

DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES. DEFENDER Y JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

1. LA IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Previo a referirme a los derechos humanos de las mujeres, voy a referirme a los derechos humanos en su integralidad, desde la mirada del derecho internacional que considero uno de los campos jurídico-político más dinámicos. El gran desarrollo que han experimentado estos derechos a partir de la segunda mitad del siglo XX, luego de finalizada la segunda guerra mundial, ha sido uno de los logros más significativos para la humanidad.

En 1948 se aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos en Naciones Unidas, enunciando derechos y libertades que traducen un ideal común logrado en ese entonces por la comunidad internacional, mediante el cual todos los pueblos y naciones asumen el compromiso de promover el respeto a los derechos humanos y asegurar a través de medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universal y efectiva.

Se perfilan ya las características fundamentales inherentes a los derechos humanos: orden público, universalidad, unicidad, irreversibilidad, progresividad y maximización.

También en 1948 se aprueba la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre con base en reconocer que las instituciones jurídicas y políticas tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre que no nacen del hecho de ser nacionales de un determinado estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana (de allí su universalidad que trasciende las fronteras nacionales). Este instrumento afirma que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser la guía del derecho americano en evolución.

Los derechos humanos son derechos en construcción, en evolución permanente y su lista se modifica al calor de los cambios sociales regionales y mundiales. Son inderogables por el derecho interno e indisponibles por parte del Estado signatario, quien una vez que voluntariamente los adopta al firmar y ratificar el instrumento internacional, asume el compromiso de cumplirlo de buena fe y asegurar que produzca efecto útil, lo que implica la imposibilidad de invocar sus normas internas para justificar actos contrarios a tales derechos. Asimismo, se sujeta al control de los órganos del sistema interamericano o universal, cuya jurisdicción aceptó.

Las Declaraciones de 1948 se van a ir completando en el curso de las décadas siguientes, con las firmas de Convenciones y Pactos, como en 1958 con la Convención contra el Genocidio, en 1963 contra la Discriminación Racial o en 1966 el Pacto sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Años más tarde, se aprueban en Naciones Unidas otros importantes instrumentos internacionales como la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer -1979- (conocida como CEDAW), la de los Derechos del Niño -1989- y la Convención contra la Tortura -1984-.

Estas Convenciones nacidas en el seno de las Naciones Unidas, se enriquecen con las diversas Convenciones de derechos humanos firmadas en el marco regional, del sistema interamericano, como la

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica- de 1969, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas de 1994 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de 1994 (conocida como Convención de Belém do Pará).

Este avance del derecho internacional de los derechos humanos no fue recepcionado por nuestro país sino hasta el advenimiento de la democracia en 1983. Desde esa nueva etapa democrática, nuestro país comenzó a ratificar los instrumentos internacionales, a través de leyes sancionadas por el congreso nacional iniciando así un proceso de recepción del derecho internacional de los derechos humanos. Para toda nuestra región, con 400 millones de habitantes, después de dolorosas experiencias de los años 70 y 80 bajo feroces dictaduras, la firma de estos instrumentos internacionales de derechos humanos no es un dato menor, sino la puesta en marcha de procesos democráticos de suma trascendencia para asegurar mejores condiciones de vida.

En nuestro país este proceso se profundizó a partir de 1983 y con la reforma de la Constitución Nacional en 1994 recibió nuevo impulso. Se incorporan los tratados de derechos humanos a la Constitución, en lo que se denomina un bloque de constitucionalidad, en el art. 75 inc.22. No dudo en afirmar que este ha sido uno de los aportes más significativos en estos casi 35 años de democracia ininterrumpida.

Cuando la jurisdicción internacional se ocupa y se preocupa por los derechos humanos los pone en el vértice de la pirámide del orden internacional. Estos Tratados –señala Bidart Campos- tienen una característica distinta de los tratados clásicos del derecho internacional porque ya no son tratados entre dos o tres países sino que son regionales y universales. Obligan internacionalmente a los estados que se incorporan como parte del tratado, “pero tienen una finalidad muy distinta porque no llevan por objeto regular relaciones entre los estados sino – y esto es lo importante- conferir dentro de cada estado la titularidad de derechos a todas las personas que forman parte de la población de estos estados; es decir, tienen como destino aplicarse puertas adentro de cada estado que se hace parte en un tratado sobre derechos humanos”.¹

Se coloca a la persona humana como sujeto del derecho internacional y se genera una jurisdicción compartida entre el estado nacional y el orden internacional. Para el autor citado, los derechos humanos y la jurisdicción en el plano internacional ofrecen una nueva cobertura, un reforzamiento del derecho y de la jurisdicción internos y no lo concibe como una intromisión, sino como un auxilio. Este derecho internacional viene a agregar un plus al derecho interno, a sumar.

