vinculados a tareas de cuidado y que están fuertemente feminizadas. Sin embargo, aquí vemos que se reproduce la lógica moderna de división clásica entre esfera pública/esfera privada. El trabajo en plataformas de reparto suscita atención porque se desarrolla en el espacio público y, por lo tanto, las paupérrimas condiciones laborales están a la vista, son visibles. Pero, por el contrario, los trabajos de plataformas a domicilio son invisibilizados, obturados de atención en el espacio público, porque sus condiciones no se ven a la luz del día. Desde ya, esta invisibilización no quita que sean trabajos de igual o mayor precariedad.

Con todo, este 8M nos invita nuevamente a reflexionar sobre los avances y los pendientes en las agendas de género respecto de, en lo que aquí nos interesa, las desigualdades sociolaborales. Todo ello requerirá un compromiso amplio de las representaciones de trabajadoras, operadores jurídicos y decisores políticos, para responder mediante medidas de carácter integral que logren zanjar los resquicios de la desigualdad estructural por razón de género.

Cita on line: AR/DOC/532/2021

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

Género y Seguridad Social



Nadia García

Doctora en Derechos Humanos y Previsión Social (U. San Carlos de Guatemala). Magíster en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social (U. de Alcalá de Henares y OISS). Posgraduada de la UBA. Docente de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la UBA, UADE, UNTREF, entre otras. Directora del Instituto de Seguridad Social de la Fundación Patagónica de Estudios en Derecho

SUMARIO: I. La mujer y su protección internacional.— II. La mujer y su protección nacional.— III. Género y seguridad social: Una mirada crítica y con perspectiva de género de las distintas prestaciones.— IV. Conclusiones.

I. La mujer y su protección internacional

En esta protección adquieren particular relevancia, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), como asimismo

la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la

Mujer en su art. 2º establece "Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal obje-

to, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer”.

En su art. 11 regula “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo; e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables *sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales*; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella. 3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda”. La bastardilla me pertenece.

Por su parte, la Convención de Belém do Pará, en su art. 5º dispone “Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos

civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos; y el art. 6º reconoce “El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”.

Por su parte, existen distintos convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Los convenios de la OIT son instrumentos que pertenecen a la categoría de tratados, pero con características propias, entre las que se destaca el hecho de que se adoptan en asambleas tripartitas y no solamente gubernamentales.

En nuestro país han sido asimilados a tratados, primero bajo el art. 31 de la Constitución Nacional (CN), que alude a los “tratados con potencias extranjeras”, y actualmente también bajo el art. 75, inc. 22 de la CN, que se refiere a los “tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales”. En consecuencia, tienen jerarquía supralegal, criterio sostenido en forma pacífica por la jurisprudencia.

El Convenio N° 111 materializó el compromiso de la OIT de eliminar la discriminación en el empleo, cualquiera sea su razón de ser y la forma en que se manifieste.

Por su parte, el Convenio N° 156, conforme sus considerandos, ante la aparición de nuevos criterios de discriminación, permitió reconocer la efectiva igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo con responsabilidades familiares, al igual que entre estos y los demás trabajadores, así como también que las responsabilidades familiares constituyen una problemática que afecta a la familia y a la sociedad, y no solo a las trabajadoras.

El Convenio lo complementa la Recomendación N° 165 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, del año 1981, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo.

En tanto las medidas encaminadas a que hombres y mujeres puedan compaginar sus obligaciones laborales y familiares son la consecuencia lógica del principio de igualdad, por todos aceptado, el Convenio N° 156 y la Recomendación N° 165 resultan elementos indispensables del objetivo general de garantizar que todo hombre y toda mujer tengan la posibilidad de llevar a cabo plenamente sus funciones en la vida social, económica, pública, familiar y laboral.

Así, las preocupaciones fundamentales para la organización han sido permitir que las mujeres combinen de manera exitosa sus funciones reproductivas y productivas, e impedir que, debido a su función reproductiva, reciban un trato desigual a la hora de conseguir y de conservar un empleo.

En el Informe de la OIT del año 2009 se elaboró un informe sobre el tema, denominado “La igualdad de género como eje del trabajo decente”. El informe es extenso y se divide en distintas partes. La OIT postula en el Informe como aspecto central que “La adopción de un enfoque integral de la igualdad de género es un elemento intrínseco del Programa de Trabajo Decente”. Expresa que la igualdad de género debe considerarse una cuestión transversal en el marco de los cuatro objetivos estra-

tégicos del Programa de Trabajo Decente, estos: (1) El empleo; (2) La protección social; (3) Los principios y derechos fundamentales en el trabajo aplicados mediante las normas internacionales del trabajo, entre otros medios; y (4) El diálogo social. Por tanto, los esfuerzos encaminados a lograr que la igualdad de género forme parte de la esencia del trabajo decente deberían ser de carácter integral.

El planteamiento de la OIT se basa en un enfoque basado en los derechos y en la eficacia económica: la igualdad de género en el mundo del trabajo no es solo una cuestión de derechos humanos y de justicia para los trabajadores, sino que también reviste interés desde el punto de vista empresarial para los empleadores, y es fundamental para el logro del crecimiento económico y la reducción de la pobreza a nivel nacional.

Se manifiesta además en el informe que el sexo no es un indicador de las competencias, y la decisión de contratar, capacitar o promover a las mujeres y a los hombres jóvenes debería basarse siempre en factores como las competencias profesionales y los requisitos inherentes al empleo.

El informe hace un repaso por las complicaciones que sufre la mujer en el ámbito laboral.

La mujeres tropiezan con obstáculos sistémicos de todo tipo en el mundo del trabajo, empezando por el hecho mismo de si tienen o no un trabajo remunerado (ya sea a tiempo completo o parcial); el tipo de trabajo que consiguen o del que quedan excluidas; su acceso a ayudas tales como servicios de guardería; la remuneración y prestaciones que perciben y las condiciones en que trabajan; su posibilidad de acceder a ocupaciones “masculinas” mejor remuneradas; la inseguridad de sus empleos o empresas; su falta de derecho a pensión o a prestaciones, y su falta del tiempo, de los recursos o de la información necesarios para hacer valer sus derechos. Del voto de la Dra. Traversa en autos “Bruno c/ Naldo Lombardi S.A.” (1).

II. La mujer y su protección nacional

Asimismo, en nuestra legislación interna, encontramos las disposiciones de la ley 26.485 y su decreto reglamentario N° 1011/2010 de “Protección integral a las mujeres” (arts. 4º, 5º y 35).

El art. 6º de la norma, refiere a las modalidades de violencia y dentro de estas a la violencia laboral. Dice “a los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes: c) Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral...”

Es necesario resaltar que la ley 26.485 no efectúa mención alguna a la discriminación específicamente en el ámbito de la seguridad social, sin embargo, la responsabilidad estatal derivada necesariamente de la administración de los sistemas de seguridad social. Se desprende del art. 4º que entiende por violencia contra las mujeres toda conducta que, por acción u omisión, afecte su vida, esta afectación incluye la afectación patrimonial. Esta violencia es indirecta cuando la conducta ponga a la mujer en desventaja

respecto del varón. La norma condena la violencia en todas sus formas y obliga a los tres Poderes del Estado para que a través de acciones positivas garanticen la igualdad real entre mujeres y varones; y la finalidad de la ley (art. 7º).

El Estado como administrador principal de los sistemas de seguridad social debe garantizar la igualdad real entre hombres y mujeres; y eliminar cualquier discriminación o forma de violencia a través de acciones positivas.

III. Género y seguridad social: Una mirada crítica y con perspectiva de género de las distintas prestaciones

III.1. Régimen de asignaciones familiares

III.1.a. La protección de la maternidad en las leyes 20.744, 24.714 y 24.716 y su impacto desde una perspectiva de género

La ley 20.744, Ley de Contrato de Trabajo (LCT) protege especialmente el trabajo de las mujeres, en lo particular, el art. 177 prohíbe el trabajo de las mujeres 45 días anteriores y posteriores al parto, la interesada puede optar por reducir la licencia anterior al parto, que, en tal caso, no podrá ser inferior a 30 días, el resto se acumulará al período de descanso posterior hasta completar los 90 días. El nacimiento de un hijo con Síndrome de Down extenderá 6 meses la licencia (art. 1º, ley 24.716).

Durante estas licencias la trabajadora no recibe remuneración sino una asignación familiar prevista en la ley 24.714 de Asignaciones Familiares equivalente a su salario bruto. Como consecuencia se trata de una prestación dineraria no remunerativa contemplada por el Sistema de Seguridad Social que compensa a la trabajadora ante la imposibilidad de trabajar. Es decir, la licencia por maternidad no devenga remuneración sino una asignación familiar. Esto va a generar distintas consecuencias en el ámbito del contrato de trabajo y en el ámbito de la seguridad social, cuando la trabajadora pretenda acceder a otros beneficios.

Mostraré en este trabajo que el régimen actual incumple la normativa internacional y discrimina a la mujer, provocando la pérdida de remuneración y de beneficios sociales, en los siguientes aspectos:

a) Afecta el cobro íntegro y oportuno del salario:

Para comenzar requiere una serie de actos por parte de la trabajadora tendientes a obtener aquello que debiera serle abonado en el marco de su contrato de trabajo y no sometido a un régimen burocrático que muchas veces atenta contra el carácter alimentario y afecta el cobro íntegro y oportuno del salario.

Su cobro es sometido por el régimen de las Asignaciones Familiares (AAFF) a un plazo de caducidad de dudosa constitucionalidad cuando hablamos de ingresos que debieran reemplazar el salario de la mujer trabajadora sin más requisitos que la notificación al empleador de su fecha probable de parto.

La serie de actos requeridos por la ANSeS para hacer efectivo dicho pago atenta contra los derechos de la mujer trabajadora e implican una actividad extralaboral necesaria para contar con dicho ingreso.

Por último, en el marco de remuneraciones que superen el tope previsto por la norma interna de ANSeS individualizada como AAFF — 01-24, las trabajadoras no perciben su remuneración total hasta muchos meses después, afectando sus economías familiares y violando toda la normativa al respecto. Esto no surge de la ley ni de su reglamentación, es una práctica del organismo que atenta contra los derechos establecidos por distintos convenios, que garantizan el mismo nivel de ingre-

sos, no resulta lógico ni legal que la mujer embarazada vea disminuido sus ingresos, al transitar por la licencia y que su recupero deba ser objeto de un reclamo posterior, lo que implica ir a la ANSeS con un recién nacido. Sin reclamo la diferencia no se percibe.

b) No devenga sueldo anual complementario:

El Sueldo Anual Complementario (SAC) es un sueldo diferido, que el trabajador/trabajadora devenga cada día de trabajo. Será pagado sobre el cálculo del 50 % de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro de los semestres que culminan en los meses de junio y diciembre de cada año. Es decir que para que devengue SAC debió tratarse de remuneración. El régimen actual de protección de la maternidad no le asigna carácter remunerativo y como consecuencia no devenga SAC.

Es decir que el goce de la licencia por maternidad y el hecho de que la trabajadora tenga un hijo provoca la pérdida de sus derechos laborales en clara violación de lo dispuesto por la CEDAW en el art. 11, apartado 2., inc. b).

Esto no ocurre con otro tipo de licencias como ser la licencia por enfermedad, prevista en el art. 208 de la LCT. La naturaleza jurídica de las sumas abonadas durante la licencia provoca consecuencias disvaliosas que deben ser corregidas para dar cumplimiento a los compromisos internacionales y lograr definitivamente la tan buscada igualdad.

c) Afecta la mejor remuneración mensual normal y habitual requerida por el art. 245:

Al no ser considerada una suma remunerativa no resulta considerada para determinar la base del art. 245, pudiendo afectar el derecho a obtener una reparación integral ante un despido injustificado. Esto se puso de manifiesto en el fallo "Bruno c/ Naldo Lombardi S.A.", que de forma exquisita con voto de la Dra. Rodríguez Traversa resuelve la cuestión.

Los hechos:

La trabajadora gozó de licencia por maternidad entre el 12/11/17 al 11/2/18 (3 meses) y luego es extendida por maternidad Down del 12/2/18 al 11/8/18 (6 meses), percibiendo un salario/ asignación de \$ 25.374,87. A su reincorporación acuerda con su empleador una jornada reducida que comenzó el 13/8/18, con una remuneración readecuada que comenzó a percibir desde dicha fecha, sin perjuicio de mantener las mismas tareas.

El 28/11/2018, le comunican mediante Carta Documento que se prescindirían de sus servicios a partir del 29/01/2019 y haciéndole saber que la liquidación final y certificación de servicios se encontraba a su disposición. Que, en oportunidad de presentarse a percibir la liquidación final, advierte que esta es insuficiente, a que había sido liquidada conforme la jornada reducida por la suma de \$ 14.200,21, cuando en rigor de verdad, en el último año de trabajo cumplió jornada completa de trabajo, siendo la mejor remuneración la de julio de 2018 por la suma de \$ 25.374,87.

La demandada entiende que abonó la indemnización en forma adecuada, tomando como base la mejor remuneración de \$ 14.200,21, por cuanto en el último año de relación laboral, la actora nunca trabajó jornada completa. Afirma que la licencia por maternidad, y posterior licencia por maternidad Down, no resultan ser salarios las sumas percibidas, sino que son Asignaciones Familiares, que son de naturaleza no remunera-

toria, mediante el sistema SUAF, que liquida ANSeS a todos los trabajadores de empresas privadas.

El fallo de la mayoría sostiene que la demanda debe prosperar, hace aplicación de la normativa que protege a la mujer trabajadora.

Califica como un contrasentido el que se produce por la aplicación de la ley: Los derechos de la madre trabajadora, a su licencia por maternidad, y su extensión a seis meses más por el nacimiento de un bebé con Síndrome de Down termina siendo una trampa en su derecho a la indemnización plena e integral en el caso de distracto laboral. Por esta razón el Tribunal bajo el marco de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, la mirada transversal y judicial con perspectiva de género imponen una solución diferente a la interpretación gramatical y exegetica.

Interpretando el alcance del Régimen de AAFP, sostiene la magistrada que la función de la suma que se cobra no es otra que suplir la función remunerativa que le corresponde percibir a las mujeres en uso de licencia por maternidad y por maternidad Down. Aplicando perspectiva de género, se puede considerar a dichas sumas para determinar la base del art. 245.

El caso es un gran ejemplo de la necesidad de corregir consecuencias arbitrarias de la legislación actual, que discriminan y afectan derechos constitucionales, penalizando la maternidad en lugar de protegerla.

III.2. Prestación por desempleo

La ley 24.013 regula la prestación por desempleo desde el art. 111 hasta el art. 127. La duración de la prestación por desempleo se determina en función del tiempo cotizado al Fondo Nacional del Empleo (FNE), conforme el siguiente cuadro: 6 a 11: 2 meses/ 12 a 23: 4 meses/ 24 a 35: 8 meses y 36 meses: 12 meses.

Como se puede advertir refiere al tiempo cotizado por el empleador al FNE dentro de los últimos 36 meses anteriores a la situación legal de desempleo. Si durante ese tiempo la trabajadora gozó de licencia por maternidad nunca alcanzará el período máximo de la prestación en una nueva penalización de la maternidad que provoca una merma en el tiempo de goce de la protección por desempleo. Esto contradice la CEDAW. Al respecto se advierte que a todos los efectos el tiempo de licencia por maternidad no puede acarrear consecuencias negativas en el contrato de trabajo y menos importar la pérdida de un beneficio como ocurre en el caso de la prestación por desempleo. Por lo que sostenemos que la determinación de la duración de la prestación por desempleo, sin contar los períodos en que la mujer hizo uso de la licencia por maternidad, resulta inconstitucional aplicando perspectiva de género.

En lo relacionado con este punto es necesario destacar lo que ocurre con el Estatuto para el Personal de Casas Particulares (ley 26.844) y la falta de acceso a la prestación por desempleo del personal doméstico, actividad en que las mujeres se encuentran sobrerrepresentadas. El estatuto doméstico mejoró las condiciones de trabajo e implicó un gran avance en materia de derechos laborales, sin embargo, no fue así en cuanto a sus derechos a la seguridad social. Continúa siendo un régimen de aportes incompleto sin ninguna protección ante la contingencia de desempleo. Esto impacta en todos los órdenes: Principalmente la falta de cobertura de la contingencia en sí misma le impide contar con los ingresos que

se derivan de tal prestación, la falta de cobertura de salud y asignaciones que trae aparejado el régimen y la imposibilidad de computar dichos períodos a los efectos previsionales. Considerando la sobrerrepresentación de las mujeres en este sector, la situación afecta más a mujeres que a hombres.

III.3. En el régimen de jubilaciones

III.3.a. Edad de retiro

Originalmente era muy común establecer edades diferenciadas, esta situación obedecía a la percepción social sobre los roles de género, y también intentaba en parte adaptarse al modelo habitual de que la mujer fuera más joven que el hombre y se intentaba que el retiro, de esta forma, fuera simultáneo.

Actualmente, cerca de la mitad de los países de América Central y el Caribe tienen sistemas con edades diferenciadas para hombres y mujeres, hoy sus razones se relacionan más como una forma de compensarlas por sus dificultades de inserción al mercado laboral y a su mayor dedicación a las tareas de cuidado.

Sin embargo, esta situación hoy se encuentra en crisis y da lugar a muchas críticas. Sin embargo, en la práctica una menor carrera laboral provoca menos años de aportes y menor desarrollo profesional, como consecuencia menores jubilaciones. En los sistemas de capitalización esta situación genera claramente menos ahorro, menor rentabilidad, lo que se agrava en virtud de su mayor expectativa de vida. Si bien la tendencia actual es equipararlas las razones no son de género sino de sustentabilidad.

III.3.b. La brecha laboral de género

Hemos expuesto en varias oportunidades las diferencias entre hombres y mujeres en el mercado laboral. La división sexual del trabajo implica que las labores asociadas a lo femenino hayan sido labores no remuneradas como tareas de crianza (niñeras) limpieza (domésticas) o el cuidado (enfermeras). Cuando empezaron a ser remuneradas, se instalaron en el mercado en forma precaria, con su consiguiente informalidad y salarios bajos, justamente factores que definen el acceso a la jubilación en regímenes contributivos. Esto provoca un acceso menor a las prestaciones, y entre quienes acceden los montos de jubilaciones son muchos más bajos. Algunas medidas como las moratorias previsionales o la Pensión al Adulto Mayor redujeron la brecha de acceso, pero mantienen las diferencias en la calidad de las prestaciones y en particular su monto.

Las distintas diferencias laborales entre hombre y mujeres (2) que se manifiestan en múltiples aspectos: Trabajo no registrado, subocupación, falta de acceso a cargos jerárquicos, las consecuencias de la licencia por maternidad en el contrato de trabajo, etc., reproducen la situación y la brecha en el sistema de jubilaciones. Las mujeres tienen menos trabajo y cuando lo tienen es de menor calidad, como consecuencia inevitable accederán menos a las prestaciones y cuando acceden su monto será menor.

Según ANSeS a junio de 2019 la brecha de ingresos pasivos por sexo es:

En el rango de edad 60-64: \$17.172,25 vs. 27.118,82 (57,92%)

En el rango de edad 65-69: \$18.373,65 vs. 22.398,26 (21,90%)

III.3.c. Moratorias, prestaciones no contributivas y mínimos

Como mencionamos en el punto anterior las diferencias socioeconómicas existentes entre hombres y mujeres en el mercado laboral replican sus efectos en el acceso a presta-

ciones contributivas, no nos llama la atención que el 86% (3) de las personas que accedieron a un beneficio mediante moratoria sean mujeres.

Es en este contexto se extendió desde el año 2016 la vigencia de la moratoria dispuesta por la ley 26.970 únicamente para mujeres. Esto mejora la situación de cobertura, pero no la calidad de las prestaciones a las que acceden las mujeres como vimos en el punto anterior.

Al respecto, resulta necesario modificar el esquema de moratorias actual, debido a la desigualdad que genera según el período temporal en que necesite completar servicios faltantes. Esta situación afecta a todos los pasivos que necesiten completar aportes faltantes, pero como se ha señalado a esa situación llega con mayor frecuencia la mujer.

Considerando las dificultades que enfrentan las mujeres para completar los años de aportes requeridos y lo menor de sus ingresos en actividad, adquiere particular importancia el reconocimiento de haberes mínimos adecuados que no pueden resultar menor que la canasta básica, de forma tal que garantice la subsistencia digna.

En este sentido es importante la existencia de prestaciones no contributivas para los casos en que no se pueda alcanzar una prestación contributiva. Estas prestaciones en general, son percibidas en su mayoría por mujeres. La ley 27.260 creó la Pensión Universal al Adulto Mayor (PUAM), que no requiere aportes, pero su edad está establecida en los 65 años y su monto está lejos de garantizar una adecuada subsistencia, ya que consiste en el 80% del HMG.

III.3.d. Años de contribución

Las tendencias actuales incrementan los años de cotización como consecuencia de la mayor expectativa de vida. Diversos estudios demostraron que estas reformas perjudican más a las mujeres que a los hombres debido a la composición del mercado laboral ya señalado, del que la Argentina no es excepción. Por esta razón en algunos países los años de contribución son menos, para las mujeres, en consonancia con las edades de retiro.

Como forma de enfrentar la menor cantidad de años de contribución con que las mujeres llegan a la edad de retiro, varios países (Chile, Uruguay, etc.) otorgan bonificaciones de contribución por cada hijo o hija criada. Esto busca compensar posibles interrupciones en la carrera laboral por el cuidado de hijos e hijas, e incluso de otras personas dependientes, además de reconocer el trabajo de cuidado y reproductivo realizado por las mujeres. Según el país varía la cantidad de años de bonificación e incluso quien puede usarlo, como también las condiciones (por ej. Mínimo de cotizaciones). Lo importante de este tipo de políticas es el reconocimiento por el tiempo dedicado al cuidado, su compensación adecuada, todo acompañado de incentivos al trabajo remunerado.

