

Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 5, julio-diciembre, 2022, 135-175

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i5.658

Ese largo camino hacia la igualdad: juzgando con perspectiva de género

That long road to equality: judging from a gender perspective

ANALÍA INÉS DURAND DE CASSÍS

Poder Judicial de la Provincia de Corrientes
(Corrientes, Argentina)

Contacto: analiadurand@juscorrientes.gov.ar
<https://orcid.org/0000-0002-0926-8391>

RESUMEN

El propósito de este trabajo es desarrollar algunas ideas sobre el estado de situación de la aplicación de la teoría de la perspectiva de género en la resolución de los casos en los tribunales de justicia de la provincia de Corrientes, Argentina. Para ello, es imprescindible desplegar el marco teórico bajo el cual se realizará este análisis, que incluye el tema de la igualdad, así como la mirada constitucional en relación con las desigualdades estructurales de los grupos sociales, lo que llevará a advertir las desigualdades económicas en las formas de organización humana. Luego se interpretará qué se entiende por feminismo, para llegar al tópico de lo que es juzgar con perspectiva de género. Se finaliza con la exposición del caso Tamara, un caso paradigmático de femicidio,

resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, máximo tribunal de dicha provincia de la Argentina.

Palabras clave: igualdad; desigualdad; perspectiva de género; Corrientes; femicidio.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to develop some ideas on the state of the situation of the application of the gender perspective theory in the resolution of cases in the courts of justice of the province of Corrientes, Argentina. For this purpose, it is essential to deploy the theoretical framework under which this analysis will be made, which includes the issue of equality, as well as the constitutional view in relation to structural inequalities of social groups, which will lead to notice economic inequalities in the forms of human organization. Then, we will interpret what is understood by feminism, to reach the topic of what is judging from a gender perspective. This article ends with the presentation of the Tamara case, a paradigmatic case of femicide, resolved by the *Superior Tribunal de Justicia de Corrientes* [Court of Appeals in and for Corrientes], the highest court of said Argentinian province.

Keywords: equality; inequality; gender perspective; Corrientes; femicide.

Recibido: 19/09/2022 Aceptado: 15/11/2022

1. IGUALDAD

El punto de partida de esta investigación inicia con la siguiente premisa: la igualdad es un mandato constitucional. Se halla consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional Argentina (en adelante, CN), en su primera parte, capítulo 1, que contiene las declaraciones, los derechos y las garantías:

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y las cargas públicas.

Es decir, hay un fuerte compromiso con el principio de igualdad ante la ley, el mismo que ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia desde diversas perspectivas: filosófica, política, constitucional, convencional, civil, penal, laboral, etc., dado que se refleja en otras disposiciones de la Carta Magna, como el artículo 75, inciso 23, denominada la cláusula del progreso.

Por lo tanto, es relevante dejar establecido el criterio con el cual dicho principio será interpretado, pues constituye un prerequisite para el tratamiento del tema central, que es el juzgamiento con perspectiva de género. A su vez, también es necesario indagar, en primer lugar —aunque muy brevemente—, en el igualitarismo visto como teoría filosófica moral y política, que trata de una sociedad de iguales; y destacar algunas características que comparten las diversas versiones.

Así, primero tenemos que se asemejan en la creencia de la igualdad moral básica de las personas. La segunda concordancia es que se requiere una igualdad en las oportunidades, los recursos, las ventajas y los costos que las instituciones sociales asignan a los individuos, es decir, iguales posibilidades de acceso a las ventajas de la vida en comunidad.

La igualdad moral que privilegia la libertad encuentra su razón de ser en otro valor, que es la autonomía personal, entendida como la posibilidad del individuo de actuar conforme con sus ideales y planes de vida, para lo cual necesita una igualdad de recursos, vista como un reaseguro de la autonomía. Por otro lado, en referencia a la igualdad de recursos y las estrategias que se proponen para su logro, se han formulado objeciones al igualitarismo, en sus diversas manifestaciones, que básicamente se resumen en tres: el igualitarismo implica aceptar nivelar para abajo; nivelar para abajo es incorrecto moralmente; por lo tanto, debe ser abandonada dicha teoría.

Estas críticas han sido refutadas por autores de peso. Se destaca el planteamiento de Marcelo Alegre, quien sostiene que hay que rechazarlas, en particular a la segunda objeción. En su ensayo que titula y concluye con el mismo interrogante, «¿Quién le teme a la igualdad?», desarrolla su pensar respecto de las variadas objeciones formuladas a la teoría. Nos detendremos en aquella que cuestiona la nivelación para abajo que se le atribuye (Alegre, 2007a, p. 66). El autor no exige ni acepta nivelar para abajo. Para defender esta posición, distingue en primer término entre casos de análisis, puros e impuros; asimismo, brinda una explicación de las razones, erradas, que tienen los críticos para catalogar a los casos o las decisiones en el ámbito del igualitarismo, con la falla de propender a la nivelación para abajo (p. 68).

Respecto de los casos impuros, para que sean tales genuinamente y, por lo tanto, generen un problema moral, no deben producir efectos positivos de ningún tipo en sus diferentes dimensiones (mejor o peor situación). Los casos puros de nivelación para abajo se identifican porque los que están mejor pasan a ocupar la misma posición de aquellos que están peor, sin ninguna mejora en la situación de estos. Esta última reflexión no es solamente teórica, y debe ser utilizada en el diseño de las políticas igualitarias, pues variados cursos de acción

igualitarios implican nivelar en alguna dimensión con el fin de mejorar la situación de los que están peor, o del conjunto, en otra dimensión.

Es decir, la idea de que está mal perjudicar a alguien, sin que medie beneficio alguno para nadie, es un principio general que debe gobernar nuestras acciones y las del Estado. Puede haber razones plausibles para que ese principio ceda. Por lo tanto, privar a algunos de ciertos beneficios sin razón es incompatible en una sociedad de iguales. Lo que sucede en la práctica es que, en las luchas por la igualdad, principalmente en el aspecto económico, muchas veces todos terminan peor. Así, «en estos casos la nivelación para abajo no debe ser cargada a la cuenta del igualitarismo, sino de quienes se resisten al avance de la igualdad» (Alegre, 2007a, p. 75).

Otro aspecto que analiza Alegre para sostener su visión igualitarista es el vínculo y la compatibilidad entre dos grandes valores como son la igualdad y la libertad, a las cuales la variada doctrina observa en constante tensión. En esta propuesta, la libertad no es vista como una opción o una licencia sino como un haz de derechos civiles y políticos reconocidos y protegidos por las democracias constitucionales, es decir, un presupuesto esencial de esta. En este punto, es necesario preguntarse sobre la relación entre el igualitarismo y la democracia constitucional. Una de las motivaciones más potentes de los igualitaristas es mejorar las relaciones sociales para ir eliminando las situaciones opresivas o de explotación. Por lo tanto, la creencia en la libertad es fuerte. Y esta tiene su sustento en el valor de la autonomía, a la cual se ha hecho referencia como uno de los pilares de la igualdad.