La tutela efectiva para los derechos humanos requiere que se aplique la norma más favorable para la resolución de un conflicto donde están en juego, sea que ésta provenga del derecho interno o que la fuente sea el derecho internacional de los derechos humanos, ello sustentado en el principio de retroalimentación de las dos fuentes de los derechos humanos, interna e internacional. En ese doble

¹ Bidart Campos, Germán. La interpretación de los derechos humanos, Ed. Ediar, 1994, pág.170 y sgtes.

origen hay que buscar la norma más favorable a la protección de los derechos humanos para su aplicación en el derecho interno.²

De conformidad con el art. 29 del Pacto San José de Costa Rica y el art. 5.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entre otros, que señalan pautas de interpretación, surge la obligación de aplicar la interpretación que no conlleve la aniquilación de normas internas por efectos de normas internacionales, ni de estas últimas por efecto de aquellas y obligan a preferir la que brinde el resultado más beneficioso.

Los derechos humanos acarrear obligaciones y responsabilidades para los Estados. Por un lado, obligaciones de hacer como adoptar las leyes internas o las medidas necesarias para promover el respeto y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en los Tratados. También impone obligaciones negativas o de omisión: abstenerse de cercenar, limitar o restringir dichos derechos. Ello nos indica que cuando el derecho interno no se condice con el tratado internacional de derechos humanos, el estado ha asumido la obligación y el deber de modificarlo y ajustarlo a las pautas contenidas en el tratado.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ONU-1969) establece en su art. 27 que ningún estado que se hace parte en un tratado puede dejar de cumplirlo invocando su derecho interno. Este es un punto sustancial, que hace a la estructura de la protección internacional de los derechos humanos. Precisamente los estados decidieron arbitrar mecanismos internacionales porque las violaciones de los derechos humanos por parte de los propios estados han sido y son una realidad que ha costado mucho dolor y atrocidades en la humanidad.

La Argentina ha reconocido estos instrumentos internacionales después de recuperada la democracia como señaláramos y nuestros tribunales construyeron una clara línea jurisprudencial tendiente a promover y respetar la obligatoriedad de aplicar las normas del derecho internacional de los derechos humanos y las sentencias y recomendaciones emanadas de las jurisdicciones supranacionales a las que expresamente adhirió. En numerosos precedentes ratificó esta postura, como en 1992 en el caso Ekmekdjian, Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo y otros.³

Este camino fue seguido hasta febrero de 2017, cuando la Corte Suprema por mayoría, limitó y condicionó el cumplimiento de una resolución de la Corte IDH que dispuso se deje sin efecto una condena civil impuesta contra dos periodistas, por entender que el Estado violó sus derechos humanos tutelados en los instrumentos internacionales. La Corte de nuestro país entendió que no correspondía dejar sin efecto su sentencia considerando que la Corte IDH no tenía atribuciones para decidir en tal sentido.⁴

El criterio mayoritario de la Corte en su actual composición, impuso en mi opinión, un serio retroceso en materia de tutela efectiva de los derechos humanos. El análisis de sus argumentaciones

² Bidart Campos Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo VI La reforma Constitucional de 1994, Ed. Ediar, 1995, pñág.566.

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación Fallo del 7.7.1992; caso Giroldi, Horacio David y otro de fecha 7.4.1995; caso Monges Analía c/UBA de fecha 26.12.1996 entre otros precedentes.

⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Resolución de fecha 14.2.2017 recaída en las actuaciones caratuladas "Ministerio de Relaciones y Culto s/informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D'Amico vs.Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

excede el marco de la presente ponencia, pero no puedo dejar de señalar que se avizoran impactos negativos en orden al acatamiento de nuestro máximo tribunal a las sentencias y doctrina de la Corte IDH en materia de respeto a los derechos humanos.

Tenemos que tener en cuenta que estos tratados de derechos humanos aportan una importante innovación: crean un sistema jurisdiccional con una Corte interamericana, así como una Comisión interamericana y un comité permanente con facultades de control, seguimiento y evaluación del cumplimiento de las obligaciones que asumen los estados partes.

Sus sentencias, recomendaciones y opiniones consultivas son instrumentos muy valiosos en orden a sensibilizar e impulsar cambios efectivos en la legislación y prácticas internas de los países. Cuanto más intensa es la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH más garantías y tutela se brinda a los derechos humanos al interior de cada Estado.