Resulta fundamental la incorporación de perspectiva de género en las reformas que se pretenden del sistema previsional, que contemplen y compensen las tareas de cuidado, que consideren el rol fundamental de la mujer en la producción.

III.3.e. Movilidad de las prestaciones

Es importante que el sistema de movilidad utilizado mantenga el poder adquisitivo. Cuando esto no ocurre todos los pasivos se ven afectados, pero en mayor medida las mujeres, por su mayor expectativa de vida.

Actualmente el sistema de movilidad se encuentra altamente cuestionado como con-

(2) GARCIA, Nadia G., "La brecha de género y su impacto en el régimen de jubilaciones", RDLSS 2020-19, 9, AR/DOC/3817/2019

(3) [https://latfem.org/cinco-puntos-sobre-el-impac-](https://latfem.org/cinco-puntos-sobre-el-impac)

to-de-genero-en-la-reforma-previsional/#:~:text=2%-2DEI%2086%20por%20ciento,a%2010%20a%C3%B1os%20de%20aportes.(24/02/2021)

secuencia de la suspensión de la fórmula de movilidad dispuesta por la ley 27.426 durante el año 2020 y su posterior reemplazo por una fórmula que no pondera la inflación (ley 27.609).

III.3.f. Las tareas domésticas y de cuidado; y su impacto en el sistema de jubilaciones

El 97,6% de las personas que se dedican al servicio doméstico son mujeres, esto genera que los defectos de un régimen precario y con modificaciones tardías impacte actualmente en el régimen jubilatorio de las mujeres.

Aun en los términos de la ley 26.844 el régimen previsional sigue siendo precario, con aportes mínimos sin importar las tareas o la cantidad de horas que la trabajadora esté a disposición, lo que provoca haberes jubilatorios bajos. A esto se suma obstáculos burocráticos generados por el organismo previsional que tornan al régimen en una gran trampa previsional a las aspiraciones jubilatorias de las interesadas.

Las mujeres están sobrerrepresentadas en estas actividades. Si se profesionaliza el régimen laboral del servicio doméstico y se efectúan aportes en proporción a tareas profesionalizadas y a remuneraciones reales, esto impactará luego y necesariamente en sus prestaciones. La normativa interna del organismo *so pretexto* de evitar fraudes discrimina a estas trabajadoras someténdolas a controles que no existen para otras tareas, obstaculizando y en muchos casos impidiendo la obtención de los beneficios con invocación de estos servicios.

Por otra parte, como ya se señaló el servicio doméstico se encuentra excluido de la prestación por desempleo, es decir que las trabajadoras despedidas no cuentan con la posibilidad, del resto de las actividades, de computar el tiempo de prestación por desempleo a los efectos previsionales lo que, otra vez impacta en las posibilidades de reunir los años de servicios requeridos.

III.4. Régimen de pensiones. Casos de violencia

El régimen de pensiones requiere respuestas para situaciones de violencia doméstica, se deben brindar las herramientas adecuadas para poder acceder a la justicia, al sistema de salud y a todos los servicios que le permitan romper con ese círculo de violencia.

El art. 53 de la ley 24.241 determina como derechohabientes en caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, a los siguientes parientes del causante: a) La viuda; b) El viudo; c) La conviviente; d) El conviviente y e) Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas, todos ellos hasta los dieciocho (18) años de edad. La limitación a la edad establecida si los derechohabientes se encuentran incapacitados para el trabajo a la fecha de fallecimiento del causante o incapacitados a la fecha en que cumplieran dieciocho (18) años de edad.

En lo que nos ocupa, respecto de los supuestos c) y d) se requerirá que el o la causante se hallase separado de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos (2) años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes.

El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite cuando este hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando el o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o estos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al di-

vorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales.

No parece lógico que quien se encuentra inmersa en una situación de violencia deba mantener la convivencia con su agresor para no perder su derecho a una eventual pensión futura o exigirle, en dicho contexto y ante la separación, que haga previsión de alimentos para no quedar desamparada.

Estas exigencias resultan claramente violatorias de toda la normativa en materia de género, así lo estableció la jurisprudencia en autos: "L. N. B. c/ ANSeS s/ pensiones" (Expediente Nro. 13109/07, de fecha 13/7/12) la ANSeS había denegado el beneficio de pensión con fundamento en que la actora no había acreditado que el causante fuera el culpable de la separación ni que ella hubiera percibido alimentos, considerándola incurso en las causales de exclusión de la ley 17.562. La magistrada, concluyó que "de lo expuesto y análisis de lo actuado en sede civil se desprende que el matrimonio se había divorciado vincularmente por el mutuo consentimiento de ambas partes y que continuaron habitando ambos en el mismo domicilio sólo 'por cuestiones económicas', sin que hubiese mediado reconciliación alguna en la pareja que permita identificar a la situación como de 'convivencia en aparente matrimonio'. Por ende, correspondía analizar la cuestión de conformidad con lo dispuesto en el art. 1º, inc. a) de la ley 17.562 en cuanto sanciona con la pérdida del derecho a pensión al cónyuge que por su culpa o por culpa de ambos, estuviese divorciado o separado de hecho a la fecha de fallecimiento del causante.

Sobre el punto cabe señalar que si bien en el caso al decretarse el divorcio en los términos del art. 215 del Cód. Civil, a los fines de determinar la culpa en el ámbito civil la ley considera culpable a ambos cónyuges, dicha sanción, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, no es extensible en materia previsional en donde corresponde a quien atribuye la existencia de culpa de uno o ambos cónyuges, la carga probatoria de tal situación, sin que el cónyuge deba verse sometido a demostrar su inocencia. En dicho sentido, el Alto Tribunal ha señalado que "los efectos de la culpa de ambos esposos que el art. 67 bis de la ley 2393 establecía para la sentencia de divorcio obtenida por ese procedimiento, regulaban sus consecuencias civiles, pero no traían aparejada la pérdida del derecho previsional" (Conf. CS., "Gasparetto, Dora Elsa c/ANSeS s/pensiones", Sentencia del 15/07/2008, pub. En fallos: 331:1651) y que "la separación basada en la petición conjunta de los cónyuges no importa por sí sola la exclusión del derecho de pensión, ya que la sanción impuesta por la ley solo sería procedente si se probara en forma categórica que la separación se produjo como consecuencia de la conducta de la actora, supuesto ajeno al caso, máxime si se tiene en cuenta que la prueba testifical corrobora la posición de la actora y las razones que tuvo para justificar su separación legal" (Conf. ídem, "Péñola, Graciela Mónica c/ANSeS s/pensiones", Sentencia del 15/07/2008, pub. en Fallos: 331:1658).

En función de dichos precedentes, sostuvo que siendo que del análisis de las constancias obrantes en autos se desprendería que en el caso se encontraba acreditada la culpa del causante en el divorcio, en tanto que los testigos fueron contestes en afirmar los malos tratos a los que la actora era sometida por parte de su excónyuge, le asistía razón a la actora en cuanto a que de ningún modo ella había incurrido en causales de culpa en el divorcio, admitió la demanda.

En la causa "G. D. R. c/ANSeS s/pensiones" (Expediente N° 17744/4 Sentencia Definitiva del 18/04/2006), la C.A.R.S.S. con-

firmó la resolución dictada por la ANSeS que había denegado el beneficio de pensión solicitado toda vez que al momento del fallecimiento del causante la actora no convivía con este. La titular, quien solicitaba el mantenimiento del derecho al beneficio con base en su inocencia, probó en autos que había convivido durante muchos años con el causante, unión de la que hubo hijos comunes; que debido a los pésimos tratos físicos y psicológicos que aquel propinaba a todos los integrantes del grupo familiar, originados en su estado de salud (esquizofrenia), se separó a fin de salvaguardar la integridad física y la vida de los menores y de ella misma, no obstante, asistió al causante hasta el último momento de vida, no habiendo la actora dado ningún motivo para concluir con la convivencia. La sentenciante hizo lugar al reclamo y ordenó a la ANSeS dictar un nuevo acto administrativo otorgando el beneficio de pensión.

Para así decidir, afirmó que el derecho positivo instituye como beneficiarias del sistema de previsión, a las personas que sin celebrar matrimonio constituyen una unión de hecho con características de comunión de intereses y perdurabilidad semejantes a aquel. El derecho civil protege al matrimonio, con determinados derechos y obligaciones que surgen de la constitución de la sociedad conyugal, mientras que, en el ámbito de las uniones de hecho, solo existe protección legal en el ámbito laboral y de la seguridad social solo mientras perduran, sin existir protección legal alguna para los supuestos de ruptura.

Sin embargo, la exclusión del concepto de culpa en las uniones de hecho como generadora de derechos, no cabe sea interpretada como una desprotección al conviviente que se encuentra sometido a malos tratos ni mucho menos avalar una situación de violencia, imponiéndoles así, a quienes se hallan sometidas a ella, a soportarla por el solo hecho de mantener la asistencia económica en vida del conviviente o el derecho a obtener el beneficio previsional en el supuesto de su fallecimiento.

Por lo que concluyó que pretender que la actora continuara sometida a tal estado de menoscabo personal a fin de mantener el derecho a pensión resultaba contrario a la Constitución Nacional, y a los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. El art. 53 de la ley 24.241 exige el mantenimiento de la convivencia hasta la fecha de fallecimiento del causante en condiciones normales y no cuando existe violencia familiar; por lo que resultaba inaplicable la exigencia de que la convivencia se extendiera hasta la fecha de fallecimiento del "de cujus", correspondiendo declarar el derecho de la demandante al otorgamiento del beneficio.

Este pronunciamiento fue confirmado por la Sala 3 de la Excma. Cámara Federal de la Seguridad Social. El Dr. Fasciolo sostuvo en su voto, al que adhirieron los otros dos vocales de la Sala, que los argumentos de la demandada no lograban conmovir los fundamentos del pronunciamiento, al que consideró ajustado a derecho a la luz de las pruebas de autos, y agregó que "ante la probada culpa del causante e inocencia de la actora en la ruptura de la situación de hecho habida entre ambos, la aludida separación no puede constituir motivo jurídico para excluir a la supérstite de la pensión pretendida".

Existen otros precedentes como el dictado por el Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 6, dictó sentencia en autos (N° 32079/2015) "B. G. M. c/ ANSeS s/pensiones", Sentencia definitiva del 7/03/2017. En este caso existía un juicio por divorcio vincular en forma contradictoria, que luego de la intervención de una consejera de familia, se convirtió la presentación en un pedido de divorcio vincular con fundamento en la causal objetiva

del art. 214, inc. 2) del Cód. Civil. Asimismo, se habían tomado declaraciones juradas testimoniales, en sede de la ANSeS, donde los deponentes fueron contestes en sostener que el causante hizo abandono del hogar, que era una persona violenta y muy celosa, que insultaba constantemente a la actora y que esta temía por su vida, ya que había intentado agredirla en varias ocasiones.

Sobre esa base, sostuvo la inocencia de la actora en la separación, sin que su conducta posterior a ese hecho pudiera ser relevante a los fines del art. 1º de la ley 17.562.

El Juzgado 6 también se pronunció favorablemente en Expediente N°: 106491/2012 "G. S. c/ANSeS s/pensiones" y que fue confirmado por la Sala I. En esta oportunidad afirmó el magistrado que "La separación de hecho..., por sí sola, no perjudica el derecho a pensión", ya que es "...condición para la pérdida del beneficio que la separación se hubiera producido por culpa de ambos o por culpa exclusiva del supérstite", (CS, "Cordero de Giménez, Viola", 30/07/1974,-ED 57-278 -con nota de G.J. Bidart Campos-). Y que corresponde al organismo previsional establecer si la peticionante fue la culpable o no de la separación en la medida que existan causas que justifiquen tal sospecha, mediante la fehaciente demostración de tal culpabilidad, pero nunca presumir la existencia de esta y someterla a la exigencia de demostrar su inocencia, desde que tal procedimiento se encuentra reñido con las garantías constitucionales de la defensa en juicio (art. 18, CN.) y con el espíritu de las leyes que intenta aplicarse (cfr. esta Sala, "Falcón, Ana Elisa c/Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles", Sentencia N° 54.866, del 28/2/94, "Arguello Ramona Eva c/ANSeS s/pensiones", sentencia definitiva N° 103.385 del 12/03/03), del 06/03/2017.

En este caso, se encontraba acreditado que la actora se había separado de su cónyuge, sin prestarse ningún tipo de asistencia, y que, posteriormente, había convivido en aparente matrimonio con un tercero. Sin embargo, también surgía de las pruebas producidas que el de cujus era alcohólico y maltrataba a su mujer. En virtud de ello, el sentenciante, sostuvo que: "...si bien debe evitarse, en reclamos como el de autos, una indebida captación de beneficios, ello no puede hacerse sobre la base de afirmaciones dogmáticas ya que, verificada la situación de violencia, el no reclamo de alimentos no resulta determinante ni demostrativo de la inexistencia de su necesidad, salvo que el organismo demostrara que la actora es titular de bienes que avalen su postura".

Más allá de que los fallos citados no aplicaron en forma expresa los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sin duda siguen sus preceptos, realizando una lectura de los casos con perspectiva de género, a fin de que la aplicación fría y literal de la norma no lleve a resultados que impliquen en los hechos tolerar situaciones de discriminación y/o violencia contra de la mujer, violando los compromisos asumido internacionalmente por el Estado argentino.

IV. Conclusiones

Es el momento, nunca en la historia del mundo la igualdad entre hombres y mujeres ha logrado colarse en la agenda ni ha estado tan presente en debates públicos tanto nacionales como internacionales.

Es basta la normativa supranacional y nacional en la materia, sin embargo, parece no ser suficiente cuando la discriminación por razones de género adopta configuraciones muy específicas en los ámbitos de trabajo, sin estructuras diseñadas tendientes a revertir estas situaciones de dominación estructural. Como señaló la Corte Suprema en el fallo

Sisnero (4) "...no estamos frente al principio de no discriminación, este se muestra como insuficiente. Estamos ante el principio de anti-subordinación que condena las prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados, como es el caso de las mujeres. La igualdad como no dominación implica una toma de posición frente a un estatus social desigualitario, en el que se dan situaciones de subordinación difíciles de superar de manera individual. La igualdad como no sometimiento logra desarticular estructuras de exclusión social que afectan a determinados grupos sociales. El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación" (5).

En este orden de ideas el ODS 8 que compromete a los Estados en la agenda 2030

(4) CS, "Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo", Fallos: 337:611.

(5) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe del 20/01/2007, sobre acceso a la justicia para muje-

señala como meta lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y hombres, así como la igualdad de remuneración. Se advierte un gran impulso internacional, sin embargo, en la práctica, los avances siguen siendo demasiado lentos y se tornan necesarias medidas positivas e innovadoras para destruir estereotipos que generan posiciones dominantes y segregan a las mujeres condenándolas a trabajos menos calificados y por ello mal pagos, con su consiguiente impacto en los derechos previsionales.

Se requiere compromiso político, pero fundamentalmente una transformación social. Distintas políticas públicas pueden contribuir a disminuir la brecha de género laboral y por consiguiente su impacto en el régimen de seguridad social: esto es igualar la licencia por paternidad a la de maternidad, suprimir disposiciones legales o convencionales que limiten el acceso de las mujeres a determinados sectores, ocupaciones y/o actividades, derogar cualquier disposición laboral que castigue a la mujer en su rol de madre o "cuidadora por antonomasia", implementar licencias o sistemas

res víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser/L/V/II, deoc. 68, ps. 75 y 99.

(6) Se conoce como impuesto rosa a la diferencia de valor de productos similares en su versión femenina.

adecuados de contención laboral para casos de acoso o violencia para paliar los efectos negativos que tienen sobre sus carreras laborales, profesionalizar las tareas de cuidado, aumentar la voz y representación de las mujeres en sindicatos e instituciones de seguridad social, mejorar los sistemas de contención social; invirtiendo en servicios de calidad de cuidado infantil y de cuidados de larga duración, etc., sin embargo, nada de esto es suficiente ni eficaz si no está acompañado por cambios en las normas sociales y en los estereotipos de género.

Afirma la OIT que en los últimos 20 años la cantidad de tiempo que las mujeres dedican al cuidado y al trabajo doméstico no remunerado apenas disminuyó, y el tiempo que dedican los hombres ha aumentado solo en 8 minutos diarios, a este ritmo se tardarán más de 200 años en cerrar la brecha de género en términos de tiempo dedicado al trabajo de cuidados no remunerados.

La desigualdad se muestra, se mide y se sufre: las mujeres se ven más afectadas por la desocupación, tienen más dificultades para acceder y mantener empleos de calidad, no acceden a puestos jerárquicos, están más precarizadas y como consecuencia no logran jubilarse u obtienen jubilaciones más bajas, a esto se suma otras consecuencias negativas en el sistema de seguridad social que penali-

zan la maternidad. En síntesis, las mujeres son más pobres que los hombres. Como si fuera poco, ganan menos y gastan más si se tienen en cuenta los gastos que requiere la gestión de la menstruación (que en nuestro país sigue pagando IVA) y el impuesto rosa (6). Las mujeres somos más pobres y tenemos más gastos.

Es el momento, enfrentamos una gran oportunidad hacia la igualdad, es ahora y es con nosotras. Esta oportunidad nos impone un desafío eliminar todas las formas de discriminación y de violencia contra la mujer, velando por el cumplimiento de sus derechos, garantizando el acceso universal a la salud reproductiva y su participación en la toma de decisiones. Esta oportunidad también nos obliga a implementar políticas públicas, disponer recursos y sancionar normas que reconozcan el aporte fundamental que realizan las mujeres a la sociedad.

Construyamos una sociedad en la que todas, todos y todes, sin distinción alguna, puedan ejercer plenamente sus derechos convencidos y convencidas que, sin igualdad de género, no hay trabajo decente. Convencidas y convencidos que sin igualdad de género no hay recuperación, ni desarrollo posible.

Cita on line: AR/DOC/529/2021

Reflexiones sobre el derecho a la seguridad social con perspectiva de género



Carolina E. Ibarra

Abogada (UBA). Secretaria Ad Hoc de la Dirección de Acceso a la Justicia (PGN). Maestranda en Magistratura Judicial con especialización en Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho (UBA). Especialista en Derecho Penal por la Universidad Torcuato Di Tella. Posgrado en "Administración y Gestión Judicial", "Diplomado en Criminalidad Económica", entre otros.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Cuestiones de derecho en perspectiva.— III. La jurisprudencia con perspectiva de género.— VI. Conclusión.

I. Introducción

Al momento de recibir la invitación para la presente columna, sentí una sensación de esperanza. Esperanza en que el Día Internacional de la Mujer, además del llamado a la reflexión acerca de los avances logrados, nos incita también, para exigir cambios y reconocer el rol de las mujeres en los "cambios" inevitables en nuestro país y porque no, en el mundo.

El tema del 8 de marzo del 2020 se denominó "Soy de la Generación Igualdad: Por los derechos de las mujeres", siguiendo los pasos de la campaña de ONU Mujeres con el mismo nombre (Generación Igualdad) y que conmemora el 25º aniversario de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995), la hoja de ruta más progresista para el empoderamiento de las mujeres y las niñas en todo el mundo (1).

Este 8 de marzo de 2021, el tema será "Mujeres líderes: Por un futuro igualitario en el mundo de la COVID-19" (2) y refiere a los esfuerzos que realizan mujeres y niñas en todo el mundo para forjar un futuro más igualitario y recuperarse de la pandemia de la COVID-19. Asimismo, está en consonancia con el tema prioritario del 65º período de sesiones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, "La participación de las

mujeres y la adopción de decisiones por ellas de forma plena y efectiva en la vida pública, así como la eliminación de la violencia, para lograr la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas", y con la emblemática campaña Generación Igualdad, que exige el derecho de las mujeres a la toma de decisiones en todas las esferas de la vida, la igual remuneración, la distribución equitativa de los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados, el fin de todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas y unos servicios de atención de la salud que den respuesta a sus necesidades.

En la "justicia" o el poder judicial, en particular desde la intervención e interpretación de los instrumentos internacionales de protección a la mujer, nos encontramos transitando un cambio profundo en cuanto a la perspectiva de género. Gran parte de ello se debe a esas luchas y pedidos de justicia por parte de las mujeres, las cuales incansablemente exigimos soluciones en condiciones de igualdad.

El sistema judicial debe evolucionar para ser un instrumento de la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, toda vez que, poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de

forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.

II. Cuestiones de derecho en perspectiva

El derecho a la seguridad social es un derecho fundamental, abarcando desde la concepción de la persona hasta después de su muerte, requiriendo acciones positivas —de hacer— por parte del Estado. Su protección constitucional está establecida en el 14 bis —en su tercer párr.— cuando indica que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. Luego, se incorporó la cláusula convencional, art. 75 inc. 22 que amplió la protección mediante el llamado "bloque de constitucionalidad federal", bloque porque es un conjunto armónico, inescindible y que compone una sola pieza; de constitucionalidad, porque tiene una misma jerarquía y nivel aunque la fuente de producción normativa sea diferente, una por producción, otra por adopción plena; y federal ya que el ámbito de aplicación es todo el territorio argentino y no existe posibilidad alguna que los estados locales puedan oponerse a la aplicación y vigencia de los mismos (3).

La efectivización del derecho a la seguridad social, está contemplada en el art. 75, inc. 23), que establece que corresponde al Congreso de la Nación "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados inter-

nacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

En dicha norma nos indica el respeto por los estándares internacionales que componen el derecho internacional de protección a los derechos humanos, en particular a promover medidas de acción positiva, para evitar posibles violaciones a estos derechos. Este reconocimiento implica o supone una garantía del cumplimiento de las obligaciones por parte del Estado, que se traduce en una exigencia y que permite al titular reclamar frente a una autoridad judicial, ante el incumplimiento de su obligación.