Cuando nos referimos a nuestra autonomía, lo hacemos en relación con el modo en que estamos vinculados con otros. Entonces la mejora y la protección del espacio de libertad de elección individual es la clave de la bóveda del igualitarismo (Alegre, 2007a, p. 76). Por lo tanto, la objeción de que el igualitarismo traería como consecuencia la necesidad

de implementar un enorme aparato para planificar cada detalle de la vida de las personas —y ello trasladado a la visión de Estado— sería la generación de una gran burocracia, un Estado omnipresente, que no es aceptable, y que se da de bruces con la visión igualitarista, pues ello significaría dar una cantidad de poder en manos de algunos. Se toman ejemplos de la vida contemporánea, como la caída del muro de Berlín, vista como el triunfo de ambos valores, la libertad y la igualdad.

Así, no debe perderse de vista que el igualitarismo no tiene como propósito crear una sociedad uniforme, en donde todos usen, por ejemplo, la misma ropa y lean los mismos libros. No condena la diversidad sino que trata de brindar fundamentos más sólidos al dar a cada uno y a todos oportunidades y recursos para disfrutar de la posibilidad de vivir vidas diversas (Alegre, 2007a, p. 88). Finalmente, el autor sostiene que quienes temen al igualitarismo lo confunden con las construcciones realizadas por sus adversarios. Ahora cabe preguntarse cómo funcionan y cómo operan estas ideas en el plano institucional.

Se advierte una fuerte corriente de constitucionalización de los derechos sociales que se produjo en Argentina con la reforma constitucional de 1994. Posteriormente, en el plano legislativo, la reforma en 2015 unificó el Código Civil y el Código de Comercio en el Código Civil y Comercial de la Nación, con una amplia nota denominada de constitucionalización del derecho privado (Dalla, 2016, p. 35). Con relación a la exigibilidad judicial de tales derechos, si bien hoy la mayoría de los tribunales son receptores de peticiones para hacer efectivos los derechos sociales que se consideran no reconocidos, o que requieran de una ampliación de su efectividad, no puede dejar de hacerse referencia a la postura que tiene el igualitarismo en la temática.

Esta postura interpreta que los jueces carecen de suficiente legitimidad en su designación, pues no son elegidos directamente por la ciudadanía. El Poder Judicial es un poder del Estado contramayoritario,

situación que le autorizaría únicamente a intervenir en aquellos casos en los que no se respeta el mínimo social, ya fuere prohibiendo que se viole el mismo o que se adopten medidas para su satisfacción. Esto dado que es obligación de todos los poderes del Estado respetarlo, teniendo en cuenta que el ideal pretendido es mucho más ambicioso (Alegre, 2007b, p. 150).

En cuanto al ideal igualitario y la proyección de un programa amplio para su implementación,

el papel principal le corresponde a los órganos políticos, que reflejan más adecuadamente las preferencias colectivas y que, respecto de la protección de los derechos socioeconómicos mínimos, también los jueces tienen la potestad y el deber de forzar que sean debidamente atendidos (Alegre, 2007b, pp. 156-157).

Por lo tanto, entre otras conclusiones, arguye que el activismo judicial no es una amenaza para la legitimidad democrática. Entonces, se puede decir que el igualitarismo conserva su lozanía como teoría política y encuentra —o debería encontrar— el ámbito natural para su desarrollo en las democracias constitucionales. Desde esta atalaya seguiremos transitando el camino del igualitarismo para arribar al plano normativo en el sistema jurídico argentino, en particular en el constitucional y el convencional.

2. LA MIRADA CONSTITUCIONAL

Desgranadas algunas ideas sobre la igualdad como teoría filosófica política, volvemos al principio consagrado expresamente en el artículo 16 de la CN, para hacer referencia, más que a sus orígenes históricos —que justifican el tenor de su redacción—, al estado de situación en la actualidad.

No se puede dejar de mencionar a un pensador de las ideas de mayo de 1810, Mariano Moreno, quien redactó un proyecto de decreto que luego sancionó la Primera Junta, uno de cuyos párrafos decía así:

La libertad de los pueblos no consiste en palabras, ni debe existir en los papeles solamente. Cualquier déspota puede obligar a sus esclavos a que canten himnos de libertad, y este canto maquinal es muy compatible con las cadenas y opresión de los que lo entonan. Si deseamos que los pueblos sean libres, observemos religiosamente el sagrado dogma de la igualdad (citado por Saba, 2007, p. 162).

Ya en aquella época la igualdad era entendida como contraria a la opresión, el sometimiento y la exclusión. Es decir, la libertad era una condición esencial para la autonomía personal y, por lo tanto, para que el ciudadano proyecte su plan de vida.

Este ideal igualitario ha trascendido en su interpretación la tesis liberal, individualista, que se sustenta en el principio de la igualdad de trato en igualdad de circunstancias. Esta ya no es suficiente, pues deja de lado la consideración de situaciones de grupos sistemáticamente excluidos no solo por una situación de hecho sino por situaciones sociales, prácticas y prejuiciosas (Saba, 2007, p. 166).

La idea de igualdad que propone Saba, a la cual nos hemos adherido en numerosas decisiones judiciales, se relaciona con la mirada estructural que permite la incorporación de datos sociohistóricos para que no solo considere la actividad regulada legalmente en función de la categoría escogida —como único dato relevante—, sino que sitúe a la persona involucrada en la realidad de su grupo, o categoría, valga la redundancia. Esta es una visión sociológica que no echa a perder su individualidad a la persona, sino que contribuye a crearla, y es un dato importante a tener en cuenta para no secundar a que se mantengan en el tiempo las desigualdades.

Es necesario realizar un doble juicio. Primero se debe establecer cuál es el fin que persigue la norma; el segundo permite encontrar la relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el criterio escogido por la norma y el fin buscado, teniendo en cuenta la mirada sociológica a la que se ha hecho referencia. Debe haber proporcionalidad o razonabilidad entre fines y medios, lo que requiere de un análisis estricto, de modo que permita concluir que no nos damos por satisfechos con la neutralidad o la «no discriminación», sino que debe aspirarse a lograr el no sometimiento o la exclusión del grupo al que pertenece la persona involucrada.

Cada situación requiere indagar si el criterio utilizado por el legislador no contribuye a perpetuar la situación de inferioridad a la que pertenece el grupo que integra la persona afectada. Esto porque ha habido una evolución en la interpretación del contenido y de los alcances del principio de igualdad. Pese a ello, se sigue advirtiendo el crecimiento de la brecha entre aquellos que tienen sus necesidades básicas satisfechas y aquellos que no. Es decir, sigue en aumento la pobreza, lo que nos lleva una vez más a indagar en sus causas, y a replantear las concepciones y, por derivación, las políticas públicas que se adopten al respecto. La igualdad, vista como la concreta posibilidad de acceso a un bien esencial para la vida digna de una persona, se aleja cuando tenemos una desigualdad estructural, que es aquella en donde la persona se encuentra en un estado de escasez y vulnerabilidad, que a veces proviene de generaciones anteriores (su entorno familiar) y no le permite tener llegada a esos bienes esenciales, llámese salud, educación, vivienda o trabajo. En estos casos se requiere del Estado nacional o provincial, conductas activas, y acciones afirmativas, positivas y tendientes a ir eliminando esas desigualdades y asimetrías estructurales.