Los derechos humanos ofrecen una luz de esperanza en medio de terribles experiencias y amenazas de guerras de exterminio y atroces dictaduras. Son un avance innegable para la región y para la humanidad. Este reconocimiento se evidencia por el consenso expresado por las numerosas adhesiones de los más diversos estados a los tratados y a la jurisdicción internacional y ese dato objetivo alienta buenos pronósticos. Hoy ya nadie discute sobre la naturaleza de los derechos humanos, sobre su origen, su extensión, su carácter ; la discusión gira en torno a su protección. Al modo en cómo la comunidad internacional y los estados que forman parte de ella, se comprometen a asegurarlos en la práctica.

Como expuso Norberto Bobbio⁵, existe la convicción generalizada de que los derechos humanos son fines deseables pero eso solo no asegura su respeto: se declaran pero no se cumplen. Su realización se limita con diversos argumentos, como que son irrealizables o no son operativos. Por ello, el autor afirma que “El problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el de justificarlos como el de protegerlos”.

Estas reflexiones tienen hoy plena vigencia y señalan obstáculos que debemos enfrentar, especialmente cuando abordamos cuestiones vinculadas con los derechos de las mujeres donde la discriminación y la desigualdad tienen profundas raíces históricas. La realidad nos enfrenta con muchas declaraciones pero pocas acciones efectivas que avancen hacia una igualdad real.

2. LA IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

Algunos se preguntan por qué es necesario mencionar expresamente que los derechos de las mujeres también son parte de los derechos humanos, lo que parecería redundante ya que son sujetos de derecho en las mismas condiciones que los hombres. Así parece, pero no lo son. Sin duda, el lenguaje

⁵ Bobbio, Norberto. Sobre el fundamento de los derechos del hombre. Presente y futuro de los derechos del hombre en “El problema de la guerra y las vías de la paz”, Ed. Gedisa, 1981, pág.117 y sgtes.

tiene un valor simbólico y constituye una herramienta muy útil para visibilizar o invisibilizar situaciones muy concretas. En el caso de las mujeres, la ausencia de su mención no es neutra, sino que es un indicador de que aún permanece oculta. Su problemática particular en relación a la desigualdad y discriminación, principios que informan todo el ordenamiento de los ddhh, no se ha manifestado con claridad en el lenguaje ni en el contenido de los primeros tratados y ha quedado subsumida en las declaraciones generales.

Históricamente, esa generalidad ha ocultado profundas discriminaciones. En nuestro país, uno de los ejemplos más nítidos, lo ofrece la ley de voto universal de 1912⁶, que reconoció bajo esa denominación el voto secreto y obligatorio a todos los varones mayores de edad. No obstante esa denominación, el universo no era tal pues quedó excluida la mitad de la población. Recién a mediados del siglo XX muchos países reconocieron los derechos políticos a las mujeres. En la Argentina en 1947 se sanciona la primera ley de voto femenino⁷ y la mujer vota por primera vez en 1951.

Los derechos humanos se positivizaron en instrumentos nacionales e internacionales con un lenguaje y una perspectiva masculina, en contexto patriarcales, donde impera una cultura de sometimiento y dominación de las mujeres, equiparadas en el derecho a los niños e incapaces. Cuando comienza la gran transformación de los ddhh a mitad del siglo XX, las mujeres padecían la exclusión y la desigualdad en todas las ramas del derecho civil, penal, político y social.

Analiza muy bien Mónica Pinto que “En este contexto, entonces, no alcanza con el léxico generoso de la ley: “Toda persona tiene derecho a”, para superar la discriminación contra la mujer ya que en su aplicación se ha verificado inconducente. Esta afirmación no supone restarle valor a la norma jurídica – siempre importante para sustentar el reclamo– sino de constatar que es necesario cambiar la forma en que ese contenido normativo es leído (...) Tampoco pueden reflejarse en la formulación inicial de los derechos humanos porque las fórmulas de la universalidad empujan hacia otra visión y también otro lenguaje. Por ello, por años, las feministas han expresado disconformidad con el lenguaje neutral en cuanto a sexo de los instrumentos de derechos humanos, señalando que estas normas están basadas en las experiencias masculinas”.⁸

Las referencias a la mujer son extremadamente escasas en los documentos de derechos humanos. Así encontramos una sola mención a las mujeres en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo art. 16 habla de hombres y mujeres en relación con el matrimonio. Luego encontramos en 1952 la primera Convención que aborda en particular los derechos políticos de las mujeres (Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer), que contempla en tres artículos los derechos electorales activos

⁶ Ley Nº 8.871 denominada Ley Sáez Peña confirió en 1912 el voto con carácter universal –reservado a los varones– secreto y obligatorio.

⁷ Ley 13.010 sancionada en el año 1947.