Al respecto, cabe señalar que, en cuanto a la interpretación de las leyes, el Código Civil y Comercial —en vigencia desde el 01/08/2015— está impregnado por el constitucionalismo, pues establece en su art. 2º que las leyes deben ser interpretadas teniendo en cuenta, entre otras, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. En virtud de ello, se analiza lo dispuesto en los instrumentos internacionales y en lo que los órganos de aplicación de dichos instrumentos, como fuente de normativa en los cuales se funda la aplicación del derecho.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) <https://www.un.org/es/observances/womens-day>

(2) <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/11/announcer-international-womens-day-2021>

(3) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La regla de reconocimiento constitucional argentina -art. 75 inc. 22 doctrina y jurisprudencia-", Ediar, Buenos Aires, 2007.

Sobre esta base, puede afirmarse que nuestro país posee un fuerte compromiso con los derechos humanos y la protección de estos, en particular en relación con los derechos humanos de respeto por el género, al ratificar diversos instrumentos internacionales. En particular, con la vigencia de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y que obliga a los Estados Parte a eliminar todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia (art. 7° y 8°). Además, la adhesión a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su art. 2° establece: “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación...”

En consonancia con ello, se promulgó la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, que en su art. 6 inc. b) la modalidad de violencia institucional contra las mujeres, siendo esta la realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil.

Asimismo, es importante destacar la aplicación de la ley 27.499, que promueve la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Judicial y Legislativo de la Nación.

Por último, debe exigirse la aplicación de Las 100 Reglas Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, las cuales han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008. La Corte Suprema de Justicia de la Nación adhirió a ellas a través de la Acordada N° 5, de fecha 24/02/2009.

Las “100 Reglas de Brasilia” no se limitan a establecer bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. No solamente

se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

III. La jurisprudencia con perspectiva de género

Como indiqué, el art. 75 inc. 22 de la CN. incorporó instrumentos de protección a los derechos humanos y con ello se han desarrollado estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de los derechos fundamentales.

En tal sentido, la obligación de los Estados no es solo negativa —de no impedir el acceso a esos recursos—, sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos. A tal efecto, los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia (4).

Los arts. 8, 24 y 25 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, establecen el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (art. 8°); la igualdad ante la ley (art. 24), y el derecho a la protección judicial, esto es, el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención (art. 25) y la obligación de desarrollar las posibilidades de recurso judicial.

La adhesión a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante “CEDAW”) y su protocolo facultativo, refleja el consenso regional de que la violencia contra las mujeres es un problema público y prevalente, meritorio de acciones estatales para lograr su prevención, investigación, sanción y reparación.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (5) parte de la premisa de que el poder judicial constituye la primera línea de defensa a nivel nacional para la protección de los derechos y las libertades individuales de las mujeres, y por ello la importancia de su respuesta efectiva ante violaciones de derechos humanos. Una respuesta judicial idónea resulta indispensable para que las mujeres víctimas de violencia cuenten con un recurso ante los hechos sufridos y que estos no queden impunes.

III.1. La perspectiva de género en el fuero de la seguridad social

Conforme lo anterior, podemos indicar que el acceso a la justicia es concebido como un derecho humano de carácter imperativo (*ius cogens*), en tal sentido se ha afirmado que “La indisociabilidad... entre los arts. 25 y 8 de la Convención Americana (...) conlleva a caracterizar como siendo del dominio del *ius co-*

gens el acceso a la justicia entendido como la plena realización de esta, o sea, como siendo del dominio del *ius cogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados conjuntamente. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *ius cogens*), y acarrear obligaciones erga omnes de protección” (6) debiendo, los jueces expresarse con respeto a los estándares establecidos en los instrumentos internacionales a los cuales el Estado adhirió.

Desde esta perspectiva comparto diferentes sentencias judiciales, las cuales he analizado en otra oportunidad en las cuales se recalcan el actuar del poder judicial y la aplicación de diferentes estándares interpretativos.

III.1.a. La condición de mujer migrante

La Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social (7), hizo lugar al recurso de apelación contra la resolución que rechazó la medida cautelar mediante la cual pretendía que se ordenara a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) a abonar el Ingreso Familiar de Emergencia (IFE), hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.

En su sentencia indicó que, dado el contexto descripto “...corresponde considerar especialmente que nos encontramos frente a una mujer migrante sin trabajo, quien se encuentra tramitando la regularización de su residencia y con un niño menor a cargo. A este estado de vulnerabilidad se suma la propia condición de mujer que ya de por sí la coloca en una situación de mayor vulnerabilidad frente a la violencia familiar sufrida y las desigualdades de género que afectan al proceso migratorio”.

Recuerda, que al incorporarse la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), a la Constitución Nacional, y suscribir Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belem do Para), aprobada por ley 24.632, el Estado Nacional, se comprometió —entre otras obligaciones— a detectar las prácticas jurídicas o consuetudinarias o leyes que perpetúan la desigualdad, o que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer y, al mismo tiempo, se comprometió a garantizar a través de los tribunales competentes los derechos de las mujeres.

III.1.b. Ancianidad, calidad de sujeto vulnerable

La actora, de 74 años de edad, solicita medida cautelar con el objeto de que no se continúe deduciendo de su haber jubilatorio el importe del impuesto a las ganancias hasta tanto se dicte sentencia definitiva; mientras que con la segunda se persigue la declaración de inconstitucionalidad del art. 79, inc. c), de la ley 20.628 y el reintegro de las sumas retenidas en dicho concepto, computadas de los años 2014 a 2019, más intereses hasta su efectivo pago.

La Sala II de la Cámara Federal de la Plata (8), entendió que se encontraría —a la fecha de la resolución— en una situación de vulnerabilidad que no puede ser desatendida ni postergada hasta el momento de dictar-

se sentencia, conforme el precedente “García (9)” de la Corte Suprema. Vale recordar, que en dicho precedente se destaca la calidad del sujeto vulnerable y recalca que el envejecimiento y la enfermedad son causas determinantes de vulnerabilidad que obligan a los jubilados a contar con mayores recursos para no ver comprometida su existencia y calidad de vida. Ello requiere que el legislador debe dar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos sin que el sistema tributario pueda quedar apartado del resto del ordenamiento jurídico (consid. 8°).

III.1.c. La detención no implica negación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (10) resolvió sobre la petición de un grupo de mujeres detenidas —sin condena o que lo han sido por penas iguales o inferiores a los tres años— en la Unidad N° 31 del Servicio Penitenciario Federal, sobre el otorgamiento de asignaciones familiares. En particular, algunas requirieron ser beneficiarias de las Asignaciones Universales por Hijo y por Embarazo. La Administración Nacional de la Seguridad Social, el Servicio Penitenciario Federal y el Ente de cooperación técnica y financiera (ENCOPE) rechazaron el pedido.

La Corte concluyó que denegar los beneficios de la seguridad social constituye un supuesto de agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad porque ha importado empeorar el estado de las mujeres madres y la de sus hijos. Agregó que el derecho al otorgamiento por parte del Estado de los beneficios de la seguridad social, con carácter integral e irrenunciable, está consagrado en el art. 14 bis de la CN en consonancia con la previsión del art. 9° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece que “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona a la seguridad social...”. Agregó que a fin de hacer efectivo el reconocimiento contemplado en las referidas disposiciones, el art. 75, inc. 23, de la CN pone en cabeza del Congreso de la Nación el dictado de un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

En cuanto a la situación de detención de las mujeres para percibir el beneficio para sí o para sus hijos, hizo referencia al art. 6° de la ley 26.485, de Protección Integral a las Mujeres, que define como violencia institucional a aquella realizada por las/los funcionarios, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en dicha ley, en tanto que el dec. reg. 1011/2010 de dicha norma estipula, en su art. 9°, inc. u) que, a los efectos de la ley que se reglamenta, de conformidad con lo establecido en el art. 9° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la condición de mujer privada de libertad no puede ser valorada para la denegación o pérdida de planes sociales, subsidios, servicios o cualquier otro beneficio acordado o al que tenga derecho a acceder, salvo disposición legal en contrario (consid. 13).

(4) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, <https://www.cidh.oas.org/countryrep/AccessoDESC07sp/Accesodesci-ii.sp.htm>

(5) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe sobre el “Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas” <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.htm>

(6) CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “La ampliación del contenido material del *ius cogens*”, [\[www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_2007_antonio_augusto_cancado_trindade.pdf\]\(http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_2007_antonio_augusto_cancado_trindade.pdf\)](http://</p>
</div>
<div data-bbox=)

(7) CFed. Seg. Social, incidente N° 1 - “D.S., R. D. c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ incidente”, sentencia interlocutoria del expte. n° 11641/2020, 27/07/2020.

(8) CFed. La Plata, sala II, “D., C. E. c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, 30/01/2020.

(9) CS, FPA 7789/2015/CS1-CA1 y FPA 7789/2015/1/RH1, “García, María Isabel c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos 342:411.

(10) CS, FLP 58330/2014/1/RH1, 11/02/2020.

III.1.d. El principio *pro homine* como rector interpretativo

La Cámara Federal de Córdoba (11) resolvió sobre si le correspondía o no el beneficio de pensión derivada a la actora, por el fallecimiento de su cónyuge ocurrido el 01/07/2008, el cual se le había negado en el organismo previsional. El causante era titular del beneficio de jubilación obtenido al amparo de la ley 21.451, con fecha inicial de pago el 30/12/1976.

El tribunal destaca que, estando regulado el matrimonio de la actora por la ley 23.515, surge que no hubo “acción” ante juez competente, de separación personal o de divorcio vincular entre los cónyuges, aunque estuvieran separados de hecho, conforme la ley aplicable para separarse de hecho, los cónyuges tenían que iniciar una acción judicial. Y era el juez competente el facultado para declarar la culpa de uno o de ambos cónyuges. No la administración, tampoco los vecinos. No existe sentencia alguna que haya declarado la inocencia o culpa de uno, o de ambos cónyuges, requisito ineludible conforme el art. 1 de la ley 17.562 para denegar la prestación.

Afirmó que —conforme el juego armónico de las leyes referidas— solo se pierde el derecho de acceder a la pensión, cuando judicialmente haya sentencia de divorcio o separación de hecho, por culpa del cónyuge supérstite o de ambos cónyuges. Añadió que “... no es razonable fulminar con la sanción de pérdida del derecho, a la peticionante inocente o cuya culpa

en la separación de hecho no hubiera sido fehacientemente probada en el proceso judicial pertinente. La dignidad intrínseca de la persona es el fundamento de los derechos humanos. Con todo respeto a la intimidad y memoria del causante, se revelan como indicios, algunos hechos de la vida privada de esa persona, que pudieron ser de violencia contra la actora, que trascienden del fallecido y afectan a la familia”.

Ello así, con fundamento en el principio *pro homine o pro personae*, corresponde tener presente la incidencia de casos de violencia doméstica, a fin de no denegar derechos de carácter alimentario como el solicitado.

Ingresando al razonamiento de la sentencia los instrumentos de Derechos Humanos más importantes de las mujeres aplicables en el mundo, la región y el país, a favor de la actora conforme las circunstancias particulares del planteo, que han sido incorporados por nuestro país a la Constitución Nacional en la reforma de 1994, a saber: “La CEDAW Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” aprobada por ley 23.179 en el año 1985 y con jerarquía constitucional a partir de la reforma de nuestra Ley Fundamental del año 1994, en el art. 75 inc. 22. A partir de marzo de 2007 Argentina es parte del sistema de la CEDAW, por ley 26171 que aprobó el Protocolo Facultativo. La “Convención Interamericana BELÉM DO PARÁ”, aprobada en 1996, por ley 24.632, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. La ley 26.485 promulgada de

hecho el 01/04/2009 de “Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”.

III.1.e. Las asignaciones familiares proceden cuando se discrimina por género

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (12) —remitiendo a lo dictaminado con el Procurador General de la Nación— dejó sin efecto la sentencia del Tribunal Superior de Santa Cruz en el marco de un caso de discriminación por género en el pago de asignaciones familiares. Por tal motivo, devolvieron la causa al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento.

Lo destacable del pronunciamiento, es que, dentro del reclamo de una docente universitaria, quien alegó la discriminación por género en el pago de las asignaciones familiares conforme lo dispuesto en el art. 8 y 16 del decreto provincial 1599/1989 bis —modificado por el dec. 1922/2000— dado que percibe un salario superior al tope previsto en el art. 3 de la ley Nacional 24.714, se aplicó la doctrina de las “categorías sospechosas”; en tanto las mujeres trabajadoras de la administración pública provincial se encuentran excluidas por las normas locales que “reconocen el pago de asignaciones familiares a los agentes hombres mientras que, en iguales circunstancias, se les deniegan a las agentes”.

El procurador hace notar con ello, que se omitió tratar un agravio relevante articulado por la actora consistente en que la norma local establecía una distinción de trato discriminatoria en razón del sexo al excluir del cobro de las asignaciones familiares únicamente a

las empleadas mujeres cuyos cónyuges exceden el tope salarial establecido en el art. 3 de la ley 24.714 y habilitar el cobro de tales prestaciones a los agentes varones en idéntica situación. Ello, a juicio de la recurrente, vulnera el art. 16 de la CN y las normas concordantes previstas en pactos internacionales de derechos humanos que establecen la igualdad ante la ley sin distinción por sexo.

En consecuencia, la corte local debió analizar la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación y ponderar que la tacha de inconstitucionalidad presentada por la actora compromete una distinción basada en una de las categorías sospechosas como es el sexo, sujeta a la aplicación del test de escrutinio estricto.

VI. Conclusión

En la introducción indiqué que el sistema judicial debe evolucionar para ser un instrumento de la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Sin perjuicio de ello, dar a conocer las sentencias con perspectivas de género es un gran paso para adelante y no hay razones concluyentes que indiquen lo contrario. No caben dudas que la “justicia” avanza, deberemos —los operadores— articular con la sociedad para adecuarnos a los principios que impregnan las cuestiones en las que interviene el “género” como categoría y pauta de interpretación; no solo por la necesidad de una calidad de “justicia”, sino también porque lo demandan las normas constitucionales y convencionales que nos rigen como sociedad.

Cita on line: AR/DOC/531/2021

(11) CFed. Córdoba, sala A, “Nieto F. R. A. c/ AN-SeS s/pensiones”, expte. N° FCB 74000672/2012/CA, 17/10/2020.

(12) CS, “Vázquez, Miriam c/ Consejo Provincial de Educación de la Provincia de Santa Cruz s/ demanda contencioso administrativa” CSJ 1128/2016/RH1, 29/10/2020.

Las sentencias sin perspectiva de género ¿constituyen violencia institucional contra mujeres y disidencias sexuales?

Noelia A. Barrios Colman



Abogada por la Universidad Nacional del Litoral. Diplomada en Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cursando actualmente la Especialización en Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional del Litoral. Presidenta del Instituto de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Santa Fe 1° Circunscripción (2020-2021). Co-fundadora del Estudio Jurídico Clément & Barrios Colman Abogadas. Cofundadora del Espacio Sexológico y de Promoción de Derechos “Jera”. Disertante en congresos, charlas y capacitaciones sobre temáticas de género, diversidad y derechos humanos.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Tipos y modalidades de violencia.— III. Violencia institucional.— IV. ¿qué entendemos por perspectiva de género?— V. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género?— VI. La perspectiva de género en las sentencias.— VII. Violencia institucional y sentencias sin perspectiva de género.— VIII. Conclusiones.

“En toda Europa la mujer en tanto bruja fue objeto de la Inquisición a partir del siglo XVI. Al contrario, los hechiceros (Tritemio, Fausto, etc.) y ‘los más famosos magos europeos vivieron y actuaron sin ser molestados, aun cuando en sus días centenares de brujas eran enviadas a la hoguera’ (*).

I. Introducción

Tomando como punto de partida la cita de Irisarri nos preguntamos, en el contexto actual, varios siglos después de lo por él re-

latado ¿se juzga igual a las mujeres que a los varones? ¿existen estereotipos que minan las conductas judiciales al momento de decidir cuando se trata de mujeres y disidencias sexuales? ¿encierran algún tipo de violencia estas prácticas? Estos son algunos de los interrogantes que intentaremos responder a lo largo de estas páginas.

II. Tipos y modalidades de violencia

A modo de introducir al lector/a del presente artículo, sin reiterar cuestiones

María Florencia Clément



Abogada por la Universidad Nacional del Litoral. Diplomada en Género. Adscripta en la Cátedra Fundamentos de Derecho Privado, UNL. Cofundadora del Estudio Jurídico Clément & Barrios Colman Abogadas. Integrante del Instituto de los Derechos de las Mujeres, Géneros y Disidencias Sexuales. Integrante del Comité Evaluador Externo de la Revista En Letra Derecho Civil y Comercial.

que probablemente hayan sido abordadas con mayor profundidad en los otros apartados de esta edición especial, recordaremos los diferentes tipos de violencia reconocidos por la legislación argentina, así como las distintas modalidades que la misma puede adoptar. Es necesario mencionar que tanto tipos como modalidades se encuentran explícitamente receptados en la ley 26.485, “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” (1).

Así, en primer lugar, nos encontramos con la más visible de las violencias, la física (art. 5, inc. 1) seguida por la psicológica (art. 5, inc. 2), luego por la sexual (art. 5, inc. 3), la

económica y patrimonial (art. 5, inc. 4), la simbólica (art. 5, inc. 5) y finalmente, la recientemente incorporada, violencia política (art. 5, inc. 6).

A continuación, el art. 6 establece las modalidades de la violencia, que según allí mismo se menciona son “las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos”. Entre las formas que puede adoptar la violencia contra la mujer encontramos incorporadas a la ley la doméstica (art. 6, inc. a), la institucional (art. 6, inc. b), la laboral (art. 6, inc. c), contra la libertad reproductiva (art. 6, inc. d), la obstétrica (art. 6, inc. e), la mediática (art. 6, inc. f), la ejercida en el espacio público (art. 6, inc. g) y la pública-política (art. 6, inc. h).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) BASCHWITZ, “Brujas y procesos de brujerías”, p. 13 en: IRISARRI, Santiago M. “Violencia contra la mujer: Protección ante agresiones por razón de género”, Astrea, Ciu-

dad Autónoma de Buenos Aires, 2018, 1ª ed., p. 3.

(1) Versión actualizada disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/ane-xos/150000-154999/152155/texact.htm>

III. Violencia institucional

Es posible que nos hagamos una idea de qué es lo que significa que la violencia sea institucional, no obstante, “[c]uando pensamos en la violencia que ejercen las instituciones nos representamos un amplio conjunto de situaciones que, ejercidas desde instituciones públicas, tienen como consecuencia la vulneración de derechos de las personas” (2). Lo característico es que sucede en espacios administrados por el mismo Estado, es ejercida por personas que forman parte de él y que se da por aquiescencia u omisión de control. Ello, sumado a que es parte de la operatoria del sistema desde hace mucho tiempo, se presenta como una práctica estructural de violación de derechos.

Para entender cómo se manifiesta la violencia institucional específicamente en mujeres y disidencias sexuales debemos tener en consideración que muchas de sus manifestaciones pasarán inadvertidas -ante ojos sin gafas preparadas para verla- por la aceptación y naturalización sociocultural de las mismas. No podemos ignorar que los estereotipos de género (3) impregnan todas las prácticas humanas, convirtiendo, sobre todo a mujeres y disidencias sexuales, en objetos de las más diversas manifestaciones de violencia. Por ello, no podemos pensar solo en las formas de violencia institucional más comunes como son el asesinato, la tortura física o psicológica en contextos carcelarios. La violencia institucional contra mujeres y disidencias sexuales puede ser mucho más sutil y no ser advertida, o simplemente ser naturalizada.

El Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina, nos ofrece unas palabras que van delimitando mejor nuestro entendimiento y aquello a lo que nos referimos cuando hablamos de violencia institucional contra mujeres y disidencias sexuales. Así, en su sitio web se refieren a la violencia institucional como aquellas “prácticas por parte de las fuerzas de seguridad o agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que resulten lesivas para la libertad, la integridad, la dignidad y la vida de las personas, en especial sobre aquellos grupos sociales en condición de vulnerabilidad” (4). Va de suyo, porque así lo han reconocido diversos instrumentos internacionales aplicables en Argentina, que las mujeres y las disidencias sexuales forman parte de grupos sociales vulnerables.

Ahora bien, la ley 26.485 en su art. 6 inc. b, al describir las modalidades en que se puede ejercer la violencia de género dispone: “Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos

políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil”. Conforme a ello, los actos del Poder Judicial bien pueden ser considerados como violencia institucional. En este sentido, en el punto VII. del presente trabajo analizaremos cómo las sentencias sin perspectiva de género constituyen violencia institucional.

IV. ¿qué entendemos por perspectiva de género?

La perspectiva de género es esa mirada o enfoque que logra contemplar las diferencias estructurales entre varones, mujeres y todo el espectro de la diversidad de géneros en la sociedad actual, y las diversas condiciones particulares que tales diferencias estructurales generan (5), con el objetivo de brindar soluciones adecuadas para cada caso, atendiendo sus particularidades.

Debemos aquí recuperar el entendimiento de que el género es una construcción histórica y variable que se constituye a través de pautas, mandatos, expectativas y creencias sociales en aquello que se espera de cada género (varón-mujer) y que se perpetúa a través de la socialización de género. No se debe perder de vista que tales construcciones se basan primordialmente en las características del sexo biológico de las personas, convirtiéndose la diferencia sexual en determinante de un rol social que comienza a generar desigualdades.

En este orden de ideas, la perspectiva de género implica, según Alda Facio, “primero que nada tener conciencia de que las mujeres por su sexo, ocupan un lugar subordinado en nuestra sociedad y que el hombre/varón, por su sexo, ocupa un lugar privilegiado, y que esa pertenencia a un grupo subordinado o a uno privilegiado, es socialmente importante y debe en todo momento tomarse en cuenta” (6).