Por lo tanto, cabe concluir que no hay una contraposición irremediable entre ambas miradas constitucionales de la igualdad, sino

que la mirada vista como no sometimiento complementa a la de no discriminación, la integra, y permite extraer del principio su máximo rendimiento, para contemplar la situación de los grupos desaventajados (Saba, 2016, p. 31). Esta doble mirada, que requiere la interpretación que se auspicia, encuentra su respaldo constitucional en la reforma de la CN de 1994, que incorporó en el artículo 75, referido a las atribuciones del Congreso, en su inciso 23, la posibilidad del Estado de adoptar acciones afirmativas y 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 internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Como se podrá advertir, vamos transitando el camino de la igualdad real, ya en el plano normativo. No obstante, antes de continuar en él —para llegar al análisis del estado de situación en el quehacer de juzgar con perspectiva de género—, no podemos dejar de desentendernos en el tema de la «desigualdad económica», que es la otra cara de la moneda.

3. LAS DESIGUALDADES

Es un tema central de la interpretación que se propone, para analizar el principio de igualdad (real) y su posible vulneración, tener en cuenta como dato de análisis las desigualdades estructurales o sistemáticas de los grupos, identificados en nuestra Carta Magna (niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad). Todas esas categorías que fueron identificadas en la carta constitucional como grupos desaventajados en algún aspecto, pues requieren de acciones positivas del Estado para neutralizar su situación, tienen múltiples causas y prácticas sociales y decisiones institucionales que las han colocado en esa

situación; sin embargo, comparten una en común, que es la desigualdad económica.

Nos detendremos brevemente en una mirada económica del concepto de desigualdad que refiere a las diferencias entre personas o grupos en el ingreso, la riqueza y el acceso a oportunidades económicas. Las brechas se observan en el ingreso y en la riqueza, pero también en el acceso a la educación, vivienda, salud y empleo; y se extiende a cada rincón de la vida cotidiana. Ello se manifiesta en diferentes actividades, como tener menos tiempo para pasar con los hijos, participar en la vida política, entre otros aspectos (Gasparini, 2022, pp. 23-24).

La desigualdad económica es una característica distintiva de las formas de organización humana. Figura entre las principales preocupaciones de la opinión pública a nivel mundial. Diferente es el concepto de la pobreza; si bien esta es tratada o utilizada de modo indistinto con el término «desigualdad», son concepciones distintas. La pobreza siempre ha existido, desde las sociedades más antiguas; sin embargo, el desarrollo industrial primero y luego el tecnológico acortaron las brechas. Esta situación se da de modo diferente con la desigualdad.

Son conceptos distintos, pues la desigualdad implica comparar una variable entre personas o grupos, por ejemplo, el ingreso; mientras que la pobreza refiere a una comparación respecto de un umbral o valor fijo, por ejemplo, la línea de pobreza. Hoy la pobreza es reconocida como un mal social a nivel universal. Tal es así que, en los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) de las Naciones Unidas, la meta 1 es poner fin a la pobreza en el mundo y la meta 2 es el hambre cero. La necesidad de bajar la pobreza es innegable e indiscutible.

El argumento de la desigualdad como un mal social es mucho más controvertido y discutido. Hay una dificultad conceptual, pues implica reflexionar sobre la necesidad de hacer políticas redistributivas, su profundización y qué rol tiene el Estado en su diseño, cuestiones centrales

de la política y la economía (Gasparini, 2022, p. 25). Sin embargo, no podemos dejar de tener presente que la desigualdad económica a la que se hace referencia genera efectos nocivos sobre diversos aspectos de la vida de una comunidad. Afecta a la cohesión social, la seguridad, la estabilidad y el crecimiento. En cuanto al crecimiento económico, propicia el desarrollo de sociedades que pueden ser instituciones más inclusivas que extractivas. Se entiende por las segundas aquellas que se diseñan para extraer rentas y riquezas del resto de la sociedad, para, a su vez, beneficiar a un grupo o una élite.

En cuanto a la igualdad de oportunidades, vista por un economista como es Gasparini, no desde la filosofía política ni el derecho constitucional, tampoco resulta acertado comparar solamente los resultados económicos, sino que hay que considerar las circunstancias en que estos se generan y es aquí que entramos a referirnos a la igualdad de oportunidades. En este aspecto, el autor desarrolla una línea argumental que es relevante destacar, pues tiene una coincidencia básica con la mirada filosófica de autores como Alegre, y la constitucional, como la de Saba. Para esto, Gasparini toma dos conceptos: desigualdad e inequidad. Desigualdad es un término descriptivo —sostiene—, mientras que la inequidad es un concepto normativo, es decir, implica un compromiso ético. Brinda el ejemplo de los ingresos. En el primer supuesto, la comparación no debe acarrear ningún juicio de valor. Este sería el supuesto en las sociedades modernas, en donde el mayor ingreso se justifica por el esfuerzo o talento; sin embargo, si proviene de una marcada desigualdad de oportunidades, o situaciones de discriminación o corrupción, produce otra preocupación, pues la situación se considera injusta y devendría inaceptable (Gasparini, 2022, p. 32).

Hay igualdad de oportunidades cuando todas las personas enfrentan las mismas opciones de elección. Entonces las diferencias estarían dadas por el esfuerzo, el talento y las elecciones. Estas, como se ha

dicho, son desigualdades aceptables. No obstante, en el mundo real son otras las causas acuciantes de las desigualdades. Son las producidas por las diferencias en las oportunidades, que algunos investigadores llaman circunstancias. En realidad, son un conjunto de factores que escapan al control del afectado, como su género, edad, etnia, discapacidad, herencias recibidas y lugar de residencia. Estos factores inicialmente determinarán el acceso a la educación, un elemento esencial para la formación de la persona.

En este aspecto se advierte una coincidencia con Saba cuando habla de las desigualdades estructurales, y del principio interpretativo de no sometimiento, para analizar la igualdad. Como se advertirá, la temática es amplia y compleja, e involucra valores y principios en una sociedad y un momento dados. Es un área de enorme relevancia para las ciencias sociales. Se agrega el derecho, la ética y también la política, que involucra la investigación objetiva, los juicios de valor y las ideologías (Gasparini, 2022, p. 40). Para concluir con los aportes sobre esta temática, no debe dejar de tenerse presente que en América Latina se dan, luego de algunos países de África, las mayores desigualdades.

4. EL FEMINISMO

Continuando con el recorrido del camino que nos hemos propuesto del igualitarismo, para arribar a buen puerto, que es juzgar con perspectiva de género, no podemos dejar de deslizar unas ideas sobre el feminismo, la antesala de la perspectiva de género.

En las sociedades modernas, el derecho cumple un rol de modelador social. Sobre el discurso que con él se construye se asientan las bases de las comunidades actuales: la organización del poder, el control social y el sistema de legitimidades. En este contexto, el feminismo aportó la mirada de cómo el control social se desarrolla en el marco de

las relaciones sociales entre los géneros. Tras el principio de neutralidad se regulan los conflictos intragenéricos e intergenéricos. Estos no son advertibles a simple vista, pues se esconden bajo el ropaje de la neutralidad (Rodríguez, 2007, p. 272).

Una de las voces adelantada a su época para hablar de las desigualdades y las diferencias, precursora del feminismo, fue Simone de Beauvoir, cuando en 1949 escribió *El segundo sexo*. Este es un libro talismán, según María Moreno, que fue la autora del prólogo realizado en 1999, ya en su quinta edición. Beauvoir (2021) se pregunta ¿qué es una mujer?; y a partir de allí desgrana su particular visión de la posición de la mujer en la sociedad: «Si quiero definirme antes que nada debo declarar que soy una mujer. Esta verdad constituye el fondo del cual se extraerán todas las demás afirmaciones». La relación de los dos sexos no es la de las dos electricidades o la de los dos polos. El hombre es el positivo y el neutro, y la mujer aparece como el negativo. Las mujeres no se sitúan auténticamente como sujeto. Viven dispersas entre los hombres, atadas por el medio ambiente a ciertos hombres (padres y esposos) (p. 19).