⁸ Pinto, Mónica. Discriminación y Violencia en Rev. Pensar el Derecho- 2017

y pasivos y el derecho a ocupar cargos públicos a las mujeres en iguales condiciones que los hombres, sin discriminación.⁹ En 1958 se aprobó en Naciones Unidas la Convención sobre nacionalidad de la mujer casada.¹⁰ Años después, encontramos otra Convención relativa específicamente al consentimiento para celebrar matrimonio (Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios) que data de 1962.¹¹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) prohíbe en su art. 6 la aplicación de la pena de muerte a las mujeres embarazadas y esa es la única mención específica.

Recién en 1979 se aprueba en Naciones Unidas la primera convención integral sobre los derechos de la mujer, la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (conocida como CEDAW) que años después, ya con el gobierno democrático es aprobada por nuestro país.¹² Su texto incorpora referencias sistemáticas a las mujeres, pero no menciona género ni perspectiva de género, conceptos que fueron incorporándose para un análisis e interpretación integral del texto en todos los instrumentos de derechos humanos.

La CEDAW confiere un marco clave para el progreso de los derechos humanos de las mujeres. Pero para que este proceso evolucione se requiere la confluencia de varios factores, tal como analiza Medina¹³. Esta jueza de la Corte IDH destaca que un factor es la existencia de normas internacionales que confieran derechos a todas las personas sin discriminación, otro es la existencia de órganos facultados para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de respetar y garantizar estos derechos y el tercer factor tiene relación con el comportamiento de los titulares de esos derechos ya que son quienes los deben ejercer y demandar su cumplimiento. La Convención ha abierto un camino con un enorme potencial, que junto a los demás mecanismos de supervisión y a los litigios estratégicos, han dado impulso al fortalecimiento de los derechos humanos de las mujeres.

Para García Muñoz¹⁴ es la especificidad de las violaciones de derechos humanos que sufren las mujeres en función de su género, de los roles y estereotipos que la sociedad históricamente les ha atribuido, la que marca la necesidad de conferir un carácter también específico al reconocimiento y sobre todo, a la protección de sus derechos. La experta analiza que los derechos de las mujeres fueron

⁹ En 1960 por ley 15.786 la Convención fue aprobada por nuestro país.

¹⁰ Aprobada por Decreto Ley 7.672 en 1963.

¹¹ Aprobada por ley de facto 18.444 de 1969.

¹² Aprobada por ley 23.179 de 1985, luego incorporada en la Constitución Nacional en el art. 75 inc.22.

¹³ Medina Graciela, Los derechos humanos de las mujeres- IIDH- CECIL, 2004, pág. Xiii.

¹⁴ García Muñoz, Soledad. El Marco Teórico: la perspectiva de género y la protección internacional de los derechos humanos en "Los derechos humanos de las mujeres" IIDH-CEJIL, 2004, pág.83.

pensados como un particular del universal masculino y bajo una concepción de las mujeres como minoría. Durante mucho tiempo las mujeres se beneficiaron de algunos de derechos por extensión, por ejemplo al ser cónyuges de un ciudadano hombre pero no eran reconocidas como titulares del derecho.

El Código Civil que rigió las relaciones cotidianas de las mujeres desde fines del siglo XIX reflejó la situación de absoluta inferioridad de los derechos de la mujer con relación al varón. Las relaciones de familia se basaban en la autoridad del marido sobre su mujer y sus hijos. Tenía el ejercicio de la patria potestad en forma exclusiva, el derecho unilateral para la fijación del domicilio conyugal; el manejo discrecional de los bienes de su esposa; la obligación de fidelidad que ambos contraían con el matrimonio, era flexible para el marido y estricto para las mujeres y por consiguiente, tenía consecuencias muy diferentes según quien la infringiera: el adulterio era considerado un delito penal, pero la mujer lo cometía con una sola relación extramatrimonial en forma ocasional, en tanto que para el hombre se exigía que la relación fuera de carácter permanente.¹⁵

Este enfoque jurídico hacia la mujer era el reflejo de su situación social de inferioridad, producto de relaciones patriarcales donde la dominación del padre primero se transfería al marido después, aceptándose este orden de cosas como algo natural y cotidiano especialmente en las relaciones de familia. En la esfera pública la cuestión no era diferente, como ya señaláramos. El espacio público también giraba en torno al varón, lo que excluía directamente a la mujer de toda posibilidad de participación. No podía elegir ni ser elegida porque tampoco contaba con la calificación de ciudadana.

Ello provocó la exclusión histórica de las mujeres, la invisibilización de las diferencias, diversidad, especificidades y necesidades de esta población.

Por ello fue necesario que expresamente la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena de 1993, señalara que los derechos humanos de la mujer y la niña, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales, ya que la plena participación de la mujer en condiciones de igualdad en la vida política, económica, social y cultural y la erradicación de todas formas de discriminación basadas en el sexo, son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.