En el ámbito del derecho esta perspectiva debe permitirnos “analizar los problemas que involucran a hombres y mujeres, incluidos los de tipo jurídico, identificando los factores sociales y culturales que establecen diferencias entre personas de distintos sexos” (7).

V. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género?

Graciela Medina (8) sostiene que se debe juzgar con perspectiva de género porque jueces y juezas tienen el imperativo constitucional y supranacional de hacer efectiva la igualdad (9); además, los magistrados y magistradas no pueden ignorar la existencia de patrones socioculturales y, en consecuencia, no pueden decidir este tipo de cuestiones como si fuera un caso en el cual se definen los derechos de dos hombres o de dos empresas.

Sobre este punto es sumamente importante que se adviertan los estereotipos de género que atraviesan los casos y las y los operado-

res judiciales puedan decidir dejando de lado esas creencias y construcciones socialmente atribuidas en virtud de diferentes funciones, ya sean estas biológicas, físicas, sexuales, sociales o incluso religiosas.

Jurisdiccionalmente, los estereotipos de género se constituyen como condicionantes a la hora del tratamiento de los casos y operan en detrimento de las personas. Es preciso deconstruir dichas ideas y representaciones preconcebidas, criticarlas, analizarlas bajo la lupa de la perspectiva de género y resolver los casos teniendo eso en consideración y a la vez reformulando la idea de persona, sin importar su género. “Incorporar la perspectiva de género en el quehacer judicial importará, por ende, reconocer aquellas situaciones de discriminación —principio que resulta la contracara del de igualdad— de modo de garantizar el acceso a la justicia a quienes lo padecen y así remediar situaciones asimétricas concretas” (10).

Tal como surge del “Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género” de México (11), las personas juzgadas deben desechar cualquier estereotipo o prejuicio al momento de resolver. Se sugiere, asimismo, que estas se pregunten al menos dos cuestiones cuando tengan que sentenciar: “(i) si la norma puede generar un impacto diferenciado, es decir, si sus efectos son distintos si se aplica a una mujer, a una persona perteneciente a una minoría sexual o a un hombre; y (ii) si la connotación que se le está dando a la norma parte, en algún sentido, de una idea preconcebida sobre el género”. Ello así porque los estereotipos —como se dijo— pueden pasar desapercibidos o incluso, una vez advertidos, justificarse.

La perspectiva de género permite también comprender que los acontecimientos, construcciones y relaciones son sociales y no determinadas biológica o naturalmente, y que vivimos sumidos en prescripciones y mandatos que se construyeron de modo desigual, basándose en una visión androcéntrica que coloca a la mujer y a las disidencias sexuales en otra categoría de ser humano, diferente al varón. La perspectiva de género así se convierte en una categoría analítica que permite deconstruir tales construcciones sociales y analizarlas desde un prisma de derechos humanos.

Una incidencia clave aquí tuvo la Convención Belém do Pará, la cual cambió el paradigma de que la violencia contra las mujeres se producía exclusivamente en el ámbito privado (12). A partir de ella se considera que toda violación ejercida contra las mujeres es una violación de derechos humanos (13) y que existe una obligación estatal de intervenir, contribuyendo la perspectiva de género a desnaturalizar las violencias.

Finalmente, es necesario juzgar con perspectiva de género porque sin ella seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de

las mujeres, ya que no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si a la hora de aplicarlas se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismos procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género y su problemática que es en definitiva lo que da origen al conflicto. Quienes imparten justicia, tienen la posibilidad de traducir los tratados en realidades para las personas, de evidenciar el compromiso del estado con la justicia y de evitar la revictimización (14).

VI. La perspectiva de género en las sentencias

A esta altura del presente trabajo debemos mencionar que, en un contexto social patriarcal, siendo que gran parte de la legislación vigente aún se encuentra impregnada de estereotipos de género y de regulaciones desiguales (15) en perjuicio de mujeres (16) y disidencias sexuales, es de suponer que las sentencias y decisiones jurisdiccionales diversas también lo estén. Allí es donde cobra especial relevancia la capacitación en género (17) para operadores y operadoras del derecho y la aplicación de la perspectiva de género al momento de resolver. Al margen de que en esta oportunidad analizaremos un solo caso —a modo casi ilustrativo— es imprescindible comprender que estas prácticas no se constituyen como transgresiones individuales, sino que deben ser interpretadas y pensadas como prácticas que conforman patrones estructurales de violación de derechos.

La Observación General N° 33 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, sobre el acceso de las mujeres a la justicia comienza diciendo: “El derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos protegidos en virtud de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Es un elemento fundamental del estado de derecho y la buena gobernanza, junto con la independencia, la imparcialidad, la integridad y la credibilidad de la judicatura, la lucha contra la impunidad y la corrupción, y la participación en pie de igualdad de la mujer en la judicatura y otros mecanismos de aplicación de la ley” (18). Por tanto, como derecho humano fundamental, su incumplimiento o falta de observancia se constituye como una vulneración al bloque de tratados con jerarquía constitucional, generando la correlativa responsabilidad internacional del Estado.

En un reciente fallo de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, se resolvió un planteo de recusación de dos jueces de un Tribunal Oral por “temor a la parcialidad”. Repasaremos brevemente las cuestiones más alarmantes planteadas por estos últimos ya que la sentencia de la Cámara efectivamente fue resuelta con perspectiva de género, constituyéndose en una decisión ejemplar.

(2) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación - Los derechos humanos frente a la violencia institucional. Disponible en: http://www.jus.gob.ar/media/2932203/violencia_institucional.01.pdf.

(3) En el caso “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México” la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que los estereotipos de género se refieren “a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (supra párr. 398), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”, párr. 401.

(4) Ver en: <https://www.mpdefensa.gob.ar/derechos-humanos/la-violencia-institucional>.

(5) Podemos mencionar entre otras diferencias sociales, económicas, culturales y políticas.

(6) FACIO, Alda, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal” en Alda Facio y Lorena Frías (Editoras), Género y Derecho, Ediciones LOM, Santiago de Chile, 1999, ps. 99-136.

(7) ALCOLUMBRE, María Gabriela, “Perspectiva de género y justicia. “Del origen y el placer” de Guillermina Grinbaum a los flagelos modernos: en los hechos, unos son más iguales que otros”, LA LEY 20/08/2020, 5, AR/DOC/576/2020.

(8) MEDINA, Graciela, “Juzgar con perspectiva de género: ¿por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?”, DFyP 2015 (noviembre), 04/11/2015, 3., AR/DOC/3460/2015. Citada en: “P. S., Y. c/ V., R. s/ Compensación económica”. Juzgado de Primera Instancia de Familia de Villa Constitución (Provincia de Santa Fe, Argentina).

(9) La igualdad de género no supone la igualdad de varones y mujeres. Implica que las necesidades, aspiraciones, potencialidades y capacidades de varones y mujeres sean consideradas y se promuevan en condiciones de igualdad.

(10) AL ALCOLUMBRE, María Gabriela, ob. cit., ps. 3 y 4.

(11) Protocolo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Primera edición: noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>.

(12) Cuestión expresamente reconocida en el art. 1 de la Convención.

(13) En el preámbulo de la Convención se establece “que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Sobre este tema ver: COPELON, Rhonda, “Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura”. Disponible en: https://www.miradorprovincial.com/?m=interior&id_um=231999-la-perspectiva-de-genero-interpela-al-derecho-de-familia-nuevos-modos-de-vinculacion

https://issuu.com/fundacionjyg/docs/violencia_dome_stica-tortura

(14) MEDINA, Graciela, ob. cit.

(15) Entre otras podemos mencionar la licencia de maternidad que no cuenta con una correlación en cantidad de días con la licencia de paternidad, la regulación respecto al trabajo nocturno y para tareas peligrosas e insalubres, etc.

(16) La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci ha expresado que “hay un esquema jurídico con la dinámica de pensamiento binario”. Disponible en: https://www.miradorprovincial.com/?m=interior&id_um=231999-la-perspectiva-de-genero-interpela-al-derecho-de-familia-nuevos-modos-de-vinculacion

(17) Obligatoria en Argentina a partir de la sanción de la Ley Micaela 27.499 de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado.

(18) Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>

En un caso en el que la imputada es una mujer trans trabajadora sexual, su defensa planteó que concurrían en aquel una serie de hechos que, interrelacionados, podrían constituir una causa objetivamente justificada de parcialidad (19).

Lo interesante del planteo fue que no se fundaba en actos procesales cometidos por los jueces dentro del proceso en cuestión, sino por actitudes, posiciones ideológicas, sociales y políticas de estos pero que guardan directa relación con el asunto que había que resolver en autos. Concretamente, la defensa planteó que estos tenían un compromiso personal en contra de juzgar con perspectiva de género, basándose para ello en los votos de algunas causas (uno incluso anulada por la misma Cámara que intervino en esta causa que se analiza) y algunas notas periodísticas.

En los informes de defensa (art. 61 Cód. Proc. Penal), que renovaron y confirmaron el temor a la parcialidad, ambos magistrados deslizaron expresiones como: “el imputado”, “persona transexual”, cuestionamientos al “lenguaje inclusivo”, “imputado con tendencias homosexuales”, entre otras. Puntualmente uno de ellos planteó que “discrepaba absolutamente con la corriente ideológica denominada perspectiva de género, y que cualquier ley cuya pretensión sea imponer una ideología, constituye una injerencia indebida en la vida privada de los ciudadanos tutelada por el art. 19 de la CN” (20).

A su vez, este último también argumentó que en el juicio que se iba a llevar a cabo no estaba involucrada ninguna cuestión vinculada a la “ideología de género” y, al sostener que sus creencias religiosas no podrían afectar su imparcialidad, citó un pasaje de un texto de la Iglesia Católica que refiere a los hombres y las mujeres con tendencias homosexuales, entendiéndolos como personas que padecen una inclinación objetivamente desordenada pero que merecen ser tratados con respeto, compasión y delicadeza.

En relación con esta última cuestión, la defensa de la imputada planteó claramente —y con razón— que el discurso de la ideología de género se caracteriza como discurso de odio contra mujeres y las personas LGBTIQ+ (tanto en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos como de la Organización de las Naciones Unidas). Vemos también la confusión entre orientación sexual e identidad de género por parte de los magistrados y la negativa al reconocimiento de la identidad de género de la imputada. No debe olvidarse que la ley 26.743 de Identidad de Género es clara al

respeto: toda persona tiene derecho a que se reconozca su identidad de género y que esta sea respetada incluso si no tuviera hecha la rectificación registral de su identidad (lo que en este caso no era así). Lo contrario implica trato discriminatorio. El término mujer no es un concepto biológico sino normativo.

Los jueces al resolver, citando a García (en su voto en uno de los fallos citados por la defensa), sostuvieron que “los prejuicios expresan una cierta comprensión del mundo, y si los prejuicios están arraigados ciegan, e invisibilizan el objeto de la comprensión, porque por ser prejuicios y no juicios, no están sujetos a falsación o contradicción”.

En el caso expuesto hay una cuestión que no puede pasar desapercibida: se usa un instituto procesal como preventivo de la violencia. Para la imputada, ser juzgada por un tribunal imparcial es un derecho humano. El informe del art. 61 del Cód. Proc. Penal efectuado por los magistrados fue el que se consideró como causal sobreviniente (art. 60 Cód. Proc. Penal *in fine*) a los efectos de la recusación, ya que, como se dijo, el pedido de inicio no se realizó —en principio— por cuestiones acaecidas en autos, ni las razones invocadas se encontraban dentro de lo previsto en el art. 55 del Cód. Proc. Penal. En este sentido, los jueces enfatizaron que además de los motivos de excusación enumerados en este artículo, deben admitirse otros en la medida en que las circunstancias objetivas del caso concreto pudieran dar lugar, razonablemente, a que los intervinientes se vean enfrentados a una duda razonable sobre la parcialidad de jueces y juezas.

Es paradójico cómo los informes de los magistrados (efectuados luego del planteo de recusación) fueron los que confirmaron las sospechas de la defensa vinculada con una posible falta de imparcialidad y sirvieron para que la Cámara resolviera en favor de esta sin titubear. La sentencia en sí es una resolución que se ocupó de derribar los estereotipos de género a los que hicimos referencia anteriormente y resolvió el caso concreto dando un paso más hacia la igualdad jurídica.

VII. Violencia institucional y sentencias sin perspectiva de género

Siendo que existe un mandato constitucional (21) que exige resolver con perspectiva de género, hacerlo ignorando tales preceptos constituye un actuar violento de parte de jueces, juezas y quienes intervienen en el proceso en representación del Estado. Esto puede relacionarse íntimamente también con el

deber de la debida diligencia judicial y como una garantía contra la arbitrariedad judicial y sentencias discriminatorias.

De la propia ley 26.485 (22) surge que los agentes del Estado son responsables por acción u omisión al no proteger a las mujeres de las diferentes violencias. Asimismo, a través de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (23) puede concluirse que, si no se sancionan las violencias contra las mujeres y se erradican las conductas violentas de parte, principalmente, de agentes del Estado, se envía un mensaje incorrecto socialmente de tolerancia de las violencias.

Así, por ejemplo, en un fallo resuelto por el Juzgado Penal de Primera Instancia (24) (25) en la Provincia de Santa Fe, en el cual se había imputado por homicidio doloso a una mujer cuya bebé murió al nacer tras caerse dos veces de sus brazos en el marco de un parto domiciliario intempestivo, el magistrado aplicó la perspectiva de género y sentó ciertas bases dignas de imitar por el resto de la judicatura. Analizando la imputación realizada por la Fiscalía de violación del deber de cuidado como mujer embarazada, expresó que “en el caso las consideraciones aludidas, ponen en evidencia cómo los estereotipos fundados en un sistema de género sexista en la construcción social de la maternidad, se reflejan en las prácticas judiciales, en tanto aquí se llevó a cabo una investigación que de inicio se enderezó a probar un dolo homicida y ante la carencia probatoria para justificar tales extremos, solo quedaron al descubierto prejuicios discursivos en orden al comportamiento de R., los que únicamente con base a un inconcebible y repugnante punitivismo extremo podría justificar un reproche penal”.

Las y los operadores del sistema de justicia argentino son las y los responsables primarios de la salvaguarda de las garantías y protección judiciales específica en las situaciones que conceptualizamos como de violencia institucional ocurridas en el ámbito interno del Estado (26). Esta afirmación nos abre un interrogante: ¿qué hacemos cuando el mismo poder que tiene que intervenir con conducta ejemplar ante la comisión de hechos que encuadren en violencia institucional es quien la ejerce? Las respuestas deberemos construirlas como sociedad y siempre pensando qué tipo de sociedad queremos ser.

VIII. Conclusiones

Después del repaso normativo y jurisprudencial realizado a lo largo del presente, podemos concluir que el Poder Judicial es suje-

to activo en relación a la violencia de género institucional, paradójicamente siendo él mismo quien tiene que castigar y desalentar esos actos realizados por otras reparticiones con sentencias ejemplares. También es quien tiene la potestad de corregir y enmendar errores de otros jueces y juezas al momento de revisar esas sentencias o resolver planteos particulares como el caso que trajimos a análisis.

Ahora bien, este tipo de violencia cuando es sistemática genera desconfianza en el sistema de parte de sus usuario/as, quienes en muchos casos prefieren no activarlo por más que vean vulnerados sus derechos. Pensemos, si no, en la revictimización que padecen las mujeres y disidencias sexuales cuando denuncian hechos de violencia que en muchos casos son obligados y obligadas a prestar testimonio en reiteradas oportunidades o incluso obligadas y obligados a compartir espacios (en audiencias, por ejemplo) con sus propios agresores pese a existir medidas autosatisfactivas de protección.

Así las cosas, creemos que a la efectiva aplicación de la Ley *Micaela* que —no debemos olvidar debe su nacimiento a una falla de un Juez que terminó en femicidio— con acreditación de contenidos debería sumarse la instauración de un protocolo para juzgar con perspectiva de género (como tiene México desde fines del 2020).

A su vez, como manifestó el Dr. Falkenberg en la sentencia antes referida, “quienes impartimos justicia debemos concretizar el deber de debida diligencia plasmado expresamente en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará y ello en la práctica no se traduce lisa y llanamente en invocar la norma referida, sino que importa tomar decisiones despojadas de ideas preconcebidas al momento de analizar los hechos sometidos a juzgamiento y las evidencias colectadas, pero además y, fundamentalmente, nos interpela a poder identificar, visibilizar y cuestionar aquellos estereotipos que son asumidos por las partes y cuyos efectos perpetúan la vulneración de los derechos de las mujeres”.

Para finalizar, y retomando el hecho de que embanderar la “ideología de género” entraña un discurso de odio, este tipo de planteos e interpretaciones no pueden existir más en los estrados judiciales, menos aún en tiempos de “Ley Micaela”.

Cita on line: AR/DOC/554/2021

(19) D., L. A. s/ causa N° 41112/2018/TO1/3/CNC3. Disponible en: <http://www.sajj.gov.ar/camara-nacional-casacion-criminal-correccional-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-causa-41112-2018-to1-3-cnc3-fa20810001-2020-03-10/123456789-100-0180-2ots-eu-pmocsollaf?>

(20) *Ibidem*, p. 3

(21) Previsiones de Tratados Internacionales como la Convención para la eliminación de la discriminación contra la mujer con jerarquía constitucional (Arts. 1, 5 y 15) y la Convención Belém do Pará (art. 6). Es dable destacar que tales Convenciones de tutela de las mujeres también se ex-

tenden a la comunidad LGBTIQ+.

(22) Conforme lo dispuesto en los arts. 4, 6 y 36.

(23) Casos: “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, 2009-; “Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala”, 2015; “Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala”, 2018.

(24) A cargo del Dr. Nicolás Falkenberg.

(25) “V. R. S. s/homicidio doloso”

(26) ARMIDA, María Jimena; CASSINO, Armida Miranda y CIARNIELLO IBÁÑEZ, Lucas. “Los derechos humanos frente a la violencia institucional” en Revista de Derechos Humanos, Infojus. Sistema Argentino de Información Jurídica, año IV n° 9, marzo 2015, p. 69.

Techo de Cristal 4.0



Malena Errico

Abogada (Universidad Salvador). Especialista en Regulación Económica de Servicios Públicos (Universidad Austral). Magister en Derecho Público (Universidad Carlos III Madrid). Diplomada en Políticas Públicas Desarrollo Sustentable (Universidad Tecnológica Nacional -en curso-). Funcionaria Poder Judicial de la Nación, Consejo de la Magistratura PJN. Unidad de DDHH, Género Trata de Personas y Narcotráfico. Socia AMJA (Asociación de Mujeres Juezas de la Argentina). Socia fundadora de la Asociación Ítaloargentina, Circolo Giuridico di Argentina

SUMARIO: I. Darwinismo tecnológico. No todo es “color de rosa”.— II. América Latina y el Caribe.— III. Unión Europea.— IV. Plan de recuperación para Europa 2021. Fondo UE aplicado a tecnología y a género.— V. Tecnología al servicio de la humanidad.— VI. Conclusión.

Ya se ha hablado en cuantiosas oportunidades y todos conocemos por consuetudo como el flagelo mundial de la pandemia, acelero los procesos de transformación digital y el uso de la tecnología.

Hemos realizado algunas aproximaciones en notas anteriores (columna de opinión del diario LA LEY de fecha 12/02/2021), sobre su uso en el servicio público de Justicia, destacando la importancia de contar con estas

herramientas digitales que vienen a mejorar los procesos judiciales y las respuestas ágiles y efectivas para el/la ciudadano/a, poniendo el foco ciertos temas y la urgente necesidad de abordar con celeridad e inmediatez modifica-

ciones estructurales, en especial las referidas a femicidios y violencia de género.

La utilización del uso de herramientas tecnológicas, tecnología de la información y de la

comunicación (TIC) y demás procesos e innovaciones disruptivas, se encuentran asociadas a una nueva forma de vinculación con la satisfacción eficaz de las demandas sociales en la función jurisdiccional del Estado.

Es así que resulta imperioso, no quedar al margen de esta nueva cosmovisión que comienza a cambiar la forma en que vivimos, trabajamos y nos relacionamos, inclusive, además de la tecnología de datos, vemos en este nuevo paradigma, otros fenómenos que optimizan rendimientos, como la sinergia entre los sistemas físicos comunicados con el mundo digital, -nunca antes pensado-, que actúan por medio de software y redes (tal es el caso de automóviles autónomos, drones, pilotos automáticos aeronáuticos, dispositivos médicos etc.) y que combinan instrumentos tangibles con procesos digitales, conectándose entre sí, fusionando el mundo físico y el ciberespacio, lo que ha hecho posible el “internet de las cosas”, eslabón tecnológico indispensable para reunir el mundo real con el virtual, con un sinfín de avances, beneficios y utilidades para la sociedad toda (1).

Surge de este modo, la necesidad de acercarnos, actualizarnos o al menos no rechazar ni resistir (conducta típica al aproximarse un cambio) estas nuevas nociones, términos y conceptos, ya que forman parte de un fenómeno que comenzamos a transitar, el cual se da en llamar “4º Revolución Industrial o Revolución 4.0” (2) y que al igual que las tres revoluciones anteriores (la primera relacionada con el cambio de producción manual a mecanizada, la segunda con la electricidad y la tercera referida a la electrónica y telecomunicaciones), se consolidará como un hito significativo en la historia de la humanidad y como nuevo paradigma, que a diferencia de los preliminares, se caracteriza no solo por una transformación mediante el uso de la tecnología, sino que además se identifica con la inmediatez y por su evolución permanente.

El concepto 4.0 es un gran salto cuantitativo y cualitativo que combina, técnicas avanzadas de producción y operaciones, con tecnologías inteligentes, *blockchain* (cadena de valores), IA (inteligencia artificial), por mencionar solo algunas de las herramientas que producen drásticos cambios en todo proceso.