La autora francesa recorre todo un camino crítico describiendo cómo percibe a la mujer en su época. Sostiene que las actitudes de ellas que se denuncian son las dictadas por su situación. El «eterno femenino» es el conjunto de su condicionamiento económico, social e histórico. Las mujeres están integradas en la colectividad regida por los varones y en la cual ocupan una posición subordinada (p. 587). La propia mujer reconoce que el universo, en su conjunto, es masculino. Concluye sosteniendo que para la mujer no hay otro camino que luchar por su liberación, y que esta solo puede ser colectiva; y exige, ante todo, que concluya la evolución económica de la condición femenina (p. 616). Finalmente, plantea que

al hombre corresponde hacer triunfar el reino de la libertad en el seno del mundo establecido; para alcanzar esa suprema victoria es necesario, entre otras cosas, que, por encima de sus diferencias naturales, hombres y mujeres afirmen sin inequívocos su fraternidad.

Hasta la actualidad, el feminismo transita diferentes caminos en lo social, lo político y el derecho. Podemos señalar, a modo de ejemplo, en el ámbito del derecho, tres corrientes: el feminismo liberal, el feminismo cultural y el feminismo crítico. Puga (2008), quien sigue la corriente crítica, desarrolla alguno de sus caracteres relevantes a partir de un interrogante que se formula: ¿le sirve el derecho a las mujeres en sus luchas? Y concluye que sí, las reformas legales modernas han servido, pero no son suficientes.

No es un objetivo de este trabajo explayarnos sobre el aspecto de la lucha por las reivindicaciones de los derechos de las mujeres. Solo se quiso hacer referencia a una autora icónica en el tema, de alguna manera precursora en el siglo xx de la idea de la igualdad entre los géneros, y a algunas de sus manifestaciones más relevantes en el derecho.

5. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

El retorno de la democracia en Argentina, en la década de los ochenta, ha permitido la internalización de los derechos humanos. Existe toda una corriente interpretativa que explica en qué consiste la internalización del derecho internacional, en particular los derechos internacionales de los derechos humanos (DIDH). Es un procedimiento de interacción, interpretación e internalización a través del accionar de los poderes del Estado, que sucede cuando la norma internacional es incorporada al derecho local (Bergallo, 2008, p. 567).

En Argentina se ha producido este proceso, que puede ser analizado, en trazo grueso, en una etapa legislativa, para luego arribar a

la etapa de constitucionalización, con la reforma constitucional de 1994. En relación con la igualdad de género, un momento importante se produjo cuando, luego de la primera semana de asunción del nuevo gobierno, un grupo de representantes de varias organizaciones de mujeres presentaron ante la Cámara de Diputados un proyecto de propuestas con siete puntos, siendo uno de los primeros el pedido de ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). Otro dato a destacar es que por primera vez se celebró en el país el Día Internacional de la Mujer en marzo de 1984. En los años siguientes fueron ratificados por ley varios tratados de derechos humanos, generándose un amplio debate sobre sus alcances y su obligatoriedad, cuando sus normas no concordaban con las locales.

Más allá de los logros legislativos y la consagración constitucional en 1994, en cuanto al estudio de los efectos reales que han producido los DIDH en el desarrollo del discurso del derecho de las mujeres, la opinión ha sido diversa, aunque sobresale la crítica, pues se ha dicho que prevaleció una cosmovisión masculina en ese período (Bergallo, 2008, p. 572). Un ejemplo específico ha sido la integración de mujeres en la composición de los órganos de monitoreo de los derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas. En el primer informe al respecto (1998), se advierte la ausencia de mujeres. Ello se ha ido renovando con el transcurso del tiempo, en particular con el cambio de centuria, como se muestra en la Observación General n.º 28/00, del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Estos datos fueron extraídos de un estudio realizado por Paola Bergallo, publicado en el 2008; es decir, la autora analiza un período que se extiende desde el resurgimiento de la democracia en 1983 hasta 2007.

Aquí hacemos una pausa en el análisis de la situación en general, pues ya ha quedado señalado un hito importante que fue la incorporación a la CN de un bloque de tratados de DIDH, señalados en el artículo 75, inciso 22, los cuales «en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos». Entre estos tratados internacionales, se encuentra la CEDAW.

6. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO DENTRO DEL SISTEMA JUDICIAL ARGENTINO

El objetivo final o principal de este aporte ha sido contar cómo trabajamos con perspectiva de género en el poder judicial correntino, así como dar cuenta de cuánto camino hemos recorrido desde marzo de 2011 hasta la fecha, y cuánto nos falta recorrer, pues estamos ante una visión del derecho en constante construcción y expansión, como todos los derechos humanos, los derechos *pro homine*.

En 2011, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN), se presentó el programa Una Justicia con Perspectiva de Género, liderado por la ministra del Tribunal, la Dra. Carmen Argibay, y se creó la Oficina de la Mujer (OM) y la Oficina de Violencia Doméstica (OVD), esta última conducida por la ministra Elena Highton de Nolasco. En esa etapa inicial, la OM tenía objetivos determinados, propuestas de difusión y aprendizaje, tanto para el tratamiento de los casos como para el diseño de las políticas judiciales, puertas adentro de los poderes judiciales, provinciales y el federal. Por su parte, la OVD era de atención al público y estuvo enfocada en un tema específico, la violencia doméstica.

El programa se organizaba con representantes de todas las provincias y consistía en una capacitación intensiva para que luego cada grupo las replicara en sus provincias. El contenido era una parte teórica, con expertos en el tema, como Diana Maffia, Roberto Saba y Dora Barrancos, y una parte práctica, con un sistema de talleres, en el cual se debían extraer conclusiones (aportes para el cambio). Fue una experiencia novedosa en la región, pues en 2010 se había creado ONU Mujeres, tal es así que su reedición contó con observadores y observadoras de dicho organismo.

La propuesta tenía por finalidad instalar en el sistema judicial argentino la temática en cuestión, de manera consistente: iniciar el camino del cambio de paradigma, pasando de la igualdad formal a la igualdad real entre hombres y mujeres, es decir, la igualdad de género. Había que derribar barreras culturales, sociales y económicas. Ya se hablaba del «empoderamiento» de las mujeres, terminología de origen inglés, que en concreto significa «ganar poder, espacios» e «ir hacia adelante, avanzar». Ya se decía en aquel tiempo que se quería «fortalecer a la mujer en su posición social, económica y política». Se contaba con la plataforma jurídica esencial: la CEDAW y la Convención Belém do Pará, el reconocimiento constitucional (artículo 75, incisos 22 y 23) y la Ley n.º 26485, Ley de Protección Integral a las Mujeres.

La planificación preveía dos vertientes: hacia los casos a resolver y hacia las relaciones laborales internas de los poderes judiciales. También a la sociedad y a los otros poderes del Estado les quedaba cumplir su rol: desarrollar acciones positivas a efectos de lograr el mayor acercamiento posible a los grandes contenidos de los derechos que dignifican a las mujeres y los hombres.