Ahora bien, volvemos al tema central que nos preocupa: la protección de los derechos humanos de las mujeres. Ampliamente reconocidos en la gran mayoría de los estados pero ampliamente desconocidos en la práctica de la mayoría de los estados.

¹⁵ Se ha discutido ampliamente la razón jurídica por la cual se consideraba de mayor importancia el adulterio femenino que el masculino, como lo demuestra el hecho de que para la mujer baste un solo acto cualquiera para que incurra en el delito, mientras que para el hombre se precisa una situación amancebamiento, o sea una continuidad en la relación sexual extramatrimonial (Ver Goldstein Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Ed. Astrea, 1993). El delito de adulterio previsto en el Código Penal ha sido derogado recién en 1995.

La igualdad y la no discriminación, vigas estructurales que soportan todo el entramado de derechos humanos, crujen ante una realidad que se resiste a implementar las acciones necesarias para impulsar los cambios de una cultura patriarcal, sostenedora de los criterios estereotipados de subordinación de las mujeres, que en todos los planos (económicos, políticos, sociales, culturales, jurídicos) arroja resultados negativos para las mujeres. Históricas diferencias salariales y de condiciones laborales; negación de derechos sexuales y reproductivos; criminalización de su autonomía reproductiva; explotación sexual y trata; violencia contra la mujer; exclusión en esferas de toma de decisiones; pobreza y marginación en los procesos productivos son sólo eslabones de una larga cadena de inequidades.

Los derechos humanos de las mujeres ponen en evidencia ideales y valores que hoy son reconocidos en la humanidad, pero no se puede ignorar que el análisis de los resultados pone de manifiesto la enorme brecha que separa el reconocimiento, de la protección efectiva que garantice el cumplimiento en cada uno de los estados.

La necesidad de abordar el problema de tutela y protección concreta de los derechos humanos de las mujeres, nos lleva a redoblar esfuerzos por sensibilizar a las autoridades responsables de todos los poderes y de todos los niveles, así como a la sociedad en su conjunto, sin cuyo compromiso y demanda, todo cambio deviene dificultoso. Pero el proceso es dialéctico: los derechos humanos ofrecen herramientas necesarias y valiosas para impulsar los cambios hacia una mayor igualdad real, y las demandas sociales por el ejercicio de más y mejores derechos plantean nuevas exigencias impulsando un proceso de avance virtuoso que debemos potenciar y responder con acciones concretas.

Deviene por ello fundamental para la formación y capacitación de abogadas/os, juezas/jueces el estudio pormenorizado de estos tratados, aprehenderlos y aplicarlos. Muchos aún no los han internalizado aún ni los aplican. Como veremos, este déficit trasciende el ámbito académico; es una exigencia básica para la correcta defensa y el juicio fundado. Defender y juzgar a la luz de los tratados de derechos humanos es clave para hacer efectivo el principio de igualdad, pero ello no es suficiente: es necesario defender y juzgar con perspectiva de género.

3. LA IMPORTANCIA DE DEFENDER Y JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

La perspectiva de género ofrece la posibilidad de analizar las normas y las prácticas desde otro ángulo y nos ofrece herramientas para correr el velo de la igualdad formal pudiendo ver lo que hay detrás, esa igualdad que llamamos real, muy diferente a la declamada. Nos conduce a interpretar la ley desde una visión dinámica que tiene en cuenta precisamente el carácter evolutivo de los derechos humanos y sus principios de progresividad pro homine tal como hemos analizado más arriba. Desde este análisis las normas constitucionales referidas a la igualdad adquieren otra dimensión. La igualdad formal, traducida en la expresión todos somos iguales ante la ley, ya no es suficiente. Señalan Gargarella y Alegre¹⁶ que “A nuestra Constitución antes de 1994, se le ha adjudicado una concepción modesta o formal de la igualdad, limitada a la protección contra acciones discriminatorias por parte del Estado. Esta no fue la interpretación unívoca ya que coexistía con lecturas más ambiciosas de la igualdad tutelada por la Constitución, según las cuales nuestra Carta Magna estaba comprometida con la igualdad en los terrenos

¹⁶ Gargarella, Roberto- Alegre, Marcelo, Coord. El Derecho a la igualdad, introducción, Ed. Lexis Nexis, 2007.

social y económico. Pero luego de la reforma de 1994, parece haber poco espacio para la noción modesta. La Constitución referida se alinea con una visión integralmente igualitaria que exige un orden jurídico y un estado más activo en la rectificación de desigualdades sustanciales y que establece como norte de los gobiernos el logro de oportunidades accesibles a todos en un pie de igualdad”.

El análisis desde una perspectiva de género nos conduce a verificar si en la práctica si se concreta el principio de efecto útil de los tratados, que se relaciona asimismo con el principio de buena fe, toda vez que se entiende que si un estado firmó un tratado, lo ha hecho con el propósito y compromiso de cumplirlo.