Este fenómeno, se va integrando en las organizaciones y en las personas y trae como consecuencia nuevas dinámicas, cuyos objetivos son la mayor agilidad en las respuestas, fluidez, automatización, conectividad entre redes, datos y algoritmos, y que conducen a una verdadera globalización de la información y al acercamiento de conocimientos “desde/hasta”, cualquier parte del planeta, lo cual resalta como otra gran característica novedosa y esencial de la revolución 4.0.

La gestión Judicial debe y forma parte de estas transformaciones.

Mediante el uso de nuevas tecnologías digitales se busca evolucionar como en otras agencias públicas, para lograr mayor credibilidad, eficiencia, e innovación, puesto que su parálisis y no modernización, contribuyen a mantener instituciones débiles y acceso limi-

tado. En el caso de análisis, una Justicia lenta y/o sin respuestas, constituye una grave amenaza para la ciudadanía y para el desarrollo sostenible de una sociedad.

La progresiva automatización de procesos judiciales, intentará simplificar complejos sistemas burocráticos, restablecer la confianza, la mejora en la productividad y también dotará de una mayor transparencia hacia un “gobierno abierto”, en beneficio de la comunidad, cumpliendo en principio con aquellos/as que acuden al servicio de justicia y con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en la Agenda 2030 (3), la cual en su ODS (Objetivo de Desarrollo Sustentable) número 16, promueve la construcción de sociedades (Administraciones), justas, pacíficas e inclusivas en miras a cumplir con la sostenibilidad en su sentido más amplio y base para la planificación del desarrollo democrático, el respeto al/la ciudadano/a, el fortalecimiento del Estado de derecho y la promoción de los derechos humanos.

En consecuencia, ante un escenario de decreimiento, demoras, falencias e incertidumbres, la revolución 4.0 en el ámbito de la Justicia, debería servir para acompañar de manera proactiva, la búsqueda de soluciones rápidas, logrando mayores respuestas al justiciable en la protección y respeto efectivo de sus derechos y jerarquizando el rendimiento institucional.

I. Darwinismo tecnológico. No todo es “color de rosa”

El subtítulo claramente obedece a una triste ironía, pues ni el género, ni las buenas o malas noticias tienen color y la tecnología tampoco debería tenerlo.

Vamos a observar una vez más, que las desigualdades estructurales en el ámbito de las ciencias duras y la tecnología existen como en tantos otros sectores y en donde las mujeres comenzamos la carrera, en una línea de larga data sin paridad.

Charles Darwin decía: “No es la especie más fuerte la que sobrevive, sino la que mejor responde al cambio” (4). Aquellos/as que no se adaptan no lograrán sobrevivir, si a ello le agregamos el dinamismo eufórico con el que se nos presenta la cuarta revolución, el efecto en cuanto a perspectiva de género será devastador.

La tecnología como forma de cultura, corresponde a un cierto nivel de desarrollo humano y evoluciona más rápido que la capacidad natural de adaptación, lo cual produce que la brecha digital amplíe cada vez más las desigualdades. Si bien este fenómeno afecta del mismo modo a hombres y a mujeres, vemos de antemano que al encontrarse inmersa en los valores tradicionales del patriarcado, lamentablemente lleva implícitos los sesgos cognitivos y estereotipos construidos desde la masculinidad que se replica, en consecuencia en la tecnología existe una “élite” en el sector de la alta tecnología y la informatización en general, donde pocas mujeres participan en cargos superiores, son directivas o startups (5), e incluso son muchas menos las

jóvenes mujeres que los jóvenes varones, que eligen estudios relacionados con la era digital y tecnología.

Así las cosas, entendemos que uno de los mayores desafíos que encara la Revolución 4.0, está relacionado con la visualización de este fenómeno de hegemonía cultural naturalizada e imperante y que lamentablemente también réplica en la cultura cibernética y digital.

Esto se comienza a vislumbrar no solo con el limitado acceso a los estudios en ciencia y tecnología para las mujeres (las denominadas asignaturas STEM, por su sigla en inglés: ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas que son los conocimientos técnico-científicos básicos que caracterizan a toda la industria 4.0.), sino en el desarrollo y la producción de contenidos digitales, como aplicaciones y/o programas donde por ejemplo, asistentes virtuales o *Intelligent Chatbots*, tienen nombre o proyectan imágenes femeninas, Siri (el asistente virtual de Apple), Cortana (de Windows), Alexa (Amazon), Aura (Telefónica), Bixby (Samsung), son “mujeres”, es decir, nombres femeninos y/o voces femeninas programadas para ejecutar las órdenes de sus usuarios/as. Esto, mencionan los expertos, obedece a que, de manera general, “la voz femenina se percibe como servicial, mientras que la masculina se asocia más a una voz de mando o autoridad”.

Sobre este sensible aspecto, ya han comenzado estudios relacionados con el trato violento (virtual) y su sentido psicológico, que denota una “proyección de maltrato” hacia una imagen o voz femenina (6). Como respuesta a este fenómeno, comienzan a aparecer paulatinamente movimientos de concientización y reivindicación de la igualdad de género, visibilizando la violencia en el plano digital y sus potenciales consecuencias en el mundo físico, tal es el caso de las acciones llevadas a cabo en España, por la Confederación Nacional de Mujeres en Igualdad y la Asociación de Hombres por la Igualdad de Género (AHIGE), que han puesto en marcha una campaña para mostrar el fenómeno y reclamar la igualdad de género en las redes (7).

La publicación del MIT *Technology Review*, (compañía de medios de comunicación propiedad del Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT), donde se dan a conocer estudios realizados en Opinio Research Center, MIT Technology Review en español, Ash Center de Harvard y el Centro de Inteligencia Colectiva del MIT y quienes se presentan como agentes de cambio, es categórica y explícita poniendo blanco sobre negro y sin tapujos, la demoleadora realidad de la situación. En palabras de su directora (8), se manifiesta que la Revolución 4.0 lamentablemente reproduce sesgos machistas, y que el problema está a la vista: *detrás de cualquier avance tecnológico está “la mano del hombre”*, y da como ejemplos los motores de búsqueda de Amazon, Facebook y LinkedIn, que discriminan los *curriculum vitae* de mujeres, porque no responden a los algoritmos de sus sistemas automatizados.

Además, agrega que: “En Europa, solo un 7% de mujeres ocupa puestos de exclusivo

perfil tecnológico. A nivel general, las plantillas de las empresas tecnológicas están conformadas por una media de entre el 70 % y el 80 % de mujeres” y continúa: ... “El escaso 20 % de mujeres que supera las barreras y decide estudiar alguna de las carreras STEM (siglas en inglés de Ciencia, Tecnología, Matemáticas e Ingeniería), vuelve a pelear en un ambiente hostil. Ellas obtienen menos financiación para sus investigaciones, carecen de mentoras y hasta se ven obligadas a usar un pseudónimo masculino en el mundo de la programación para evitar que su trabajo sea rechazado por el hecho de ser mujeres. Y si en esta odisea aún quedan valientes que se animan a trabajar (y a tener éxito), sus probabilidades de sufrir discriminación o incluso acoso sexual se multiplican. Silicon Valley (EE.UU.), el ecosistema tecnológico más innovador del mundo, es un hervidero de denuncias. Como advirtió la periodista Emily Chang, la cultura dominante es la *brotopia* (o club para chicos), donde el *networking* se hace en las casas de los CEO en medio de fiestas orgiásticas y los negocios se cierran en clubs de strippers. Pocas mujeres logran soportar los niveles de cosificación y humillación. Y cuando lo hacen, como la exingeniera de Uber Susan Fowler, deben exponerse, hacerlo públicamente y poner en riesgo su carrera profesional. A las mujeres no solo les cuesta más entrar a trabajar en este sector, sino que una vez dentro el sistema hace todo lo posible por expulsarlas”.

Finalmente la experta sugiere, como acción innovadora, la urgente adopción de tests de calidad sobre género: ... “Al igual que un producto físico que debe pasar un test de validación antes de salir al mercado, cualquier desarrollo tecnológico debería pasar un examen que certifique su neutralidad en cuanto a género...”

En el mismo sentido, el estudio realizado en el año 2018 por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) bajo el título “Género, diversidad y tecnologías Emergentes”, dice que: “Las inequidades arraigadas y las normas sociales discriminatorias que limitan a las mujeres a empleos de baja calidad y baja remuneración podrían verse magnificadas por el impacto de la cuarta revolución industrial” (9).

Vemos entonces que, en esta época, donde predomina el teletrabajo, donde el uso del espacio virtual es constante, donde nos hallamos conectados prácticamente las 24 horas del día y el uso de las *smarts* herramientas son casi necesarias, esta brecha en tecnología y en el mundo digital, exacerba sobremanera la inequidad que ya vemos en el mundo real.

En estas condiciones, resultará necesario visibilizar el complejo escenario de transición que se avecina en la Gestión Judicial 4.0., debiendo ajustarse a una sólida y clara política de género desde el inicio y durante todo el proceso de transformación, pues para ser entendido como una verdadera modernización y/o evolución, deberá incluir necesariamente la dimensión de género, visualizando los sesgos reales y potenciales existentes.

Solo mediante un marcado liderazgo transformador ético judicial (10) con perspectiva de género y asentado en las contribuciones

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) PERASSO, Valeria, “Qué es la cuarta revolución industrial (y por qué debería preocuparnos)”, BBC Mundo, 2016, vol. 12, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-37631834>. CHANDY, John C., “Desafíos en el diseño de sistemas Ciber-Físicos”, Ingenierías USBMed, 2010, vol. 1, no 1, ps. 6-14.

(2) ECHEVERRÍA SAMANES, Benito; MARTÍNEZ CLARES, Pilar, “Revolución 4.0, competencias, educación y orientación”, Revista digital de investigación en docencia universitaria, 2018, vol. 12, no 2, ps. 4-34.

(3) SANAHUJA, José Antonio, et al., “Del milenio a la sostenibilidad: retos y perspectivas de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”, 2017.

(4) VOLLMER, Christopher, “Darwinismo digital”, HSM Management, 2009, no 6, ps. 18-25.

(5) *Startup*: Empresas de nueva creación son jóvenes y buscan la innovación en cualquier área o rama de actividad, buscando desarrollar un modelo de negocio escalable y repetible.

(6) ÁNGEL, Isabel Tajahuerce - CASADO, Cristina Mateos -SUSO, Rut Melero, “Análisis feminista de las propuestas poshumanas de la tecnología patriarcal”, *Chasqui, Revista Latinoamericana de Comunicación*, 2017, no 135, ps. 123-141. BALMACEDA, Tomás, “Inteligencia artificial y patriarcal” <https://www.pagina12.com.ar/316000-inteligencia-artificial-y-patriarcal>; ver también ÁNGEL TAJAHUERCE, Isabel - FRANCO, Yanna G., “Periódicos digi-

tales españoles e información sobre robótica e inteligencia artificial: una aproximación a imaginarios y realidades desde una perspectiva de género”, *Revista SEECI*, 2019, no 48.

(7) ENCINAS, Carmelo, “Los acentos de la inteligencia artificial”, Escritura pública, 2020, no 121, p. 23-23. Ver también: https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-siri-cortana-alexa-sabes-asistentes-virtuales-tienen-nombre-mujer-201812032334_noticia.html.

(8) NICOLINI, Cecilia, “Cómo romper el techo de silicio que oprime a las mujeres en tecnología”, <https://www.technologyreview.es/s/11227/como-romper-el-techo-de-silicio-que-oprime-las-mujeres-en-tecnologia>.

(9) De desarrollo, Banco Interamericano. Género, diversidad y tecnologías emergentes. Año 2018: [\[cations.iadb.org/publications/spanish/document/Servicios-sociales-para-ciudadanos-digitales-Oportunidades-para-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf\]\(https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Servicios-sociales-para-ciudadanos-digitales-Oportunidades-para-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf\), p. 60. - De desarrollo, Banco Interamericano; INVEST, B. I. D.; DE INVERSIONES, Fondo Multilateral. Panorama de la efectividad en el desarrollo \(DEO\) 2018. Inter-American Development Bank, 2018.](https://publi-</p>
</div>
<div data-bbox=)

(10) Código Iberoamericano de Ética Judicial comentado. Dirigido por CABALLERO Fernando. Consejo Superior de la Judicatura: <https://eticayvalores.poder-judicial.go.cr/images/Documentos/CIEJcomentado.pdf> <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/CIEJ/La-Comision-y-la-Agenda-2030-de-Naciones-Unidas/La-Comision-y-la-Agenda-2030-de-las-Naciones-Unidas>.

definidas en la Agenda 2030, (ODS 5 y 16) (11) y su premisa de “NO dejar a nadie atrás” (12) como objetivo de desarrollo aplicado al proceso 4.0, se podrán dirigir las acciones internas hacia el fortalecimiento de la institucionalidad, buscando capacitar agentes eficientes con el aprendizaje y habilidades adecuadas enfocadas al futuro, complementando tecnología, sostenibilidad y formando nuevos liderazgos, que brinden un servicio de justicia confiable, responsable e inclusivo en todos sus niveles, con compromiso transversal, que garanticen la inclusión universal de las mujeres en el uso de las herramientas, plataformas y de los conocimientos digitales hacia lo interno de dicho ámbito, y de este modo traducirlas en respuestas ciertas y eficaces a la demanda ciudadana.

Para ello, el modelo transformador de la Agenda Global pone énfasis en el concepto de gobernanza lo cual significa que para la toma de decisiones será necesario comprometer la participación de todos los *stakeholders* interesados, construir alianzas y estrategias. Exige que la comunidad internacional visibilice la problemática y materialice sus acciones para conseguir un mundo más sostenible, igualitario e inclusivo antes del 2030.

En consecuencia, creemos de utilidad realizar un paneo y observar el abordaje de la problemática tanto en América Latina y el Caribe (CEPAL), como en Europa y la UE, donde podremos analizar el fenómeno actual, regional y global y donde en todos los casos se coincide sobre la necesidad de aplicar la perspectiva de género a la transformación digital, para hablar de una verdadera evolución y desarrollo en la sociedad de la información.

II. América Latina y el Caribe

En la XII Conferencia Regional de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), se abordó la igualdad de género, el empoderamiento de las mujeres, las tecnologías de la información y las comunicaciones (conocida por su sigla TIC) (13).

El informe comienza resaltando que la demanda de componentes, servicios y contenidos digitales convierte al sector de las TIC (tecnologías de la información y las comunicaciones), en un nicho de empleo indiscutible (presente y futuro), con enormes oportunidades en un terreno marcado no solo por su centralidad en el paradigma de la sociedad de la información y del conocimiento, sino también por su carácter transversal al conjunto de sectores y actividades productivas.

El documento destaca dos brechas digitales a superar por las mujeres; la primera que corresponde al acceso y conexión a redes, mientras que la segunda se relaciona con el uso, la intensidad y aquí lo más importante: *La capacidad y habilidad generada para utilizar eficazmente los recursos tecnológicos.*

Desde este punto, plantea el debate urgente, sobre el cambio estructural y el lugar de las mujeres en la sociedad de la información y la capacidad de ampliación de su *autonomía* en el marco de la instalación del nuevo paradigma tecnológico, haciendo hincapié sobre la necesidad que los gobier-

nos planifiquen, implementen y supervisen las acciones y las políticas en miras a este objetivo, considerando que la mitad de la población son mujeres.

A este respecto, declara la necesidad de consolidar políticas y acciones positivas ya que parten de verificar las desigualdades de género que se observan en el Estado, en el mercado y la familia y apuntar a superarlas.

Además, el documento desarrolla signos inequívocos de inequidad por la falta de participación y presencia de mujeres en varias esferas de trabajos públicos y/o privados, entre los que destaca:

- La falta de profesionales mujeres en ciencia y tecnología,

- La falta de óptica de mujeres y/o perspectiva de género en la producción de contenidos digitales

- La constante segregación laboral por estereotipos de género y prejuicios

- Otros.

Concluye el estudio que: “La perspectiva de género debe cruzar transversalmente las estrategias digitales para resolver las brechas digitales (de acceso, pero sobre todo de uso) y los problemas específicos, desventajas o discriminación que enfrentan las mujeres, niñas y adolescentes”.

En el año 2020, surge un nuevo documento sobre Perspectivas económicas de América Latina (CEPAL) (14), donde se aborda el papel de la transformación digital como herramienta para fomentar el desarrollo de la región y haciendo nuevamente una valoración referida al género, ofrece información sobre la frecuencia con que las personas realizan tareas relacionadas con las TIC (tecnologías de la información y las comunicaciones), de donde surge entre otros datos, que los hombres son más propensos que las mujeres a utilizar las TIC (tecnologías de la información y las comunicaciones), para hacer transacciones o trabajar con hojas de cálculo.

Por su parte en otro tramo del informe determina que las desigualdades en el uso de las TIC (tecnologías de la información y las comunicaciones), también están relacionadas con el género y la geografía. Los/las estudiantes de entornos urbanos de América Latina y el Caribe tienen casi un 25% más de probabilidad de participar en redes sociales y más de un 20% de usar el chat que sus homólogos/as de entornos rurales.

Las disparidades en función del género comienzan a temprana edad en los centros educativos e inciden en el futuro desarrollo profesional de los/las alumnos/as. Si bien un porcentaje similar de niños (34%) y niñas (35%) informaron de que esperaban trabajar en una ocupación relacionada con la ciencia, tendieron a seleccionar diferentes campos, siendo las niñas más propensas a seleccionar profesiones relacionadas con la salud, y los niños más propensos a seleccionar profesiones relacionadas con las TIC (tecnologías de la información y las comunicaciones), la ciencia y la ingeniería.

miembros de la ONU de erradicar la pobreza en todas sus formas, poner fin a la discriminación y la exclusión, y reducir las desigualdades y vulnerabilidades que dejan a las personas atrás y socavan el potencial de las personas y de la humanidad en su conjunto.

(13) Tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC).-Documento Mujeres en la economía digital. Superar el umbral de la desigualdad. Santo Domingo, Octubre de 2013. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/16561/1/S2013579_es.pdf.

(14) Perspectivas económicas de América Latina 2020. Transformación digital para una mejor reconstrucción:https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46029/3/LEO_2020perspectivas_es.pdf

En febrero 2021, la Secretaria Ejecutiva de la CEPAL, Alicia Bárcena, al realizar su presentación sobre la autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con igualdad (15), proclama la tajante necesidad de hacer visible entre otras cosas que las mujeres con menores ingresos enfrentan un doble obstáculo:

- La falta de autonomía económica.

- La brecha de acceso a internet.

También este año, en el marco de la Sexagésima Reunión de la Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, organizada por la CEPAL, en coordinación con la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres) (16), se declaró la real dimensión del retroceso de más de una década en los avances logrados en materia de participación laboral de las mujeres y coincidieron como documento concluyente de dicha reunión, que es indispensable para una recuperación igualitaria y sostenible en América Latina y el Caribe, la plena participación de las mujeres en las estrategias de salida de la crisis derivada de la pandemia del COVID-19, con énfasis en su inclusión digital y en la construcción de una sociedad del cuidado, sesgo cultural que se ha asignado históricamente a las mujeres y que da cuenta de la persistencia de la brecha existente.

Por último, se enfatizó sobre un nuevo llamado a los países latinoamericanos para cerrar la brecha de género en la innovación y crear una alianza regional para la digitalización de las mujeres en la región. Mónica Zalaquett, titular del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género en Chile, incitó en la misma sesión a las autoridades de cada Estado a incentivar a que cada vez más mujeres y niñas elijan carreras en ciencias y matemáticas en cada país integrante, para que sean competitivas en el mercado laboral del futuro, promovió una canasta digital básica que incluya planes de conectividad, un dispositivo portátil, un teléfono inteligente y capacitación para garantizar el acceso digital de los hogares no conectados, (especialmente entre quienes no pueden costear el acceso a internet y dispositivos), también planteó la creación de una “plataforma virtual colaborativa” que sirva para crear redes entre las mujeres de la región.

Finalmente informaron sobre el avance de la puesta en marcha del Compromiso de Santiago (17), tomando en consideración el contexto de la pandemia de COVID-19 y definieron llevar a cabo una sesión especial de consulta regional previa al 65º período de sesiones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, todo con el objeto de aunar esfuerzos con nuevos pactos sociales, políticos y económicos, para poder enfrentar esta crisis con miras a un horizonte de igualdad y sostenibilidad.

III. Unión Europea

En Europa encontramos algunas normativas que comienzan a marcar el derrotero hacia la dirección de la revolución 4.0, por ej., en España la ley 18/2011 (18) que regula el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Desde el año 2011 se comienza a sistematizar la gestión procesal y la comunicación entre los tribunales y profesionales españoles, utilizando tecnología. La mencionada norma en su Art. 1º: “Regula la utilización de las tecnologías de la información por parte de los ciudadanos y profesionales en sus relaciones con la Administración de Justicia y en las relaciones de la Administración de Justicia con el resto de Administraciones y organismos públicos...”. Su art. 2º menciona el uso, los principios y garantías específicamente en la gestión Judicial: “... En la Administración de Justicia se utilizarán las tecnologías de la información de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, asegurando el acceso, la autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad, trazabilidad, conservación e interoperabilidad de los datos, informaciones y servicios que gestione en el ejercicio de sus funciones...”

Países como Austria aparecen como pioneros en la digitalización del Poder Judicial. En dicha región y como consecuencia de la letanía y la pila de expedientes acumulados en las oficinas judiciales, tomaron la decisión pensando en la búsqueda de resultados eficaces y en los derechos de la ciudadanía, trabajando bajo conceptos de la flexibilización del trabajo y su realización independientemente del lugar físico y de la lejanía o cercanía al despacho del/a juez/a. En 2013 pusieron en marcha el proyecto “Justiz 3.0” (19) y actualmente el proyecto “Justitia 4.0” donde se mejoró el modelo de estación de trabajo digital anterior, evolucionando exitosamente.