Luego de realizar la capacitación en la OM, en representación del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes (en adelante, STJC), como referente, se organizó la implementación del programa en dos etapas.

En la primera se efectuaron los talleres de replicadores y replicadoras, invitando a un grupo de juezas y jueces, y funcionarios de toda la provincia, para trabajar y conducir los talleres en todas las circunscripciones de la provincia. La segunda etapa consistió en que dichos replicadores difundieran, través de los talleres, el programa a lo largo y ancho de las cinco zonas judiciales que componen la organización del Poder Judicial correntino.

La lectura de esta década debe ser positiva, pese a que se visibilizaron temas duros y crudos como los femicidios. Ello ha permitido alcanzar la reforma de la ley penal en ese aspecto en el 2012. El femicidio fue incorporado al Código Penal como homicidio agravado, en razón del género. El primer rastreo que se hizo —como no se registraba de modo autónomo— fue una verdadera pesquisa. Así fue que se indagó en los casos que comenzaron con exposiciones, denuncias por lesiones leves y cuestiones de familia, que finalmente terminaban en femicidio.

En la actualidad, la OM continúa cumpliendo un relevante papel aglutinador, pues lleva varios registros, como el mapa de género del Poder Judicial Argentino y de la región; el registro de femicidios; el registro de trata de personas; el registro de jurisprudencia con perspectiva de género; la guía interactiva de los estándares de la ONU, relativos a los ODS, continuando con las capacitaciones; entre otros temas.

7. LA IGUALDAD COMO MANDATO CONSTITUCIONAL

Este es el título que la constitucionalista María Angélica Gelli le dio a una disertación que realizó en unas jornadas organizadas por la Asociación de Mujeres Juezas (AMJA) el 13 de agosto de 2020. La misma ha motivado a repensar sobre algunos aspectos de la perspectiva de género a partir de la sanción de la denominada ley Micaela, Ley n.º

27499, de 2018, la cual consagra un mandato dirigido a los tres poderes del Estado para la capacitación en género y violencia.

A esta ley se le denomina así por Micaela García, una joven estudiante de la ciudad de Gualeguay, provincia de Entre Ríos, Argentina, que a la salida de un boliche o una disco —lugar en el que concurren los jóvenes a bailar y divertirse— fue secuestrada, violada y asesinada en 2017. Su cuerpo fue hallado una semana después de su desaparición. Su agresor fue E. W., quien se hallaba en libertad condicional por delitos de abuso sexual. Luego de que esta persona fue juzgada y se conocieran algunos aspectos del caso, se advirtió las carencias de conocimientos en perspectiva de género de los funcionarios que intervinieron en el mismo.

Este femicidio tuvo una gran repercusión mediática, y se sumaron otros hechos de violencia extrema contra la mujer que se venían sucediendo en la Argentina. La situación impulsó el dictado de la ley que establece la obligatoriedad de realizar en los tres poderes del Estado capacitaciones obligatorias en género y violencia.

Se desplegaron muchas acciones en tal sentido. Fue como una nueva apuesta en la que se redoblaron los esfuerzos para que los operadores de los poderes públicos se comprometan con el tema y se generen puntos de anclaje que propicien la transformación social para nuestra cotidianidad y para que podamos vivir en una sociedad más justa, igualitaria y libre de violencia. Por ejemplo, en 2021 el Congreso Nacional publicó un libro de acceso gratuito sobre la ley Micaela, en formato PDF, que forma parte de su colección de leyes explicadas. Por su parte, el STJC, por Acordada Extraordinaria n.º 6/020, punto 16, reglamentó la implementación de tal capacitación, que ha sido llevada a cabo en su primera etapa.

8. MARCO NORMATIVO

Se cuenta con todo un bagaje de normas en los tres planos esenciales de aplicación del derecho iberoamericano. Por un lado, las convenciones; por el otro, la CN; y en el plano interno, numerosas leyes, entre las que destaca la Ley n.º 26485, Ley de Protección Integral a las Mujeres. Es decir, ha habido un gran avance hacia la igualdad entre hombres y mujeres. Se han puesto los derechos de las mujeres en el nivel jurídico más alto. Así decía la ministra de la SCJN, Carmen Argibay, cuando inauguraba el programa de la OM.

Las dos convenciones que sustentan la perspectiva de género en el derecho iberoamericano, es decir, aquellos Estados suscriptores de las mismas y que reconocen a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como última instancia recursiva, hacen hincapié en dos núcleos centrales de la lucha por la igualdad de las mujeres, que son la discriminación y la violencia.

Nos tenemos que interpelar lo siguiente: ¿cómo se hacen efectivos estos propósitos? Es una interrogante que no podemos dejar de formular. Una de las respuestas posibles es aquella que advierte la necesidad de reformular los paradigmas de la formación clásica impartida en las universidades, para así poder detectar las múltiples situaciones en las que una mujer se encuentra en desventaja por ser tal, transversalizando las cuestiones de género.

Es necesario realizar un esfuerzo intelectual para comprender una temática que no fue parte de nuestra formación. Se debe agudizar los sentidos para detectar los estereotipos arraigados que asignan roles de género. Es necesario desandar caminos para advertir desigualdades estructurales, que han naturalizado la jerarquía entre los sexos. Así, también se debe tener presente que para hacer referencia a la perspectiva de género se deben realizar algunas precisiones.

En primer término, no es solo un conjunto de reglas de distinto tipo, que se suman y se aplican mecánicamente, o que bastan con su sola mención (formalismo mágico), sino que es una categoría analítica, que comprende el concepto de género. Este, a su vez, hace referencia al conjunto de características específicas, sociales, culturales y simbólicas que identifican el comportamiento social de mujeres y hombres, y las relaciones de poder entre ellos. No se sustenta únicamente en las diferencias biológicas del sexo.

En segundo lugar, se pone el énfasis en que se trata de una cuestión de igualdad real entre mujeres y hombres, entendida como no sometimiento. Saba (2007) lo explica muy claramente al sostener que la CN resulta un límite positivo y negativo del principio de igualdad previsto en el artículo 16, en cuanto requiere del Estado no solo evitar tratos desiguales e irrazonables, sino que también haga lo necesario para evitar que se cristalicen o se perpetúen situaciones de exclusión o segregación de personas por integrar determinados grupos, entre los cuales se encuentran las mujeres.

Se ha dicho, sobre el reconocimiento de los derechos de las mujeres a la no discriminación y a vivir un mundo libre de violencia, que las normas legales, si bien son herramientas importantes, no son suficientes para lograr el cambio real de sometimiento y victimización de las mujeres. Es en el tránsito de ese camino que se han diseñado programas como el referido, de la SCJN, replicado en todos los poderes judiciales del país, y se han dictado leyes varias, como la ley Micaela. Son estas herramientas legales las que deben llevarnos a realizar un análisis introspectivo para ver cuánto avanzamos, o no.

En tercer lugar, luego de este breve repaso de conceptos ya conocidos, es relevante destacar otro aspecto del tema: la importancia que tiene distinguir entre perspectiva e ideología de género. Resaltamos que el concepto de género se empezó a perfilar más nítidamente desde

la IV Conferencia de Beijing (1990), en donde se destacaron las diferencias o los prejuicios de orden económico, la feminización de la pobreza, entre otros aspectos. Así se fue recorriendo un sendero no exento de dificultades.