El principio de igualdad no puede ser entendido sólo como no discriminación, sino como comprensivo de la exigencia de no exclusión y no dominación. Siguiendo a Roberto Saba,¹⁷ afirmamos que la idea de igualdad como no discriminación responde al ideal básico de la igualdad de trato ante la ley y es lo menos que exigimos como trato igualitario. Sin embargo, sostiene el autor, esta idea de igualdad parece olvidar situaciones en que la desigualdad es consecuencia de situaciones de diferencias estructurales a las que se encuentran sometidos algunos grupos de nuestra sociedad. La primera idea ofrece protección frente al capricho y la irrazonabilidad, la otra se dirige a revertir prácticas sociales de exclusión y perpetuación de situaciones de inferioridad.

En este sentido, el art. 75 inc.23 de la constitución Nacional viene a reforzar este criterio, ya que constitucionalizó las acciones positivas como medidas tendientes a equiparar de hecho las desigualdades reales.

La perspectiva de género es un concepto que parte de la distinción entre sexo y género. Entendiendo por sexo a las características biológicas de los cuerpos mientras que género es el conjunto de características, actitudes y roles social, cultural e históricamente asignados a las personas en virtud de su sexo. Comprende por ello una dimensión cultural que debe ser analizada si queremos explicar y hacer visibles desigualdades que operan en las propias normas y en su interpretación y aplicación, arrojando un resultado discriminatorio que puede pasar inadvertido.

Hoy resulta irrazonable mantener parámetros normativos que no incluyan la dimensión de género que implica también la realización de un análisis consciente del impacto diferenciado de las normas sobre varones y mujeres. Las leyes no son neutras, generan asimetrías que pueden profundizar situaciones de desigualdad y discriminación en razón de género.

Para García Muñoz¹⁸ se trata de una perspectiva teórico-metodológica que se materializa en una forma de conocer o mirar la realidad y de intervenir o actuar en esa realidad. La perspectiva de género tiene las siguientes características:

- . Es inclusiva, permite observar cómo opera la discriminación;
- .Cuestiona el androcentrismo y el sexismo a la vez que propone acciones estratégicas para enfrentarlos;

¹⁷ Saba, Roberto, (Des)Igualdad Estructural, en “El Derecho a la Igualdad”, op.cit, pág.196.

¹⁸ García Muñoz, Soledad, Derechos Humanos de las Mujeres, IIDH-CEJIL, op.cit., pág. 77.

- .Permite hacer visibles las experiencias, intereses y necesidades de las mujeres;
- .Aporta herramientas para formular ejecutar y evaluar estrategias que lleven al empoderamiento de las mujeres.

La perspectiva de género es una categoría de análisis que:¹⁹

- . Permite visibilizar la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo, género o preferencia/orientación sexual;
- . Revela las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación;
- . Evidencia las relaciones de poder originadas en estas diferencias;
- . Se hace cargo de la vinculación que existe entre las cuestiones de género, la raza, la religión, la edad, las creencias políticas, etc.;
- . Pregunta por los impactos diferenciados de las leyes y políticas públicas basadas en estas asignaciones, diferencias y relaciones de poder y
- . Determina en qué casos un trato diferenciado es arbitrario y en qué casos necesario.

Juzgar con perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad. Responde a una obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación por todos los medios. Por consiguiente, debemos tener presente que ya no es posible ni defender ni juzgar sin perspectiva de género, si queremos respetar el contexto constitucional y convencional.

La perspectiva de género nos ayuda a comprender las relaciones entre la desigualdad y discriminación contra la mujer y la cosmovisión patriarcal, que como analiza la experta Alda Facio ²⁰ “Pone al hombre como centro del universo, margina e infravalora todo lo asociado con lo femenino y las mujeres y, en consecuencia, naturaliza, invisibiliza o trivializa la violencia de los hombres no sólo contra las mujeres, sino contra todos aquellos seres que no sean percibidos como esos ser supremo, que el modelo de lo humano según el paradigma patriarcal, es decir: el hombre adulto, blanco, heterosexual, sin discapacidades visibles, propietario y no migrante”. Asimismo analiza que “...fue la posibilidad de ver otra realidad con nuestros lentes de género la que nos permitió a las feministas ver y entender que no era natural e inmutable que el espacio de los hombres fuera la política y el de las mujeres lo doméstico, que no era natural e inmutable que los hombres fueran los jefes de familia y las mujeres las servidoras de ellos, que no era un mandato divino que las mujeres estuviéramos en este mundo solo para la reproducción humana, etcétera”. Compartimos con Facio que la “buena noticia” es que para ayudarnos a desconstruir ese mundo desigual podemos utilizar la CEDAW, en especial el art. 5, que exige al Estado la transformación de las costumbres y tradiciones que discriminan a las mujeres. El estado está obligado a eliminar los estereotipos que redundan en desigualdad y violencia contra las mujeres. No es sólo una

¹⁹ Suprema Corte de Justicia de México, Protocolo para juzgar con perspectiva de género, México, 2013.