Suiza digitalizará todo el sistema judicial para el año 2026. Para esta fecha el intercambio de datos judiciales en aquel país se realizará de forma electrónica, a través de la creación de una “Oficina Federal de Justicia”, para la comunicación electrónica entre las partes involucradas y un único portal de acceso central denominado ‘Justitia.Swiss’ que concentre todo el trabajo y los documentos de todos los tribunales federales y cantonales, los fiscales cantonales y federales y todos los órganos ejecutivos. De esta manera, el proyecto Justitia 4.0 (20) (con el ejemplo de Austria), promueve la transición digital de todo el sistema judicial suizo. De aquí a 6 años se planifica que todos los actores intervinientes puedan intercambiar datos electrónicamente entre los 300 tribunales, ministerios públicos y autoridades penitenciarias a través de un portal único. Se contempla que en este proceso de transición los documentos en papel serán reemplazados por expedientes electrónicos, con el fin de comenzar a dejarlo sin efecto, como así también la infraestructura en uso (archivos).

Es importante destacar que estos proyectos de países integrantes de la Unión Europea, ya poseen la mirada y están basados en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, donde se reafirma el compromiso ético de primer orden, que repetimos, se vincula con la premisa de “NO dejar a nadie atrás”, y que robustece como estrategia de crecimiento el eje centrado en las personas, donde desde el inicio y en todo momento se deja en claro que el centro lo constituyen los derechos inherentes al ser humano, mientras que la tecnología es solo un medio, que brinda un servicio de facilita-

(11) Objetivos de Desarrollo Sostenible. Objetivo 5: La igualdad de género no solo es un derecho humano fundamental, sino que es uno de los fundamentos esenciales para construir un mundo pacífico, próspero y sostenible. Ver: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>- Objetivos de Desarrollo Sostenible. Objetivo 16: Paz, Justicia e Instituciones sólidas: <https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals/goal-16-peace-justice-and-strong-institutions.html>.

(12) “No Dejar a Nadie Atrás”: Premisa central y transformadora de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Ella representa el compromiso inequívoco de todos los Estados

le/11362/46029/3/LEO_2020perspectivas_es.pdf

(15) BARCENA, Alicia, “La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con igualdad”, CEPAL, febrero de 2021, https://www.cepal.org/sites/default/files/presentation/files/1002021-version_final_final_para_lanzamiento_3.pdf.

(16) CEPAL propone garantizar y universalizar la conectividad y asequibilidad a las tecnologías digitales para enfrentar los impactos del COVID-19. Nuevo Informe especial de la Comisión regional de la ONU plantea una canasta básica de tecnologías de la información y las comunicaciones a todos los hogares, con un costo anual inferior al 1% del PIB; ver: <https://www.cepal.org/es/comunicados/>

cepal-propone-garantizar-universalizar-la-conectividad-asequibilidad-tecnologias.

(17) Compromiso de Santiago. Año 2021: <https://conferenciademujer.cepal.org/14/es/documentos/compromiso-santiago>.

(18) Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Ficha: https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/r1-l18-2011.html.

(19) Austrian Federal Ministry of Justice. From EPSA - European Public Sector Award: https://www.epsa-projects.eu/index.php/Justice_3.0/_Justice.

(20) Proyecto Justitia40 Ver: <https://www.justitia40.ch/it/>

dor y en apoyo a esos derechos de todos/as los/as ciudadanos/as.

Por ello, se resalta, durante la transición del proceso, la necesidad indiscutible de acompañar al mismo, con la formación de los/as operadores judiciales en este mismo sentido y bajo esta óptica.

Hasta aquí entonces, analizamos el uso de la tecnología como herramienta para fomentar los derechos de las personas, pero cuando le añadimos el tópico y análisis de la perspectiva de género en Europa, vemos que también existen algunas falencias quedando mucho por hacer, resultando el escenario actual —aún en el viejo continente—, desfavorable para las mujeres.

Las barreras del “Techo de Cristal”, no tienen fronteras, pues se trata de una cuestión cultural globalizada. Sobre este aspecto, datos producidos en Italia (21) determinan que son las más jóvenes innovadoras las que se animan a derribar el techo de cristal para sacar el talento femenino libre de prejuicios. Las alumnas están subrepresentadas en los estudios científicos, con un 18% del número total de alumnos matriculados en las facultades de Ciencias, Tecnología, Ingeniería y Matemáticas STEM (Observatory Talents Venture “The Gender Gap in Stem Degrees” 2019).

Al ingresar al mundo del trabajo, Italia registra una de las tasas de empleo femenino más bajas de Europa, 49,5%, en comparación con el 63,4% de la media de la UE. Solo una de cada cinco empresas está dirigida por mujeres y en las nuevas empresas innovadoras la proporción cae a una de cada ocho, mientras que la accesibilidad al crédito también disminuye.

La conclusión general destaca que esta brecha de género es un fenómeno general debido a factores bien conocidos: Mecanismos de cooptación que persisten entre sujetos similares y el sesgo inconsciente, la difícil conciliación entre la vida familiar y laboral, las percepciones autolimitadas y la baja autoestima de la mujer producto de la cultura patriarcal.

IV. Plan de recuperación para Europa 2021. Fondo UE aplicado a tecnología y a género

Por estos días es de público y notorio conocimiento, que la Comisión Europea y el Parlamento de la UE, han acordado un plan de recuperación millonario y nunca antes visto (ni aún en tiempos de posguerra) para ayudar a reparar los daños económicos y sociales causados por la pandemia del coronavirus, en miras a lograr salir de la crisis y reconstruir a Europa en un continente moderno ecológico, digital, resiliente y sostenible (22).

Para llevar a cabo estos objetivos, se prevé un presupuesto a largo plazo que, junto con NextGenerationEU —instrumento temporal concebido para impulsar la recuperación—, es hoy en día el mayor paquete de estímulo jamás financiado a través del presupuesto de la UE en la historia, con un total de 1,8 billones de euros.

Se encuentra ideado y a la fecha puesto en práctica, el plan de recuperación con seis prioridades proyectados para 2019-2024 concentradas en:

- Pacto Verde Europeo: Por un continente climáticamente neutro.

- Una Europa adaptada a la era digital: La estrategia digital de la UE será capacitar a las personas con políticas inclusivas, con una nueva generación de tecnologías.

- Una economía al servicio de las personas: La UE debe crear un entorno de inversión más atractivo y un crecimiento que cree empleos de calidad, especialmente para los/las jóvenes y las pequeñas empresas.

- Una Europa más fuerte en el mundo: La UE fortalecerá su voz en el mundo defendiendo el multilateralismo y un orden mundial basado en normas.

- Promoción del modo de vida europeo: Europa debe proteger el Estado de Derecho, la Justicia y los valores fundamentales de la UE (entre ellos la biodiversidad e igualdad de género).

- Un nuevo impulso a la democracia europea: Dar más voz a los europeos y proteger la democracia frente a injerencias externas, como la desinformación y los mensajes de incitación al odio en línea.

Dadas las circunstancias observadas en párrafos anteriores, la perspectiva e igualdad de género es una cuestión a trabajar energéticamente también en la Unión Europea. Para ello se aprobó (marzo, 2020) el documento “Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025” (23), donde se reconoció la necesidad de intensificar los trabajos, pues ningún Estado miembro ha alcanzado aún la plena igualdad de género—los Estados miembros obtuvieron una puntuación media de 67,4 sobre 100 en el Índice de Igualdad de Género de la UE de 2019— y marcando que el progreso es muy lento, ya que la puntuación solo ha mejorado 5,4 puntos desde 2005.

V. Tecnología al servicio de la humanidad

Por último, entendemos indispensable mencionar el rol de la tecnología al servicio de la Humanidad.

El ser humano y sus derechos son el principio y meta del auténtico desarrollo.

En este sentido el servicio público de Justicia de un Estado democrático y republicano no debe perder este norte.

En la Argentina, comenzamos lentamente a traspasar este umbral y transitar la transformación hacia “la digitalización 4.0” y por ello desde los inicios, NO debemos soslayar la supremacía de nociones tan firmes y vigorosas como la de NO deshumanizar los procesos digitales. La tecnología es un medio y no un fin en sí misma.

Sobre el particular, creemos interesante traer a colación los aportes de la Carta Ética Europea sobre el uso de inteligencia artificial en los sistemas judiciales, redactada por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) de diciembre de 2018 (24), donde se establecen principios éticos sobre el uso de la inteligencia artificial en el ámbito judicial, los cuales detallamos a continuación:

1. Principio de respeto de los derechos fundamentales: Asegurar que el diseño y la implementación de las herramientas y ser-

vicios de inteligencia artificial son compatibles con los derechos fundamentales.

2. Principio de no discriminación: Específicamente prevenir el desarrollo o la intensificación de cualquier discriminación entre individuos o grupos de individuos.

3. Principio de calidad y seguridad: Con respecto al procesamiento de decisiones judiciales y datos, usar fuentes certificadas y datos intangibles con modelos concebidos en un sistema multidisciplinario de manera, en un entorno tecnológico seguro.

4. Principio de transparencia, imparcialidad y equidad: Hacer métodos de procesamiento de datos accesible y comprensible, autorice auditorías externas.

5. Principio “bajo control del usuario”: Asegurar que los usuarios sean actores informados y en control de las elecciones realizadas.

Este Código de Ética en algún sentido pone un marco a la “Justicia inteligente” en cuanto a que la tecnología, como herramienta, viene para la mejora de la seguridad y eficacia de la Justicia, señalando la necesidad de respetar los derechos humanos y los principios de calidad, seguridad y transparencia en todos los desarrollos tecnológicos que se realicen dentro de las técnicas de Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales.

Otra arista interesante sobre el uso respetuoso y “humanizado de la tecnología”, lo constituye los aportes de la Encíclica “Laudato Si” (Sobre el cuidado de la casa común) (25).

La Carta Papal, observada bajo un sentido antropológico, busca impulsar un llamado urgente a cuidar el planeta donde vivimos y donde nosotros, como seres vivientes, habitamos y nos desarrollamos.

La “Laudato Si”, se constituye entonces como una convocatoria al diálogo para todas las personas de buena voluntad (más allá de la fe), un diálogo que debe comenzar por escuchar el lamento de la tierra, vital para la existencia humana. En cada pasaje de la Encíclica se reflexiona y concientiza sobre la necesidad de la búsqueda de respuestas concretas frente a cada tema específico que plantea, relativo al uso de los recursos naturales, al cuidado de la biodiversidad, a nuestra forma de vida productiva, a nuestra cultura, costumbres, y todo lo que se podría mejorar.

El capítulo tres, menciona específicamente a la tecnología, el poder y la globalización del paradigma tecnológico, donde por cierto, resalta y reconoce su contribución al mejoramiento de las condiciones de vida pero también sugiere que puede dar a quienes tienen el conocimiento, y sobre todo el poder económico para utilizarla, un gran dominio sobre el conjunto de la humanidad y del mundo entero lo cual puede resultar peligroso: “Un desarrollo tecnológico y económico que no deja un mundo mejor y una calidad de vida integralmente superior no puede considerarse progreso” (LS 194).

Señalando por último y no menos importante, como elemento fundamental a destacar, la “educación como estrategia de cambio”, pues ella nos brinda una gran oportunidad, ya que es la verdadera y la más poderosa herramienta de transformación social.

VI. Conclusión

A modo de colofón, podemos decir que la tecnología en un primer impacto implica transformación hacia la sociedad de la información y del conocimiento, que ha hecho sus importantes aportes en medicina, comunicaciones, producción de bienes y servicios, pero solo se verá como “evolutiva o modernizadora”, si la observamos como medio hacia el desarrollo del hombre y la mujer. La ciencia, la tecnología y la innovación, deben conducirnos hacia un mundo más equitativo y sostenible, y para ello debe basarse en una ética sólida, inclusiva, una cultura de valores, una educación clara y espiritual para limitar ese poder que puede resultar negativo.

La era de la transformación digital, no es futuro sino es presente, y lo hemos comprendido en la marcha, al tener que adaptarnos al entorno digital y al uso de la tecnología forzosamente a partir de las cuarentenas obligatorias y confinamientos que mudaron las oficinas hacia nuestros hogares. En este contexto, lamentablemente y en cuanto a los deberes de cuidado, muchas mujeres siguen asumiendo un doble rol en el seno familiar, corriendo en desventaja para capacitarse y/o ser promovidas a puesto directivos o de mayor responsabilidad.

“NO dejar a nadie atrás” como objetivo de desarrollo, aplicado al proceso 4.0, implica visibilizar estas cuestiones, analizar cada punto focal de las brechas de género y emprender acciones estructurales para una solución a corto, mediano y largo plazo.

El “Gender Gap” o “Brecha de Género”, en la transformación tecnológica, tendrá consecuencias sociales a futuro y un diseño que nada tiene de nuevo, ni de bueno de lo que hasta ahora conocemos, si mantenemos un sistema excluyente hegemonicamente masculino, colmado de prejuicios y estereotipos. A fin de evitarlo, el proceso de construcción del perfil de la profesional del mundo digital, deberá incluir acciones positivas que aborden su educación desde la niñez hasta su madurez, fomentando elecciones en asignaturas STEM, (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas, conocimiento técnico-científico que caracteriza a toda la industria 4.0.), para luego constantemente promover y sumar habilidades como la resiliencia o la flexibilidad, imprescindibles para adaptarse a los constantes cambios.

“Democratizar” el sector de tecnología, resultará necesario concientizando y fomentando acciones inclusivas y no discriminatorias, pues de lo contrario el techo de cristal también se tornará disruptivo y algorítmico.

No replicar en el nuevo ecosistema virtual, la estructura social del patriarcado, acompañar la transformación digital con perspectiva de género, resignificar la “masculinidad” cargándola de nuevo sentido, sin sesgos ni estereotipos, tender a liderazgos éticos basado en la integridad de la persona y pensar en la tecnología como herramienta de evolución al servicio de la humanidad, surgen como una necesidad para construir sociedades armónicas pacíficas y equitativas en un futuro que ya está aquí.

Cita on line: AR/DOC/538/2021

(21) Valore D. Team Comunicazione. Giovani innovatori per abbattere il soffitto di cristallo ver: <https://valored.it/news/giovani-innovatori-per-abbattere-il-soffitto-di-cristallo/>.

(22) SERRANO LEAL, Cristina - MONTORO de ZULUE-TA, Begoña - MULAS ALCÁNTARA, Marta, “La respuesta de la Unión Europea ante la crisis económica. El Plan Europeo de Recuperación Económica”, Boletín económico de ICE, 2010, no 2988. -Plan de recuperación para

Europa. Ver: https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es.

(23) Resolución del Parlamento Europeo, enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (2019/2169(INI)) Ver: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0025_ES.html, —. - LOM-BARDO, Emanuela, “El mainstreaming: la aplicación de la transversalidad en la Unión Europea. Aequalitas”, *Revista*

jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, 2003, no 13, ps. 6-11.

(24) Carta Ética Europea sobre el Uso de Inteligencia Artificial en los Sistemas Judiciales, CEPEJ, diciembre de 2018. Ver: <https://campusialab.com.ar/wp-content/uploads/2020/07/Carta-e%CC%81tica-europea-sobre-el-uso-de-la-IA-en-los-sistemas-judiciales-.pdf>. PORCELLI, Adriana Margarita, “La inteligencia artificial y la robótica: sus

dilemas sociales, éticos y jurídicos”, *derecho global, estudios sobre derecho y justicia*, 2020, vol. 6, no 16, ps. 49-105.

(25) SIRIANNI, Piero, “Per una lettura antropologica dell’enciclica Laudato si’”, 2018, ps. 119-128. Enciclica “Laudato Si” (Sobre el cuidado de la casa común). Ver <https://www.vidanuevadigital.com/wp-content/uploads/2015/06/Laudato-Si-ES.pdf>.

El ejercicio de la función jurisdiccional en clave de género

Carolina E. Grafeuille

Doctoranda y jefa de Trabajos Prácticos en la materia: "Elementos de Derecho Civil", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Adjunta en la materia: "Derecho Civil. Parte General", Facultad de Derecho, Universidad de Palermo.

SUMARIO: I. Algunas palabras preliminares.— II. A propósito de imaginarios culturales e instancias normativas.— III. La adopción judicial de la perspectiva de género como medida estatal de acción positiva.— IV. Conclusión.

I. Algunas palabras preliminares

El pánico moral al libre desenvolvimiento sexual suele inundar de espeluznantes imágenes las pantallas. El sexo es sagrado y, cuando no, resulta objeto de sacralización; las más temidas desgracias irremediablemente sobrevendrán (1). Da la impresión de que el cuerpo, o sus orificios privilegiados para el goce, continúan siendo santuarios en los que la veneración engegueda se torna, invariablemente, en quehacer humano por antonomasia (2).

Transcurrieron prácticamente tres décadas desde la entrada en vigencia de la Ley de Cupo Femenino (3). Aun cuando dicha herramienta fue originariamente resistida por infinidad de mujeres cis (4), permitió —aunque ligeramente— profanar (5) aquellas monocordes fotografías de sacos y corbatas que fluían, sin tregua, por el entramado político vernáculo (6).

Veintiséis años más tarde, la aprobación parlamentaria de la Ley de Paridad de Género (7) irrumpió en los medios de comunicación y convulsión a la opinión pública, a escala local. Si bien su entrada en vigor fue celebrada como un avance en materia de derecho a la igualdad, resultó materia de crítica y de rechazo por parte de determinados sectores minoritarios de nuestras comunidades (8).

Escaso tiempo antes, la entrada en vigencia de la ley 26.743 de Identidad de Género supuso el desmantelamiento de la tradicional maquinaria jurídico-normativa de patologización, la aminoración de aquella vetusta pasión borbónica del Estado argentino por la regulación. Las condiciones que, con anterioridad a la sanción de dicha legislación, imponían nuestros tribunales a los fines del

reconocimiento estatal de la identidad de género, constituían un ejemplo paradigmático de esa pasión desorbitada: evaluaciones médicas, psicológicas, psiquiátricas y ambientales; diagnóstico diferencial; tratamientos hormonales; cirugía, esterilidad; dictámenes de comités de bioética; testigos; comparencia ante el órgano jurisdiccional en orden a la verificación biográfica y, en particular, a la exhaustiva comprobación de una apariencia corporal lo más semejante posible al "género de llegada" (9), jurídicamente conceptualizado en sus términos más estereotipados y normativos. Se trataba, pues, de un perverso mecanismo jurídico-normativo que, a la par de que producía seres humanos desiguales, proclamaba su igualdad ante la ley; que estampaba el sello de inferioridad humana (10); y que fijaba, a modo de precio por el reconocimiento, la previa observancia de requisitos violatorios de aquellos Derechos Humanos que pregonaba tutelar (11). Es, en ese estado de cosas, en que la ley 26.743 de Identidad de Género vino, finalmente, a consagrar el derecho de todas las personas a ser quienes somos, sin necesidad de sometimiento alguno al juicio de quienes se arrogaban el saber y el poder sobre el cuerpo, el género y la sexualidad de alguien más (12).

Hacia finales del año 2020 afloró la ley 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (13), cuyos postulados se inscriben en un paradigma en el que la autonomía individual (14) imbuje la proyección de maternidades y paternidades (15). Así pues, tal plexo normativo sostiene un modelo anclado en la autodeterminación de las personas con capacidad de gestar (16), y no en los imperativos genéricos y corporales de la cultura (17). Dicho esquema legislativo se asienta, en definitiva, sobre el irrestricto respeto por la au-

tonomía corporal, por la autonomía de decisión (18) y por el derecho a diseñar nuestras trayectorias vitales a la luz de nuestro (s) propio (s) deseo (s) (19).

Así las cosas, cabe puntualizar que, a pesar de las iniciales resistencias que un sinnúmero de magistrados argentinos opuso a los reclamos provenientes de los movimientos políticos y sociales que pugnaban por la efectivización de los derechos fundamentales de aquellas personas cuya inmersión en un estado de desigualdad estructural las había convertido en sujetos considerablemente vulnerables en términos socio-culturales (20), es factible identificar, en el seno mismo del sistema judicial, una notable transformación en lo tocante al abordaje de la diversidad genérica y corporal (21).

En efecto, nuestros juzgadores comenzaron a introducir —en una primera etapa, tímidamente y, de manera ulterior, con mayor ímpetu— la denominada perspectiva de género en sus pronunciamientos, de tal suerte que la situación de desigualdad real en la que se han encontrado sistemáticamente sumidos ciertos justiciables, devino en parámetro insoslayable a la hora de emitir un veredicto judicial (22).

II. A propósito de imaginarios culturales e instancias normativas (23)

La intersección entre medicina y derecho produjo una de las mayores aberraciones contra las que la personas trans (24) han tenido que históricamente alzarse: la patologización de sus vivencias identitarias y corporales (25).

Desde el advenimiento de la democracia, y hasta no hace demasiado tiempo, la percep-

ción jurídica acerca de la esfera atinente a la identidad de género se encontraba demarcada por la recepción, apropiación y reelaboración de saberes psicomédicos —particularmente, de los conocimientos provenientes tanto del ámbito de la psiquiatría y del psicoanálisis, como de los campos de la endocrinología, la cirugía, la biología molecular y la genética—. En función de dicha interpretación, la materia relativa a la identidad de género había resultado tradicionalmente emplazada dentro del dominio de lo patológico y, más específicamente, dentro del terreno de los trastornos mentales. Uno de los efectos inmediatos de la articulación psicomédico-jurídica —y, ciertamente, bioética— de las cuestiones concernientes a la identidad de género había sido la constitución performativa (26) de las personas trans —e intersex (27) — como individuos, por definición, heterónomos —toda vez que, desde el principio, habían sido conceptualizados por un vínculo fundacional en el orden del diagnóstico, vale decir, como "trastornados" (28).