Por otro carril transita la ideología de género, pues a través de ella se pone en cuestionamiento el principio de igualdad. Entre sus varias versiones, una está sustentada en el principio de deconstrucción de la realidad, por la cual rechazan la condición binaria de los sexos; y por otro lado está la concepción más fluida y flexible, que es comprensiva y tolerante con todas las miradas. Uno de los peligros que se advierte en las posiciones extremas es que puede haber una violencia solapada, con rechazo al varón en la lucha por la independencia. Esta es una posición extrema no compartida.

En cuarto lugar, sin olvidar que la connotación política siempre está presente en la criatura humana y sus luchas por el poder, no debe perderse de vista que aún se encuentra sin resolver la tensión permanente entre la igualdad y la dominación, o la desigualdad económica. Sobre este aspecto hay que trabajar para excluir los paternalismos estatales que hieren la libertad y los méritos de las mujeres. No se pide benevolencia sino igualdad de oportunidades. Por ello es que esta amplia temática es un proceso en permanente construcción, que aún requiere de más medidas de acción positiva. En tal sentido, es preciso que mujeres en mejor posición sigan bregando por la real igualdad de oportunidades, poniendo el foco en las mujeres realmente vulnerables, como las que no terminaron la escuela o las niñas-madre.

En quinto lugar, y como una derivación de lo que se viene diciendo, se puede afirmar que es necesario ir por el camino de la igualación, con herramientas legales y acciones positivas. Para ello, no debemos olvidar un tema central, que es cómo poner en carrera a la mujer

(terminología del derecho alemán), para que el paternalismo estatal sea solo una herramienta a utilizar y no una política de Estado.

El paternalismo estatal implica la visión de un tipo de Estado que corta el crecimiento de las personas porque interpreta que la igualdad la está dando él mismo, a través de la ayuda económica, cuando en realidad es la persona quien tiene que conquistar dicha igualdad, y el Estado solo darle las herramientas para ello. Por esto es que las contribuciones tienen que tener una orientación hacia la formación laboral, es decir, hacia la obtención de un trabajo para la persona, teniendo presente aquella reflexión que provino de dos personas tan diferentes en su pensamiento político, en cuanto que «el trabajo nos hace lo que somos», como sostuvieron tanto Marx como Juan Pablo II.

Esta mirada del tema nos posibilita realizar las siguientes conclusiones y propuestas: 1) diferenciar entre perspectiva e ideología de género; 2) tratar el tema como una cuestión de igualdad real entre mujeres y varones; 3) transitar el camino de la igualdad con el lema de igualdad para las mujeres en un sistema de libertad; 4) contribuir en la disminución de la desigualdad económica, que condiciona las acciones de las mujeres y es uno de los factores que contribuyen a la persistencia de la violencia doméstica; y 5) cambiar el paradigma es el desafío para que las acciones positivas no sean necesarias. Esto debe significar romper el techo de cristal para alcanzar los cargos de mayor jerarquía, que implica compartir el poder en la toma de decisiones.

Estas ideas expuestas no pueden darse por concluidas sin destacar algunos errores comunes respecto del género. Lo que se pretende es desmitificar el tema en cuestión para que nos despojemos de los pre-conceptos que quizás muchos aún tengamos, y así poder transitar el camino del cambio de paradigmas. Al respecto, tomamos como referencia el trabajo de investigación de Graciela Medina (2016), el que,

si bien ya tiene unos años, conserva toda su vigencia, y responde a por qué y cómo juzgar con perspectiva de género.

Medina recomienda evitar algunos errores comunes, como los siguientes: a) identificar la palabra «género», explícita o implícitamente, como sinónimo de mujer; b) entender que la perspectiva de género es una problemática de la mujer, cuando es en realidad la relación de poder entre mujeres y hombres; c) estimar que trabajar con perspectiva de género es una actividad laboral, sin realizar cambios en la vida privada y personal; d) considerar que se remueven los patrones culturales invitando a las mujeres a las capacitaciones y reuniones, sin que haya transformaciones de la realidad; e) pensar que la perspectiva de género es adaptar a las mujeres al mundo de los hombres; f) creer que la perspectiva de género solo tiene importancia en el ámbito de la violencia doméstica; g) entender que en los ámbitos empresariales, comerciales o mercantiles la perspectiva de género carece de importancia; y h) confundir la perspectiva de género con feminismo, que a su vez tiene varias vertientes.

9. JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: ¿QUÉ SIGNIFICA?

Esta temática implicará introducirnos en una cuestión compleja, con varios aspectos a considerar. Esto es así en tanto se sostiene que la teoría de la perspectiva de género es transversal en nuestro sistema jurídico y, por lo tanto, debe formar parte de las competencias técnicas que deben exigírsele a un juez o una jueza, defensor o defensora, fiscal y funcionarios o funcionarias para el acceso a alguna de esas funciones, en el concurso respectivo.

¿Podría ser causal de falta grave la no aplicación de forma reiterada de la perspectiva de género? Esta idea está formulada como interrogante, con el fin de producir reflexiones en quienes tienen que juzgar

para el acceso y las posibles remociones, por mal desempeño, en los mismos operadores judiciales.

El artículo 58 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Corrientes, que entró en vigencia el 1 de diciembre de 2021, dice que «el incumplimiento reiterado de los deberes antes establecidos será considerado falta grave». En los dos artículos anteriores se enumeran más de veintiún deberes, con un perfil de jueza o juez muy activo. En otros artículos, dispone que la sentencia debe ser derivación razonada del derecho vigente. También nuestra Constitución Provincial tiene ese principio consagrado, como el Código Civil y Comercial.

En realidad, muchos factores incidirán en la toma de decisiones de esta naturaleza, como que el juez no puede ser juzgado por el contenido de sus decisiones, ni por un solo caso, pero destacamos que lo relevante hoy —y que además lo legitima al juez— es justificar adecuadamente las decisiones, para lo cual la teoría de la argumentación jurídica es una herramienta jurídica importante.

Se realizan estas consideraciones, pues a los jueces civiles y comerciales se les atribuye un gran activismo, el que muchas veces es criticado, y que, como todos los poderes-deberes, implica una gran responsabilidad. Por lo tanto, argumentar por qué se aplica o no tal o cual normativa y su correspondiente interpretación, para resolver un caso, resulta imprescindible en la actualidad.

Hay que desterrar de las decisiones judiciales el formalismo mágico, que consiste en pensar que la simple invocación o la simple cita en una sentencia de las convenciones (fuente normativa prestigiosa) significa y garantiza que se está aplicando el derecho con perspectiva de género. Esta referencia a la corriente literaria del realismo mágico, liderado por Gabriel García Márquez, entre otros grandes autores, es muy positiva, pues, como será advertido por muchos lectores del mundo que se acercaron a su obra, había detrás de la narrativa toda una interpretación de

las vivencias de una comunidad. Esta analogía ha sido detectada en el protocolo del Poder Judicial mexicano.

Dicha apreciación es válida para cualquier tipo de argumentación que se quiera utilizar. Como cierre del desarrollo de estas ideas, se quiere hacer referencia a una serie de principios o estándares que se han ido elaborado a partir de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Suprema Corte de Justicia de la Argentina, para la labor argumentativa de los jueces. Se señalarán algunos, pues su desarrollo exhaustivo excede las pretensiones de este ensayo.