²⁰ Facio, Alda. Un nuevo paradigma para eliminar la violencia contra las mujeres en Discriminación y Género, Ministerio Publico de la Defensa, 2010, págs. 32 y 37.

opción, es una obligación, y asumirla transforma –o debería transformar- el accionar de abogados/as y de la justicia en general.

Este Tratado que recordemos es el primer instrumento internacional dedicado de manera integral a los derechos de las mujeres, manifiesta en el art. 2 que los Estados condenan la discriminación contra la mujer y convienen en seguir una política encaminada a eliminar la discriminación, con el compromiso de:

.consagrar constitucional y legislativamente el principio de igualdad y asegurar su realización práctica.

.abstenerse de incurrir en prácticas o actos discriminatorios

.dictar las normas y adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación, incluyendo la modificación y derogación de las normas y prácticas que constituyan discriminación.

.establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer y garantizar la protección efectiva.

A su vez, la Convención Interamericana de Belém do Pará (para la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer) establece en su art. 7 que los Estados condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. Para ello se comprometen a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (inc.b) y a establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan entre otros, medidas de protección y un juicio oportuno (inc.f).

El concepto de debida diligencia, impone obligaciones concretas a los Estados en materia de violaciones a los derechos humanos de las mujeres víctimas de violencia por su deber de garante de los derechos humanos y por el deber de seguridad que debe garantizar a su población.

La Corte IDH en el caso conocido bajo el nombre de Campo Algodonero²¹ consideró que en los casos de violencia contra las mujeres, el art. 7b. de la Convención Interamericana impone obligaciones reforzadas al Estado en cuanto al deber de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres.

Para garantizar el principio de igualdad y no discriminación tenemos que defender y juzgar con perspectiva de género, por cuanto es el único mecanismo que hoy disponemos para deconstruir esquemas de desigualdad, combatir las relaciones asimétricas de poder y analizar críticamente la forma en que se ha interpretado y aplicado el derecho desde un paradigma centrado en el varón, adulto, heterosexual, blanco y sin discapacidades como hemos señalado.

El potencial que tenemos como operadores del derecho tanto en la defensa como en el juzgamiento y resolución de conflictos, para la transformación de la desigualdad formal, material y estructural, debe ser desarrollado a la luz de todos estos nuevos derechos y nuevas jurisdicciones internacionales. Quienes defienden y juzgan son agentes de cambio en el diseño y ejecución del proyecto

²¹ González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia de Corte IDH, 16.11.2009

de vida de las personas por ello deben capacitarse en el conocimiento y aplicación de los derechos humanos en toda su magnitud.

En este sentido, la CSJN inició un camino de capacitación de los integrantes del poder judicial en forma federal, a través de su Oficina de la Mujer. Bajo la conducción de la ministra Carmen Argibay se impulsó un protocolo de trabajo en talleres para una justicia con perspectiva de género que fue más allá del mero conocimiento de los tratados de derechos humanos y apuntó a detectar las múltiples situaciones en las que una mujer se encuentra en desventaja por su condición de tal. Argibay insistía en que ello requiere un esfuerzo intelectual para comprender una temática que no fue parte de nuestra formación y mayor agudeza de los sentidos para detectar los estereotipos culturales arraigados, que reproducen la asignación de roles de género.²²

Hacer efectivos los derechos de las mujeres implica desandar el camino para poder detectar las desigualdades estructurales que han llevado a naturalizar la jerarquía entre los sexos.

La Oficina de la Mujer (OM) en el marco del plan para incorporar la perspectiva de género en la justicia durante el año 2011, las y los replicadoras/es de cada una de las 50 jurisdicciones federales, nacionales y provinciales realizaron talleres para introducir la perspectiva de género para personal administrativo, funcionarios/as y magistradas/os.