La comprensión jurídica en torno a la temática atinente a la identidad de género ejercía crucial influencia sobre la gestión, puramente tutelar, de los derechos de las personas trans en Argentina. Tal incesante tutela restringía, gravemente, el acceso tanto al reconocimiento estatal de la identidad de género, como a las modificaciones corporales solicitadas —aunque, paradójicamente, la misma práctica tutelar decretaba, y continúa decretando, la licitud de aquellas intervenciones enderezadas a "normalizar" la apariencia corporal y la inscripción registral en el supuesto de infantes intersexuales incapaces de prestar, en primera persona, el consentimiento informado respecto de dichos procedimientos— (29).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) FAUSTO-STERLING, Anne, "Cuerpos sexuados. La política de género y la construcción de la sexualidad", trad. Ambrosio García Leal, Melusina, Barcelona, 2006, 1ª ed., p. 50; y EVOLA, Julius, "Metafísica del sexo", trad. Francesc Gutiérrez, José J. de Olañeta, Barcelona, 1997, 1ª ed., p. 256.

(2) DILLON, Marta, "El pánico moral", *Página 12*, Buenos Aires, 09/02/2020.

(3) Ley 24.012, cuya sanción tuvo lugar el día 06/11/1991.

(4) Por oposición al término "trans", se utiliza la voz "cis" para hacer alusión a todas aquellas personas que se identifican con el género que les fue asignado al nacer; conf. CABRAL, Mauro, "Derecho a la Igualdad. Tercera posición en materia de género", *Revista de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación* N° 8, ps. 201-202, Fallo comentado: CS Australia, "NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie", 02/04/2014.

(5) AGAMBEN, Giorgio, "Profanaciones", trad. Flavia Costa y Edgardo Castro, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2005, 1ª ed., ps. 97-119.

(6) DILLON, Marta, "La hora de las feministas", *Página 12*, Buenos Aires, 19/06/2019.

(7) Ley 27.412, cuya aprobación parlamentaria se produjo con fecha 23/11/2017.

(8) "La paridad de género ya es ley", *Página 12*, Buenos Aires, 23/11/2017, "Página 12" de fecha 23 de noviembre de 2017, bajo el título: "La paridad de género ya es ley".

(9) Se emplea la expresión metafórica relativa al "género de llegada" para hacer referencia al género que la persona percibe como propio y que difiere del sexo que le fuera asignado al nacer; conf. CABRAL, Mauro - LEIMGRUBER, Javier, "El glosario en construcción", en *Revista Serias para el debate*, Campaña para la Convención de los Derechos

Sexuales y los Derechos Reproductivos, Línea Andina, N° 3 (noviembre de 2004), Lima, p. 69.

(10) CABRAL, Mauro, "Ante la ley", Suplemento "Soy", *Página 12*, Buenos Aires, 30/07/2010.

(11) CABRAL, Mauro, "Pensar la intersexualidad, hoy", en MAFFÍA, Diana (Comp.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Feminaria Editora, Buenos Aires, 2003, 1ª ed., p. 124.

(12) CABRAL, Mauro, ob. cit.

(13) CAMINOS, Cristian H., "Consideraciones críticas sobre el fallo cautelar del Chaco que suspendió en toda la provincia la Ley 27.610", AR/DOC/251/2021.

(14) MAFFÍA, Diana - CABRAL, Mauro, "Los sexos ¿son o se hacen?", en MAFFÍA, Diana (Comp.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Feminaria Editora, Buenos Aires, 2003, 1ª ed., p. 95.

(15) DILLON, Marta, "Aborto legal ahora se dice 27.610", *Página 12*, Buenos Aires, 16/01/2021.

(16) LAMM, Eleonora, "El uso de tejidos de fetos abortados como otro argumento a favor de la legalización del aborto", RDF 2020-III, p. 335 - AR/DOC/1479/2020; HERRERA, Marisa - DEZA, Soledad - DE LA TORRE, Natalia, "¿Un fallo 'revolucionario' o una contraofensiva frente a la consolidación de los Derechos Humanos en clave de género?", LA LEY, 2019-D, 630, AR/DOC/2716/2019; DEZA, Soledad, "Aborto legal: derecho, deberes y delito", LA LEY, 2020-A, 308, AR/DOC/3944/2019; PRADO, Victoria M., "Una lectura sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", RDF 94, p. 29 - AR/DOC/875/202; y GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela A., "Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial, sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo", RDF: 92, p. 267, AR/DOC/3126/2019.

(17) LAMM, Eleonora, "Actualidad bioética en la Argentina y en el mundo", RDF 72, 16/11/2015, p. 439, AP/DOC/958/2015.

(18) CABRAL, Mauro, "Pensar la intersexualidad, hoy", en MAFFÍA, Diana (Comp.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, ob. cit., p. 123.

(19) DILLON, Marta, "Aborto legal ahora se dice 27.610", *Página 12*, Buenos Aires, 16/01/2021.

(20) CABRAL, Mauro, "A la vista. Un día para recordar", Suplemento "Soy", *Página 12*, Buenos Aires, 26/08/2011.

(21) Con fecha 10/04/2008, el magistrado marplatense Pedro Hooff dictó el primer decisorio judicial en virtud del cual se reconoció a una persona trans su derecho a la identidad de género sin que hubiese devenido previamente necesaria la acreditación de su sometimiento a una intervención quirúrgica de "cambio de sexo"; conf. Juzgado en lo Correccional Nro. 4 de Mar del Plata, "L., P. R. s/amparo" - 70048064, 10/04/2008, AR/JUR/7764/2008.

(22) RODRÍGUEZ, Yamila, "Los tribunales y el acceso a la justicia de las personas travestis y trans. A propósito del juicio por el homicidio de Diana Sacayán", SJA, 01/01/2020, p. 3.

(23) LAVIGNE, Luciana, "La regulación biomédica de la intersexualidad. Un abordaje de las representaciones socioculturales dominantes", en CABRAL, Mauro (Ed.), *Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en Castellano*, Anarrés Editorial, Córdoba, 2009, ps. 51-55, disponible en: <http://www.mulabi.org/Interdicciones2.pdf>.

(24) Se utiliza el vocablo "trans" para hacer referencia a todas aquellas personas que se identifican con un género distinto del que les fue asignado al nacer —cualquiera sea su identidad de género, su expresión de género, su situación registral y su estatus transicional—; conf. CABRAL,

Mauro, "Derecho a la Igualdad. Tercera posición en materia de género", ob. cit., ps. 201-202, Fallo comentado: CS Australia, "NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie", 02/04/2014, y "Prólogo" en CABRAL, Mauro (Ed.), *Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en Castellano*, Anarrés Editorial, Córdoba, 2009, p. 7, disponible en: <http://www.mulabi.org/Interdicciones2.pdf>.

(25) CABRAL, Mauro, "Ante la ley", Suplemento "Soy", *Página 12*, Buenos Aires, 30/07/2010.

(26) La postura de que el género es performativo intenta poner de manifiesto que lo que se considera una esencia interna del género se construye, en realidad, a través de un conjunto sostenido de actos, postulados por medio de la estilización del cuerpo basada en el género. De esta forma, se demuestra que lo que se ha tomado como un rasgo "interno" de nosotros mismos es algo que anticipamos y producimos a través de ciertos actos corporales; conf. BUTLER, Judith, "El género en disputa", Paidós, Barcelona, 2013, 1ª ed. y 5ª reimpr., p. 17.

(27) Se emplea el término "intersex" para hacer alusión a todas aquellas personas que nacieron con un cuerpo que varía respecto de los promedios corporales femenino y masculino —a nivel cromosómico, gonadal y/o genital—; conf. CABRAL, Mauro, ob. cit., ps. 201-202, Fallo comentado: CS Australia, "NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie"; 02/04/2014 y "Prólogo" en CABRAL, Mauro (Ed.), *Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en Castellano*, ob. cit., p. 7, disponible en: <http://www.mulabi.org/Interdicciones2.pdf>.

(28) CABRAL, Mauro, "Ante la ley", Suplemento "Soy", *Página 12*, Buenos Aires, 30/07/2010.

(29) CABRAL, Mauro, "A la vista. Un día para recordar", Suplemento "Soy", *Página 12*, Buenos Aires, 26/08/2011.

De regreso en el año 2021, es preciso subrayar que el conglomerado de preceptos y principios que encierra la ley 26.743 de Identidad de Género (30), resulta, radicalmente, diverso de aquel andamiaje jurídico-normativo al que aludíamos en los párrafos que anteceden. Tal mutación se advierte, verbigracia, al colocar bajo escrutinio las disposiciones contenidas en los arts. 4º, 5º, 6º y 11 de esa legislación (31).

Así las cosas, es necesario señalar que, a lo largo de los últimos decenios, y, más aún, tras la aprobación parlamentaria de la ley 26.743 de Identidad de Género, se ha destacado la trascendencia que reviste la efectivización del derecho a la identidad de género como instrumento de visibilización y consiguiente transformación del estado de extrema vulnerabilidad en que se hallan inmersas aquellas personas que transitan experiencias genéricas y corporales de naturaleza disidente (32).

De allí que la incorporación de la perspectiva de género a los decisorios judiciales denote el ejercicio de la función jurisdiccional en clave de Derechos Humanos (33).

III. La adopción judicial de la perspectiva de género como medida estatal de acción positiva

Resulta innegable que toda tarea de indagación requiere de un abordaje interdisciplinario del problema bajo consideración, lo cual supone ni más ni menos que inquirir sobre la dimensión social de este (34).

Adicionalmente, no se albergan dudas en torno a que la concepción teórica de toda te-

mática sometida a pesquisa debe encuadrarse dentro de una visión constructivista de la sociedad, es decir, absolutamente superadora de una perspectiva "natural" de fenómenos que no configuran sino construcciones socioculturales, a raíz de la cual tales sucesos adquieren diversos sentidos y matices de conformidad con el momento y el lugar de que se trate (35).

Es así como la asunción de un enfoque de tales características constituye un auténtico desafío para quienes emprenden toda labor investigativa orientada a alcanzar una comprensión más profunda del tópico sobre el cual versa tal cometido, dado que no es posible ensayar posiciones abstractas en las cuales sostener un punto de vista ontológico de la subjetividad humana (36).

A la luz de esa concepción, cabe subrayar que la prédica que subyace a la binariedad del sexo/género y a las prácticas jurídicas fundadas en ella no es neutral (37), esencial y objetiva —cualidades centrales para el pensamiento jurídico moderno—, sino que se trata de un discurso de poder que favorece el *statu quo* y la desigualdad existente. De esa forma, bajo el ropaje de la neutralidad y la objetividad, se clausura cualquier tipo de disenso o posibilidad de cambio (38).

Con ese alcance, es preciso puntualizar que enfocar el discurso jurídico exclusivamente desde la bipolaridad del sexo/género, abarca una escena que deja sin existencia jurídica a opciones que, construidas desde una alternativa biográfica plausible, quedan al margen de la institucionalidad (39).

(30) SPAVENTA, Verónica, "Identidad de género, infancias y violencias", RDF 2020-IV, p. 143, AR/DOC/2233/2020.

(31) LAMM, Eleonora, "Autonomía, cuerpos e identidades. ¿Incorporar un tercer sexo o eliminarlos todos?", RDF 85, 10/07/2018, p. 17, AR/DOC/3155/2018.

(32) CABRAL, Mauro, "Ante la ley", Suplemento "Soy", *Página 12*, Buenos Aires, 30/07/2010.

(33) SCHIRO, María V., "Cambiarle el sexo al derecho: la responsabilidad parental en perspectiva de género", RDF 2018-VI, 21/12/2018, p. 105; SALCEDO, Melanie, "Responsabilidad del Estado en un caso de violencia de género", LLBA 2019 (mayo), p. 2; y DEBIAZI, Cynthia M., "Ante la 'duda razonable' la balanza se inclina a favor de la protección a las mujeres", RDF 2019-VI, 17/12/2019, p. 192.

(34) ADAMO, María T. - GROSMAN, Cecilia - MESTERMAN, Silvia, "Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos. Comentario de Jáuregui, Rodolfo G.", LA LEY, 2006-A, p. 1295.

(35) ADAMO, María T. - GROSMAN, Cecilia - MESTERMAN, ob. cit., p. 1293.

(36) *Ibidem*.

(37) CALVO, Anabella, G., "Las infancias trans: del comienzo del martirio hacia el inicio de una vida digna de ser reconocida", RDF 84, 17/05/2018, p. 33.

(38) SALDIVIA, Laura, "La igualdad robusta de las personas de géneros diversos", en ALEGRE, Marcelo - GARGARELLA, Roberto (Coord.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2ª ed. ampl., p. 756.

(39) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Derecho a la identidad y visibilidad", LLC 2006, p. 320, comentario al fallo: JFed. Córdoba N° 2, "Piedrabuena, Roque Virgilio c/ Ministerio del Interior - Registro Nacional de las Personas", 14/03/2006.

(40) AHUAD, Ernesto J., "Cupo laboral trans para el sector público: otro avance para la inclusión real de grupos vulnerables. DNU 721/2020 [04/09/2020]", RDLSS 2020-20, p. 3, AR/DOC/3065/2020.

(41) GRAFEUILLE, Carolina E., "La Ley del 'No llame' propicia el pacífico ejercicio del derecho a la identidad", JA, AR/DOC/5556/2014, "Una medida estatal de acción positiva que posibilita la realización de derechos fundamentales", DFyP 2013 (noviembre), p. 220, AR/DOC/3085/2013, "Una loable medida legislativa en Alemania, que propicia la deconstrucción de la lógica binaria del género", DFyP 2013 (diciembre), p. 199, AR/DOC/4526/2013, "Una medida legislativa que no logra brindar una adecuada respuesta al fenómeno: bullying", DFyP 2014 (julio), p. 203, AR/DOC/437/2014, "Una medida judicial de acción positiva que torna efectivo el derecho a la identidad de género", RDF

2015-V, p. 254, AR/DOC/5258/2015, "El derecho a la imagen y el consentimiento del adolescente en el Código Civil y Comercial de la Nación", SJA 06/072016, p. 14 - JA 2016-III, p. 14, AR/DOC/4441/2016, "La fragilidad estructural del adolescente y la instigación cibernética al suicidio", SJA 05/07/2017, p. 39, JA 2017-III, p. 421, AR/DOC/3834/2017, "El objeto de bien común de las asociaciones civiles como una medida estatal de acción positiva", SJA 22/11/2017, p. 20 - JA 2017-IV, p. 1217, AR/DOC/4152/2017, "El derecho al libre desenvolvimiento del proyecto de vida familiar frente a la vacunación obligatoria", SJA 07/08/2019, p. 33 - JA 2019-III, p. 33, AR/DOC/1789/2019, "La mayoría anticipada en materia de actos médicos", SJA 25/03/2020, p. 3 - JA 2020-I, p. 3, AR/DOC/328/2020, y "Perspectiva de género y función jurisdiccional", DFyP 2021 (febrero), p. 183, AR/DOC/4174/2020.

(42) VALLARO, Cristian, "Situación de las personas del colectivo LGBTI en Argentina: antecedentes, herramientas de la defensa (hábeas corpus, violencia penitenciaria, menores)", cit., p. 1374.

(43) CANTORE, Laura, "Intersexualidad, cambio de identidad sexual e infancia y adolescencia", en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 59, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 117.

(44) MALAMUD, Hugo I. M., "El bien común y la Inspección General de Justicia (A propósito del rechazo de la personería jurídica de ALITT - Asociación de Lucha por Identidad Transvesti Transsexual)", LA LEY, 2004-B, p. 703; DE VEDIA, Gabriel, "Institucionalidad de la aplicación retroactiva de la nueva movilidad jubilatoria", LA LEY, 17/05/2019, p. 1, AR/DOC/944/2019; CARNOTA, Walter F., "La inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias por vulnerabilidad (la era de la 'post-confiscación')", Sup. Const. 2019 (mayo), 08/05/2019, p. 7, AR/DOC/924/2019; y GALLO QUINTIAN, Gonzalo J. - PENNISE IANTORNO, María Soledad - QUADRI, Gabriel H., "Procesos de familia, sobre el final de la década", AR/DOC/1446/2019.

(45) GRAFEUILLE, Carolina E., "Una medida estatal de acción positiva que posibilita la realización de derechos fundamentales", ob. cit., p. 220, AR/DOC/3085/2013, "Una medida judicial de acción positiva que torna efectivo el derecho a la identidad de género", cit., p. 254, AR/DOC/5258/2015, "La fragilidad estructural del adolescente y la instigación cibernética al suicidio", cit., p. 39 - cit., p. 421, AR/DOC/3834/2017, "El objeto de bien común de las asociaciones civiles como una medida estatal de acción positiva", cit., p. 20 - cit., p. 1217, AR/DOC/4152/2017, "La rectificación registral del sexo, prenombre e imagen de un infante trans", SJA 16/05/2018, p. 3 - JA 2018-II, p. 1247, AR/DOC/3008/2018, "El derecho al libre desenvolvimiento del proyecto de vida fa-

mil frente a la vacunación obligatoria", cit., p. 33 - cit., p. 33, AR/DOC/1789/2019, "Hacia la necesaria supresión del sexo como categoría jurídica", RDF 2019-III, 10/06/2019, p. 192, AR/DOC/1327/2019, "Una sentencia judicial dispone que en el campo reservado al sexo se consigne 'femineidad travesti'", DFyP 2019 (septiembre), p. 215, AR/DOC/2184/2019, "La mayoría anticipada en materia de actos médicos", cit., p. 3 - cit., p. 3, AR/DOC/328/2020, y "Perspectiva de género y función jurisdiccional", cit., p. 183, AR/DOC/4174/2020.

(46) KREIMER, Micaela, "El derecho a la identidad de género", DFyP 2016 (agosto), 04/08/2016, p. 117; y REGUEIRO DE GIACOMI, Iñaki, "Reconocer es reparar. Un fallo clave sobre una prestación indemnizatoria para una mujer trans en la Ciudad de Buenos Aires", RDF 2015-IV, 13/08/2015, p. 24.

(47) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 220, AR/DOC/3085/2013, ob. cit., p. 254, AR/DOC/5258/2015, ob. cit., p. 39 - ob. cit., p. 421, AR/DOC/3834/2017, ob. cit., p. 20 - ob. cit., p. 1217, AR/DOC/4152/2017, "La rectificación registral del sexo, prenombre e imagen de un infante trans", ob. cit., p. 3 - ob. cit., p. 1247, AR/DOC/3008/2018, ob. cit., p. 33 - ob. cit., p. 33, AR/DOC/1789/2019, "Hacia la necesaria supresión del sexo como categoría jurídica", cit., p. 192 - AR/DOC/1327/2019, "Una sentencia judicial dispone que en el campo reservado al sexo se consigne 'femineidad travesti'", cit., p. 215, AR/DOC/2184/2019, ob. cit., p. 3 - ob. cit., p. 3, AR/DOC/328/2020, y ob. cit., p. 183, AR/DOC/4174/2020; y MARTIRE, María G., "La ficticia paridad de género en el Concejo Deliberante de la Ciudad de Ushuaia", LL Patagonia 2021 (enero), p. 1, AR/DOC/4077/2020.

(48) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Cuando de swingers se trata la Constitución es la que manda", LA LEY, 2003-E, 501.

(49) GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "Fertilización asistida. Un plenario que garantiza el derecho a la salud reproductiva con perspectiva de género", LA LEY, 2018-E, 117.

(50) MEDINA, Graciela - YUBA, Gabriela, "El reconocimiento legal del 'tercer género': una cuestión de derechos humanos. Análisis del fallo de la Corte Suprema de la India. Aportes desde el Derecho Comparado", DFyP 2014 (agosto), 30/07/2014, p. 203; PIETRA, María L., "Obligación alimentaria y violencia económica. Comentario a una sentencia con perspectiva de género que trasciende el caso concreto", LA LEY, 18/02/2020, p. 5; CLÉRICO, Laura - ALDAO, Martín, "Situación de mayor vulnerabilidad. El fallo 'García' sobre haberes previsionales y el carácter multidimensional del art. 75, inc. 23, luces y sombras", DT 2019 (mayo), p. 1208 - AR/DOC/1455/2019; SCARRAMBERG, Juan Martín, "De discriminaciones laborales, institucio-

nes y género", DFyP 2019 (abril), 10/04/2019, p. 210 - AR/DOC/2444/2018; y CALVO, Anabella, G., "Las infancias trans: del comienzo del martirio hacia el inicio de una vida digna de ser reconocida", cit., p. 33.

(51) LLERA, Carlos, E., "Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. La morigeración del encierro", DPyC 2019 (marzo), 15/03/2019, p. 192 - AR/DOC/24/2019; y MARTIRE, María G., "La ficticia paridad de género en el Concejo Deliberante de la Ciudad de Ushuaia", cit., p. 1 - AR/DOC/4077/2020.

(52) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 254 - AR/DOC/5258/2015, ob. cit., p. 3 - ob. cit., p. 1247 - AR/DOC/3008/2018, ob. cit., p. 192 - AR/DOC/1327/2019, ob. cit., p. 215 - AR/DOC/2184/2019, y ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020.

(53) BARBAROSCH, Eduardo, "El contrato social contemporáneo", LA LEY, 2004-A, 838; y "Teorías de la justicia y la metaética contemporánea", La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 67.

(54) SLAIBE, María Eugenia, "El acceso a los medios de comunicación electrónica frente al respeto por la vida privada", LA LEY, 2014-C, 33; Fallo comentado: Trib. Just. Unión Europea, Gran Sala, "Digital Rights Ireland Ltd. c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources", Minister for Justice, Equality and Law Reform, Commissioner of the Garda Síochána, Ireland, The Attorney General, 08/04/2012.

(55) ACOLUMBRE, María G., "Género y justicia", LA LEY, 11/03/2020, p. 3.

(56) MEDINA, Graciela, YUBA, Gabriela, "Ley escocesa de Matrimonio entre personas de igual género", DFyP 2014 (junio), 28/05/2014, p. 44 - AR/DOC/1524/2014.

(57) RODRÍGUEZ, Yamila, ob. cit., p. 3.