10. PRINCIPIOS GENERALES PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

1. Aplicar los principios constitucionales de igualdad, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad: principio de razonabilidad y categorías sospechosas.
2. Justificar el uso de la normativa que sea más protectora de la persona que se encuentra en una situación asimétrica. No basta la cita de los tratados (el formalismo mágico).
3. Interpretar que los criterios hermenéuticos de literalidad, jerarquía y especialidad deben ser flexibilizados.
4. Detectar la problemática de que la norma pueda generar un efecto discriminatorio, ello cuando sea necesario realizar un ejercicio de «ponderación», tomando en cuenta las asimetrías de poder.
5. Inversión de la carga de la prueba cuando hay categorías sospechosas.
6. Determinar la estrategia jurídica adecuada para aminorar el impacto de la desigualdad estructural en el caso específico.
7. Eliminar la posibilidad de revictimización.

8. Flexibilización del estándar probatorio.
9. Control de convencionalidad.
10. Protección de derechos humanos contra actos de particulares y de autoridad.
11. Doctrina del margen de apreciación nacional.
12. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2015).

Cualquiera de estos estándares que se quisiera ampliar siempre requerirá tomar como punto de partida los patrones socioculturales, imperantes en la sociedad en donde se han dado los hechos.

En esta ajustada reseña se involucran la multiplicidad de factores que se deben tener con miras a resolver un caso con perspectiva de género, tema que es transversal o interseccional a todas las ramas del derecho, tomando el principio de igualdad como eje central de esta teoría, cuyo despliegue lleva a considerar la diversidad de factores relacionados.

De este modo, se ha realizado una mirada a diferentes facetas que comprenden la temática tratada, sin que ello signifique de ninguna manera el agotamiento de la misma, sino que se hace hincapié en la necesidad de incorporar, de manera definitiva, esta nueva mirada del derecho en la formación de los operadores del derecho, que contemplen la necesidad realizar un escrutinio estricto, cuando hay categorías sospechosas (vulnerables), para así obtener decisiones justas.

11. CASO TAMARA

11.1. Datos generales

Tema: violencia de género (femicidio).

Tribunal: Superior Tribunal de Justicia, provincia de Corrientes, Argentina.

Fecha de sentencia: 23 de febrero de 2022.

Partes: Expediente n.º PEX 141978/16, E. R. A. p/sup. homicidio agravado mediante violencia de género. vtma. Z. T. Y-Lomas de González.

11.2. Antecedentes

Los hechos son los siguientes: el cuerpo de una joven mujer fue hallado sin vida a la vera de la ruta 5, km 42, de la provincia de Corrientes, que lleva a la localidad de San Luis del Palmar, el 13 de enero de 2016. La mujer fue identificada como Tamara.

Iniciada la investigación, se encontraron rastros de ahorcamiento, y se determinó que la muerte se produjo el 12 de enero, en horas del mediodía. Sus progenitores formularon la denuncia de su desaparición, pues Tamara dejó de tener contacto con ellos, pese a que había dejado a su niño pequeño a cargo de su suegra, a quien habría manifestado que pronto regresaría. Posteriormente, sus padres se constituyeron en querellantes.

Con motivo del hecho fue detenido e imputado el ciudadano R. A. E., quien se presentó ante las autoridades luego de estar prófugo unos días. La imputación del fiscal de instrucción fue por el delito de homicidio agravado, por ser cometido por violencia de género, artículo 80, inciso 11, del Código Penal (femicidio).

Se realizó la investigación, en la cual fueron relevantes las comunicaciones por telefonía celular que habían entablado la víctima y el victimario, que denotaron que tenían un vínculo previo, como así también se realizaron las pericias médicas y las testimoniales. Con los resultados obtenidos se elevó la causa a juicio para el juzgamiento de R. A. E., realizándose la audiencia de debate, en la cual fue absuelto por mayoría del tribunal por insuficiencia probatoria. El voto en minoría calificó el hecho como homicidio simple.

Recurrida en casación la decisión por la parte querellante, el STJC anuló la sentencia del Tribunal Oral Penal n.º 1 por ilogicidad, remitiéndola a origen para que se realice una nueva audiencia y se dicte sentencia por un tribunal con otra composición. Devueltas las actuaciones para el dictado de una nueva sentencia, ya con un nuevo tribunal, el caso fue calificado como femicidio, condenándose a cadena perpetua al acusado.

Esta decisión fue recurrida en casación por la defensa. Para el tratamiento del recurso, el tribunal se integró por jueces de cámara, en ejercicio de la subrogación de los jueces titulares del STJ, que habían dictado la primera sentencia de revisión. En ese menester, la que suscribe ha tenido oportunidad de intervenir en la toma de decisión. La sentencia del STJ rechazó el recurso, confirmando la sentencia de condena por homicidio calificado por mediar violencia de género (artículo 80, inciso 11, del Código Penal).

11.3. Análisis de la segunda sentencia

Es la segunda sentencia de casación —la que es analizada—, en la que se destacan algunos de los argumentos más relevantes considerados para la confirmación del tribunal que juzgó el caso por segunda vez, habiéndose tratado como tema preliminar la cuestión del doble juzgamiento por el mismo hecho, el que no se consideró configurado.

Sumarios:

- a) El Estado argentino ratificó diversos instrumentos internacionales, a través de los cuales se comprometió a adoptar medidas necesarias para prevenir la violencia de género, asistir y reparar a las víctimas, y sancionar a los responsables [...]. Y en el ámbito nacional, la Ley n.º 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, y la Ley n.º 26791, que modifica el artículo 80 del Código Penal [...]. Estas normas imponen a quienes tienen la tarea a su cargo tener en consideración el contexto en el que ocurren los hechos, realizar un análisis de estos, determinar el encuadre jurídico apropiado, y valorar la prueba desde una perspectiva que ponga en valor el derecho a la igualdad de la mujer enfocado en el respeto de su dignidad, la no discriminación, y el derecho a vivir una vida libre de violencia (del primer voto de la Dra. María Eugenia Sierra de Desimoni).

[...]

Los tipos penales agravados contenidos en el artículo 80 del Código Penal, vinculados a la violencia contra mujeres, consisten en previsiones que obedecen a razones de política criminal.

[...]

- i) Podemos afirmar que el ejercicio de la desigualdad quedó plasmado en el análisis del tribunal en varios pasajes [...]. j) [...] entiéndase que las manifestaciones violentas naturalizadas por la formación de E. tienen que ver con su comportamiento hacia T. en la actividad sexual, en la entrega de dinero a cambio de sexo, en aprovecharse del estado de vulnerabilidad de la víctima. Son todas situaciones previas a darle muerte. No se requiere para configurar el tipo, hechos de violencia física o denuncias previas (del voto de la Dra. María Eugenia Sierra de Desimoni).

[...]

Compartiré las conclusiones de la vocal que ha desarrollado el primer voto, formulando las siguientes consideraciones relacionadas al juzgamiento con perspectiva de género en general y en particular, porque el caso amerita que se le apliquen los principios derivados de esa teoría del

derecho, vista desde la argumentación jurídica, como herramienta para justificar las decisiones (del voto de la Dra. Analía Durand de Cassís).

[...]