La perspectiva de género provee herramientas a la teoría del derecho para entablar un diálogo que considere seriamente las transformaciones sociales que se ha suscitado durante las últimas décadas y para promover una igualdad sustantiva entre todos los ciudadanos. Invita a los juzgadores a incorporar en sus labores de argumentación jurídica un análisis de los posibles sesgos discriminatorios, que, de manera implícita o explícita, pueden estar contenido en la ley o en su aplicación.²³

Analizar un caso desde la perspectiva de género tiene un impacto diferenciador que puede conducir a rebatir argumentos discriminatorios antes naturalizados y a valorizar pruebas antes desdeñadas y a revelar las falencias que impregnan los procesos judiciales de todos los fueros, en particular en causas relacionadas con la violencia contra la mujer, que podemos enunciar en :

- 1 Tendencia a minimizar situaciones de violencia.
2. Falta de ponderación de los antecedentes de violencia de género que explican la actitud de la mujer golpeada.
3. Desconocimiento del ciclo de la violencia doméstica y las modalidades en que se ejerce (de manera continuada y múltiple).
4. Falta de análisis sobre las consecuencias de fuertes situaciones de sometimiento (aislamiento-dependencia económica-baja autoestima-relaciones de dominación) que limitan el ámbito de libertad y autodeterminación.

²² Argibay, Carmen. Presentación del Protocolo de capacitación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2012.

²³ C.S.J.N de México. Programa de Equidad de Género.

5. Tendencia a considerar que los hechos de violencia dentro del hogar o en el marco intrafamiliar, deben permanecer ajenos al ámbito penal y quedar en la intimidad.
6. Tendencia a no creer el relato de la mujer.
7. Exigibilidad de que la agresión sea actual y el peligro inmediato en casos de lesiones u homicidio, descartando la legítima defensa.
8. Exigencia de conductas heroicas, en particular, entender que la mujer debe soportar la violencia en umbrales mayores a cualquier otra situación de maltrato y no responder ni reaccionar con otra agresión.
9. Mito de que provocó la agresión del marido o pareja.
- 10 Mito sobre que la mujer pudo poner fin a la violencia con otros medios (por ejemplo irse de la casa)
- 11 Valoración sesgada de las pruebas por prejuicios de género que en algunos casos no se expresan en forma directa pero que se traducen en una exigencia de estándares superiores a los exigidos por el propio código penal.

Muchísimos casos de jurisprudencia exponen estas falencias²⁴, y pocos de ellos logran llegar a conocimiento público y a ser resueltos por tribunales superiores desde la perspectiva de los derechos humanos y género. Casos emblemáticos como el de Romina Tejerina de Jujuy, María Cecilia Leiva de Catamarca, Ovando de Misiones, Marita Verón de Tucumán, Belén de Tucumán, Ana María Acevedo de Santa Fe, Portal de Belén de Córdoba, Colegio Monserrat de Córdoba, L.P.N. de Chaco, F.A.L. de Chubut por citar sólo algunos litigios trascendentes resueltos en nuestro país, más las causas estratégicas debatidas en sistema de justicia interamericano como González y otras (Campo Algodonero) vs. México, María da Penha vs. Brasil, Artavía Murillo vs. Costa Rica, Atala Riffo y niñas vs. Chile, Fornerón e hija vs. Argentina, ofrecen un universo extraordinariamente rico para avanzar en la construcción de una sociedad más igualitaria a la que aspiramos.

Los derechos humanos de las mujeres y la perspectiva de género para defenderlos, conforman un entramado inescindible que sostiene un camino en construcción cuya expansión aspiramos que no se detenga.

María Elena Barbagelata

Colegio de Abogados de Mercedes

Octubre 9 de 2017

²⁴ Véase la investigación del Ministerio Público de la Defensa, en Discriminación de Género en las decisiones Judiciales, 2010.

ANEXO ANALISIS DE CASOS JURISPRUDENCIALES CON PERSPECTIVA DE GENERO

1. GONZALEZ Y OTROS (Campo Algodonero) vs. México:

La Corte indicó que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente” y que “es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente 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”.

Las resoluciones y sentencias con p de g forman parte de una estrategia que combate la impunidad, la discriminación y la desigualdad y envían un mensaje de que las violaciones a los ddhh se previenen, reconocen y reparan. De esta manera el quehacer jurisdiccional asume un papel activo en las transformaciones necesarias para la consecución de una sociedad en donde todas las personas estén en condiciones de diseñar y ejecutar un proyecto de vida .

La argumentación con p de g deriva en resol y sent que generan confianza en la judicatura y evitan la posibilidad de que el asunto sea impugnado a nivel nacional o genere resp estatal a nivel internacional. Además se establecen precedentes en materia de igualdad de género de suma importancia.

Resulta pertinente preguntarse: qué aportes tiene esta demanda en relación

A la igualdad de género .

Se ajusta a los estándares constitucionales y convencionales?

Redunda en un avance en la lucha contra la disc basada en el gen, el sexo o la orientación sexual?

Allí radica la importancia de cómo se llaga al resultado final de una demanda, un recurso o una sentencia, de hacer evidente el proceso de argumentación con p de gen y de tomar la responsabilidad de generar precedentes.