(58) CIOLLI, María Laura, "Alcance de la compensación económica en la unión convivencial. Sentencia con perspectiva de género", DFyP 2019 (octubre), 16/10/2019, p. 78; y MILLÁN, Fernando, "Creación legal de las promotoras de género", DFyP 2019 (abril), 10/04/2019, p. 153.

(59) RODRÍGUEZ, Yamila, ob. cit., p. 3.

(60) SCHIRO, María V., "Cambiarle el sexo al derecho ... la responsabilidad parental en perspectiva de género", cit., p. 105; SALCEDO, Melanie, "Responsabilidad del Estado en un caso de violencia de género", cit., p. 2; y DEBIAZI, Cynthia M., "Ante la 'duda razonable', la balanza se inclina a favor de la protección a las mujeres", RDF 2019-VI, 17/12/2019, p. 192.

(61) LAMM, Eleonora - MARTINO, Carolina B., "Actualidad bioética en el mundo", RDF:85, 10/07/2018, p. 347.

(62) CNC Crim. Correc., Sala de turno, Causa N° CCC 41112/2018/TO1/3/CNC3, 10/03/2020, AR/JUR/491/2020.

Bajo ese prisma, es el Estado quien debe adoptar las medidas de acción positiva (50) que confieran efectividad al ejercicio de los preponderantes derechos (51) de que son titulares aquellas personas cuyas experiencias genéricas y corporales se enmarcan en la esfera de la diversidad (52) (art. 75, inc. 23, CN) (53), en aras de evitar el menoscabo de su personalidad (54).

Ciertamente, es el Estado quien debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole (55), que resulten indispensables a los efectos de garantizar la plena satisfacción de los derechos (56) de que gozan las personas que transitan vivencias genéricas y corporales de raíz disidente (57).

A tenor de tales premisas, deviene imperioso que nuestros magistrados procedan a la introducción de la denominada perspectiva de género (58) en sus pronunciamientos, formulando un abordaje que atienda al estado de desigualdad real en que se hallan sumidos determinados justiciables (59).

En efecto, la incorporación de dicha mirada al ejercicio de la función jurisdiccional configura una obligación internacional (60) en materia de Derechos Humanos (61), que permite: "(...) dar cuenta de las diferencias estructurales entre varones y mujeres y de las condiciones de vulnerabilidad a las que éstas pueden verse sometidas, a fin de aportar soluciones adecuadas a la conflictividad propia de cada caso (...)" (62).

Ahora bien, es preciso añadir que, teniendo en consideración que la perspectiva de

género no hace alusión únicamente a las mujeres cis, sino que comprende todo el espectro de la diversidad de géneros (63), las asimetrías de poder (64) fundadas en el género (65) deben ser singularmente interpretadas (66) cuando se trata de personas trans (67).

(63) *Ibidem* y GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 183, AR/DOC/4174/2020.

(64) MEDINA, Graciela, "El valor del sexo para las mujeres después de los cincuenta años", DFyP 2018 (diciembre), 19/12/2018, p. 171; MILLÁN, Fernando, "Creación legal de las promotoras de género", cit., p. 153; "Tutela judicial efectiva y violencia de género. Conflictos de competencia", DFyP 2019 (agosto), 08/08/2019, p. 201; VECCHIONE LA VALLE, María J., "Hacia un cambio de paradigma en la eficacia de la respuesta estatal. Una tutela judicial efectiva real con perspectiva de género implica un mayor compro-

Es que toda medida estatal debe articularse, en última instancia, desde un enfoque que se inscriba dentro un paradigma que contemple los específicos ciclos de violencia (68), exclusión y estigma por los que ciertos colectivos integrados por personas estructuralmente vulnerables (69) han atravesado (70).

miso a la hora de resolver", RDF 2019-VI, 17/12/2019, p. 137; RIPA, Mariana, "Semblanza con enfoque de género de un pronunciamiento de la Corte mexicana. Achicando brechas entre derechos y efectivización", RDF 2019-VI, 17/12/2019, p. 248; y OSIO, Alejandro J., "La necesidad de las investigaciones género-sensitivas y el respeto a la legalidad penal", LA LEY, 20/03/2020, p. 3.

(65) MEDINA, Graciela - YUBA, Gabriela, "Derecho comparado y coronavirus", LA LEY, 13/04/2020, p. 5; CIOLLI, María Laura, "Alcance de la compensación económica en la unión convivencial. Sentencia con perspectiva de género",

IV. Conclusión

Con arreglo a lo expuesto, cabe concluir que la introducción de la perspectiva de género en el quehacer jurisdiccional supone el despliegue de un abordaje de la diversidad genérica y corporal que la contempla como

cit., p. 78; y BÁEZ, Julio C., "Juzgados de género y políticas públicas", SJA 03/04/2019, p. 3.

(66) PUCCINELLI, Oscar R., "Consumo, subconsumo, hipervulnerabilidad y perspectiva de género. A propósito del Anteproyecto de Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", SJA 18/09/2019, p. 33.

(67) MALICA, Alejandra M., "Homicidio calificado por mediar violencia de género hacia una persona que se autopercibía como mujer (art. 80, inc. 11, del Código Penal)", LA LEY, 06/03/2020, p. 8.

(68) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 183 - AR/

un asunto discernible en clave de Derechos Humanos (71).

Cita on line: AR/DOC/550/2021

DOC/4174/2020; y SALCEDO, Melanie, ob. cit., p. 2.

(69) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020; SCHIRO, María V., ob. cit., p. 105; AVELLANEDA, María P. - GARZÓN LASCANO, María, "La perspectiva de género y las uniones convivenciales", RDF 92, 12/11/2019, p. 46.

(70) MAMANI, Alejandro - LITARDO, Emiliano, "La identidad de género en el registro civil: el sexo más allá del binario", RDF 2019-V, 08/10/2019, p. 279.

(71) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 183, AR/DOC/4174/2020.

¿Para cuándo una justicia feminista?



Melanie D. Salcedo

Abogada (UnLaM). Docente Superior Universitaria (UM). Secretaria de la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia del Dpto. Judicial de La Matanza.

SUMARIO: I. El Poder Judicial en versión digital.— II. ¿Necesitamos más leyes?— III. ¿Por qué la ley no es suficiente?— IV. Palabras de cierre.

La pandemia provocada por COVID-19 vino para transformar al mundo. Las relaciones sociales, inevitablemente alteradas por el contexto, revelaron con mayor crudeza las consecuencias de una justicia patriarcal y arcaica que no cumple los estándares internacionales en materia de género.

De cara a un nuevo 8 de marzo, las reflexiones en torno a las desigualdades que padecen las mujeres se agudizan, es por ello que aprovecho la ocasión para presentar algunas reflexiones en torno a la realidad judicial en tensión con las cuestiones de género, para finalmente emprender un delineado de los alcances de una verdadera justicia feminista: ¿Cómo podemos definirla? ¿En qué línea la podemos construir? ¿Qué nos sobra? ¿Qué nos falta?

I. El Poder Judicial en versión digital

Si bien la transformación digital de la tramitación de los procesos judiciales, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires venía en marcha, el escenario mundial impuso su definitiva implementación. La posibilidad de contar con el acceso remoto a los sistemas de gestión de causas, eliminó las distancias entre lxs operadores judiciales y sus despachos. Facilitó la comunicación con lxs auxiliares de la justicia y los justiciables, así como abrió la puerta (no sin polémicas) a nuevas herramientas tecnológicas para la agilización de los trámites judiciales (1).

Sin interés en ahondar aquí en los beneficios e inconvenientes de la nueva modalidad, lo que merecería una reflexión aparte, aquello que parecería facilitar el trabajo contra la pandemia

que implica no ya el COVID-19 sino la violencia de género, se estrella contra la realidad que pone al descubierto una vez más, la ausencia de una justicia con perspectiva de género (2).

La pregunta que guía este breve análisis podría enunciarse en los siguientes términos: ¿Por qué, más allá del amplio abanico de leyes que consagran la real desigualdad a la que se encuentran sometidas las mujeres y *todxs aquellos que cuestionan el binario heteronormativo, continuamos observando una justicia que evita pensar al derecho en clave de género?*

II. ¿Necesitamos más leyes?

Los feminismos jurídicos poseen una historia de lucha que reconoce variados triunfos históricos en materia legislativa. La transformación del estatus jurídico de la mujer —de incapaz a sujeta de derechos— no vino sin un precio que hoy continuamos saldando. Sostengo que pensar que las leyes transforman *per se* al mundo que gobiernan, es continuar presas de la ilusión prometida por la igualdad formal cuya única proyección es la perpetuación de las desigualdades.

En primer lugar, debemos poner sobre el escritorio la caracterización del contexto en el que vivimos: una sociedad profundamente machista y desigual, en donde las mujeres estamos subrepresentadas y nuestras trayectorias se encuentran teñidas de violencias desde nuestros primeros contactos con el mundo social. Nuestras experiencias en la esfera pública y privada, más allá de los matices propios que plantea la interseccionalidad y que profundizan la desigualdad, nos encuen-

tra reunidas en lugares comunes que nos son hostiles e impiden nuestro desarrollo integral en tanto sujetos de derecho.

Desde mi lugar de abogada feminista y operadora judicial, me angustia terriblemente la realidad que nos toca vivir. Enfrentarnos al fracaso de nuestra tarea, es lo que me lleva a sostener que con la ley no alcanza y que debemos profundizar el debate para romper con la estructura que sostiene a esta justicia misógina (3).

El femicidio de Úrsula en la ciudad bonaerense de Rojas, por citar uno de los tantos que vienen ocurriendo en lo que va del año, nos enfrenta nuevamente con el descalabro de un sistema que actúa no solo haciendo caso omiso a la ley sino violándola con impunidad.

Con más interrogantes que certezas, propongo pensar al fracaso como "punto de acceso a procesos complejos" (4), tratando de indagar en los procedimientos que impiden las respuestas judiciales efectivas, considerando tanto a los sujetos individuales como a la organización social, para de ese modo, poner al descubierto la naturaleza de sus interrelaciones en relación al género.

Haciendo una síntesis del plexo normativo que dispone garantías para las experiencias humanas afectadas desigualmente por el género, podemos comenzar por nombrar a *La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*, instrumento estrella del sistema internacional de protección de los Derechos Humanos que fue la culminación de más de 30 años de trabajo de la Comisión de la Condición

Jurídica y Social de la Mujer, órgano creado en 1946 para seguir de cerca la situación de la mujer y promover sus derechos. Permitió fundar las bases para el reconocimiento jurídico de las demandas sociales que encontraban, en la negación de sus derechos, un denominador común: el sistema patriarcal.

Dicho instrumento internacional, dotado de jerarquía constitucional a partir del año 1994, marca la piedra fundacional en el reconocimiento de los derechos con perspectiva de género, haciendo explícito el reconocimiento de la real y profunda desigualdad en la que se encuentran las mujeres en el mundo social.

Por otra parte, en el sistema regional contamos la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida también como "Belem Do Pará" a la cual Argentina adhirió por ley 24.632.

Quiero destacar que ambas normas internacionales coinciden en señalar que *la variable género actúa diferencialmente entre las personas a la hora de hacer efectivo el derecho a la igualdad*. Como ya señalé (5), *Belem do Para* pone de relieve que las relaciones de poder han sido históricamente desiguales entre hombres y mujeres, lo que implica establecer -como piso de marcha- que nos relacionamos en una sociedad patriarcal, donde la subordinación de la mujer está asociada a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes (6).

En el ámbito nacional, La Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Al respecto, presenté un análisis sobre dos casos de jurisprudencias en relación a las novedades procesales que acompañaron la tramitación de las causas de violencia de género en el contexto de pandemia en "La flexibilización de las normas procesales en el contexto de violencia familiar y de género" disponible en RCCyC 2020 (noviembre), 51, AR/DOC/3259/2020.

(2) Juzgar con perspectiva de género implica -entre tantos supuestos- dar cumplimiento con las normas locales e internacionales en materia de género, efectuar un debido control de convencionalidad, tener en cuenta el principio de razonabilidad en tensión con las categorías sospechosas para anali-

zar los supuestos en donde se justifica la inversión de la carga de la prueba, seguir las directrices emanadas por la CIDH, asumir una postura que trasciende lo legal y que constituye un compromiso con un cambio cultural urgente así como poner de manifiesto que las necesidades que revela el género deben ser tenidas en cuenta desde la interseccionalidad y no desde el punto de vista de privilegio (Facio, 2002). Todo ello se orienta a cuestionar también la caracterización neutral y objetiva del derecho para -de ese modo- explicitar desde que paradigma interpreta la norma quien juzga.

(3) No sin dejar de mencionar la injusticia del peso de la responsabilidad que recae, una vez más, sobre las feministas. Somos las mujeres y las disidencias lxs que somos

víctimas de este sistema y a su vez -pareciera- las únicas interesadas e involucradas activamente en el cambio. Esta premisa debe contribuir a hacer urgente el estudio de los feminismos jurídicos en un mundo judicial que resulta completamente conservador y hostil a las cuestiones del género.

(4) SCOTT, Joan W. "El género: una categoría útil para el análisis histórico", en Amelang, James S. y Nash, Mary (eds.), *Historia y Género. Las mujeres en la Europa moderna y contemporánea*, Edicions Alfons El Magnanim, Valencia, 1990.

(5) SALCEDO, Melanie, "El no pago de alimentos como un supuesto de violencia económica. La interpretación del

art. 522 del Código Civil y Comercial con perspectiva de género, LLBA 2019 (diciembre), 10, /DOC/3348/2019

(6) Ello ha sido reconocido expresamente por la CIDH en el caso González y otras ("Campo Algodonero" Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, entre otros. Estos estereotipos de género refieren a una serie de atributos o características que se asocian de forma automática a los hombres y mujeres, formando pares binarios que jerarquizan la existencia de los géneros. Hay que destacar que aquellos son producto de la cultura, es fundamental para sostener su incompatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos (Corte Interamericana de Dere-

y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales —de orden público— recoge los postulados de los instrumentos internacionales, estableciendo que “el factor de riesgo para sufrir determinados tipos de violencia es el solo hecho de ser mujer” (7).

Por otra parte, en línea con los avances legislativos mencionados, podemos destacar la ley 26.618 de matrimonio entre personas del mismo sexo, la Ley 26.743 de Identidad de Género, la Ley 25.929 de Parto Humanizado, la Ley 24.012 de Cupo Femenino y Cupo trans (Ley de la Pcia. de Buenos Aires 14.783), la incorporación de la figura del Femicidio al Código Penal, así como las reformas introducidas al Código Civil y Comercial de La Nación en clave de género.

III. ¿Por qué la ley no es suficiente?

Si bien una serie de reformas legislativas como hemos visto corroboran la incorporación del género como punto neurálgico en la agenda política, advertimos que aquello resulta insuficiente para cuestionar las bases sobre las que reposa el sentido común patriarcal que guía al funcionamiento de la justicia.

Me pregunto, entonces... si el reconocimiento formal de los derechos existe, ¿cómo es posible que no se logre la aplicación e interpretación de las normas en clave de género? ¿Cómo despertar el más básico sentido de sensibilidad humana en quienes se encuentran a cargo de decidir nuestros destinos? ¿Cómo contribuir a dicha tarea desde el interior del sistema? ¿Qué más hace falta? ¿Cómo despertar en otros el fuego interno que provoca la injusticia que padecemos a diario?

Considero que debemos atender a estos disparadores, teniendo en cuenta el carácter colectivo y dinámico que implica un proceso de construcción de un nuevo Derecho que pueda ser la base del cambio.

Sé que cada vez somos más quienes dentro de la justicia, nos encolumnamos en sus verdaderas filas, las únicas legítimas, procurando un futuro libre de violencias. Pero también estoy convencida que la única forma con la que contamos para corroer los cimientos del patriarcado es incorporando los aportes feministas en la formación de base de todxs lxs profesionales que integran el aparato judicial, tópico sobre el que incansablemente la biblioteca feminista viene insistiendo (8).

En esta línea, es importante poner el acento en la transversalidad del género a todo el discurso jurídico, única mirada posible que permita entender cómo se proyectan las desigualdades y cómo el derecho debería ser una ciencia social destinada a su combate.

Convoco también a reflexionar sobre las capacitaciones que se brindan a los integrantes del Poder Judicial, en todas sus jerarquías, en relación a la cuestión de género. Me permito sospechar de su instrumentación en cuanto a su capacidad transformadora de consciencia en tanto su reducido impacto en la base cultural de la cuestión (9). Es por ello que necesitamos volver a las antiguas discusiones que libraron las feministas en cuanto a la incorporación del género como enfoque transversal a todo el Derecho para poder ir marcando la huella de un camino que solo verá el éxito a través de una verdadera justicia feminista.

Estas reflexiones se ven fuertemente interpeladas en este contexto de aislamiento que recrudece la violencia machista, en donde la sociedad demanda al Estado una participación frente a los hechos de violencia que, día tras día, nos sumergen en las más aberrantes noticias.

De cara a un nuevo aniversario de la lucha de las mujeres por conquistar sus derechos, insisto, se impone pensar al derecho privado constitucionalizado como posibilidad real,

únicamente en operadorxs que actúen con perspectiva de género.

Ahora bien, pensando en una justicia feminista como un horizonte que nos permita seguir construyendo este arduo camino, convoco a pensar estrategias colectivas que permitan utilizar las herramientas legales en clave de género. En este punto, es fundamental atender a la prevención evitando cómo única respuesta posible el castigo.

Ya hemos tenidos avances jurisprudenciales en cuanto a la responsabilidad del Estado por el no cumplimiento de sus deberes internacionales (10), valiosísimos precedentes cuyo fin es evitar la repetición de estas conductas.

Es por ello que, para crear una justicia que no sea enemiga de las víctimas, debemos trabajar en la única posibilidad de ingreso al universo jurídico a través del prisma que impone la indiscutible desigualdad de género en pos de equilibrarla.

IV. Palabras de cierre

Para intentar responder algunos de los interrogantes que propuse al comienzo, me gustaría convocar a todxs los profesionales que lean estas líneas a una profunda autocrítica en clave de género.

La única manera de generar un cambio es cuestionando las estructuras de pensamiento que continúan generando sospechas hacia el feminismo a través de artilugios despreciables que intentan reducir los derechos conquistados a meras ideologías. No se puede seguir hablando, debatiendo, escribiendo e interpretando la ley con posturas que contradigan los postulados básicos, de jerarquía constitucional, que establecen que el ser mujer o disidencia es un factor de riesgo.

Quiero destacar que la doctrina es el ámbito propicio con el que contamos para

generar el debate que nos impone la realidad. Utilizarlo, es parte del ejercicio de la profesión y es una herramienta muy valiosa a la hora de disputar el sentido común hegemónico que continúa generando barreras frente al acceso efectivo al goce de nuestros derechos.

Propongo entonces comenzar a pensar una justicia feminista que nos permita salir a disputar espacios para transformar la manera en que vemos e interpretamos el mundo. Para ello, convoco a involucrarnos en el andamiaje de una nueva justicia, alternativa a la que hoy conocemos, que tome cómo punto de partida en primer lugar, que la víctima es un ser humano que demanda al estado soluciones frente a un problema que no es personal sino estructural, o, dicho de otro modo, que nos enfrenta al lema feminista que “lo personal es político”.

En esta línea, es fundamental preguntarnos: ¿qué necesita, quién es (11), cómo vive, qué reclama, cómo podemos ayudarla. A su vez, preguntarnos ¿podemos resolver su problema?, si la respuesta es no ¿con qué herramientas contamos para involucrar a otros sectores del Estado? ¿Podemos continuar operando sin la colaboración de los otros poderes? ¿Cuándo cesa nuestra participación? ¿Qué dispositivos de seguimiento de la problemática podemos implementar?

Si bien estas preguntas son algunas de las que podemos plantearnos, dejo abierto el debate haciendo hincapié en que los postulados de los feminismos jurídicos son aquellos que deben trazar el mapa de la construcción de una justicia feminista. Para poder ponerlos en valor, es necesario primero conocerlos, luego encarnarlos y por último salirse de las ataduras de una aplicación legal que falsamente se denomina neutral. La justicia será feminista o no será.

Cita on line: AR/DOC/530/2021

chos Humanos - Casos “Artavia Murillo”, 2012 y “Espinoza González”, 2014 entre otros). Recordemos que el Estado argentino se ha comprometido a tomar medidas para erradicarlos (conf. arts. 2, 4, 11,13 y 24 CEDAW y arts. 7 y o CBDP)

(7) ASENSIO, Raquel, “Breves comentarios sobre la Ley 26.485 de “Protección integral para prevenir, sancionar, y erradicar la violencia contra las mujeres,” año 2009, ELDial.com.

(8) Un resumen de la cuestión puede encontrarse en

SALCEDO, M., “Reflexiones sobre feminismos jurídicos, derecho y universidad: el caso de la formación universitaria de grado en Derecho”, *Question*, 1(58), e059. doi:https://doi.org/10.24215/16696581e059

(9) En el ámbito nacional, las capacitaciones brindadas a los empleados, funcionarios y magistrados de la justicia civil de la nación en el marco de la Ley Micaela, de manera virtual, no dejó de ser un requisito formal a cumplimentar con escasa capacidad de transformación cultural. Por otro

lado, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, su implementación fue difusa, no estableciendo convocatorias obligatorias que sometían a examen a sus empleados, funcionarios y Magistrados.

(10) SC Buenos Aires, “García Mabel Adriana c. Poder ejecutivo s. Pretensión Indemnizatoria” Recurso extraordinario de Inaplicabilidad de Ley. Acuerdo 2078, sentencia del 28/11/2018, mag. votantes Negri, de Lazzari, Kogan, Genoud, Pettigiani.

(11) Ello en función de hacer explícita la mirada interseccional que debería tener una justicia con perspectiva de género para entender, en cada caso concreto, cómo el factor de género se entrecruza con otras variables como la raza, la etnia, la orientación sexual, la clase, profundizando el juego de la opresión.