II.- El punto de partida para el desarrollo de estas ideas es el principio de igualdad, para luego referir al derecho a la no discriminación de las mujeres, y a vivir una vida libre de violencia. [...] Transitar este camino significa la recepción de una amplitud de miras, no de cambio de principios en el sentido estricto del concepto, sino de agregar al bagaje intelectual del operador jurídico esta otra percepción que sí implica rediseñar la mirada que se tiene del derecho, reformulando los principios, paradigmas.

[...]

Este no es un proceso intelectual que se logra fácilmente, con solo estudiar las convenciones internacionales y leyes específicas en la temática con que cuenta el sistema jurídico argentino, sino que requiere también que el interlocutor y/o el intérprete adquiera el convencimiento de la veracidad y seriedad de esta teoría del derecho, que pretende ser transversal, o interseccional como la define alguna doctrina, como es la perspectiva de género.

[...]

En primer término, no es solo un conjunto de reglas de distinto tipo, que suman y se aplican mecánicamente, es decir, que basta con su sola mención para considerar que se ha cumplido con la consigna de juzgar con perspectiva de género, como una suerte de formalismo mágico.

[...]

Esta idea resulta importante para destacar que muchas veces se advierte que se ha considerado como suficiente la simple mención de normas prestigiosas —normas paraguas—, en materia de equidad de género, queriendo significar que se está aplicando el derecho con perspectiva de género. Ello no es así, tampoco es una práctica conveniente, pues desincentiva el análisis desde esa óptica (Francisca Pou Giménez, argumentación judicial y perspectiva de género, citada en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, del Poder judicial de México, 2015, p. 110).

[...]

En segundo lugar, se debe poner particular énfasis en el principio de igualdad real. Este principio en su redacción originaria está definido en el artículo 16 de la CN, que se ha venido enriqueciendo no solo con nuevas miradas, como el devenir social lo requiere, sino con nuevos instrumentos legales, como son en particular el artículo 75, inciso 23, de la CN, luego de la reforma del año 1994, y sus derivaciones; convenciones y un conjunto de leyes que han decididamente demostrado que el Estado ha realizado acciones positivas en pos de acercarse a los objetivos de la igualdad real.

[...]

La igualdad, en la actualidad, no solo para estos casos, sino en general, debe ser entendida como «no sometimiento». Roberto Saba señala cuando desarrolla sus ideas que quiere proponer un nuevo marco para discutir el significado de la igualdad ante la ley, que sirva para interpretar no solo dicho principio, sino similares contenidos en otros cuerpos normativos. Es que hay dos versiones, sostiene, una más liberal, clásica, de tipo individualista, y otra, la que él propone, que tiene contenido estructural.

[...]

Considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión al que están expuestos sistemáticamente amplios sectores de la sociedad. El derecho no puede ser completamente ciego a las relaciones existentes en determinado momento histórico, entre diferentes grupos de personas en una comunidad (Saba, 2016).

[...]

El principio de neutralidad o no discriminación, como criterio interpretativo, ha devenido insuficiente para realizar el tránsito de la igualdad formal a la real, entre hombres y mujeres.

[...]

IV.- Desde la óptica expuesta, la igualdad real de hombres y mujeres se encuentra afectada por una asimetría cultural, social y económica entre

ambos, que está enraizada en la sociedad desde hace siglos. [...] Si bien se ha evolucionado notablemente en la superación de los prejuicios que contribuyen a su mantenimiento, algunos estructurales persisten por generaciones, debido a múltiples factores que no pueden ser superados de modo particular por el individuo y que requieren de políticas públicas definidas hacia dicha orientación.

[...]

Cuando se presentan los casos con esas características el operador jurídico desempeña un rol relevante, pues es quien, además del bagaje de normas jurídicas con que cuenta, debe aplicar los criterios interpretativos que se vienen desarrollando para juzgar con perspectiva de género.

[...]

Ello es así, en tanto no se han alcanzado aún los grandes objetivos propuestos por normas jurídicas internacionales o nacionales que han puesto los derechos de la mujer en el nivel jurídico más alto.

[...]

Pero el intérprete debe interpelarse cómo juzgar incorporando dicha mirada sin caer en posiciones radicales, que las hay, y que podrían llevar a desequilibrar la balanza de la justicia, que es el fin pretendido alcanzar en cada caso que se resuelve (artículo 35 del Código de Ética Iberoamericano).

[...]

Por lo tanto, es necesario adoptar, frente a la cuestión, una posición que permita realizar un esfuerzo intelectual para comprender una temática que no fue parte de nuestra formación. Agudizar los sentidos para detectar los estereotipos arraigados que asignan roles de género, y las múltiples situaciones en las que una mujer se encuentra en desventaja por ser tal.

[...]

V.- Continuando con el desarrollo de la línea argumental que se propone en este voto, también es necesario hacer mención a algunos errores comunes con respecto al género, pretendiendo así desmitificar el tema, para contribuir a eliminar los preconceptos que se tienen con relación a esta

cuestión, debido a las posiciones radicales adoptadas al respecto, por un sector de la jurisprudencia, de la doctrina y fundamentalmente de la sociedad, que no es la mirada que se propone, sino una visión igualitaria, pluralista, que permita a la mujer transitar un camino de igualdad real, en un sistema de libertad (disertación de la suscripta en el Curso de Formación en Género y Diversidad, Área de Capacitación del Poder Judicial de Corrientes, 15/09/2021, acerca de la «Igualdad como mandato constitucional. La perspectiva de género»).

[...]

Ellos consisten, entre otros, en: a) identificar la palabra «género», explícita o implícitamente como sinónimo de «mujer»; b) entender que la perspectiva de género es la «problemática de la mujer», cuando es en realidad la relación entre mujeres y hombres; c) estimar que trabajar con perspectiva de género es una actividad laboral, sin realizar cambios en la vida privada y personal, considerando que se remueven los patrones culturales invitando a las mujeres a capacitaciones y reuniones, sin que haya transformaciones de la realidad; d) pensar que la perspectiva de género es adaptar a las mujeres al mundo de los hombres; e) creer que la perspectiva de género solo tiene importancia en el ámbito de la «violencia doméstica»; f) entender que en los ámbitos empresariales, comerciales, mercantiles la perspectiva de género carece de importancia; g) confundir la perspectiva de género con «feminismo».

[...]

Estos escollos o prejuicios deben ser superados para encuadrar el caso, en el marco normativo y valorativo, que correspondiere.

[...]

VI.- Desde este marco teórico desarrollado es imprescindible preguntarse qué significa juzgar con perspectiva de género.

[...]

Se mencionan entonces algunos principios o estándares generales para juzgar con perspectiva de género, sobre los cuales la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como supranacional, han ido señalando. Principios constitucionales: a) de igualdad, universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad. De razonabilidad: b) teoría de las

categorías sospechosas, justificando el uso de la normativa que sea más protectora de la persona que se encuentra en una situación asimétrica; c) inversión de la carga de la prueba cuando hay categorías sospechosas; d) flexibilización de los criterios de literalidad, jerarquía y especialidad; e) control de convencionalidad; f) protección de los derechos humanos contra actos de particulares y de autoridad; g) aplicación de los fallos de la Corte IDH; h) aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, cuando fuere necesario.

[...]

«¿Qué vemos ante un femicidio?» es el título de un artículo de autoría de Rossana Dottori, que resulta un disparador para seguir ahondando en el caso, y poder así conceptualizar el elemento normativo del tipo penal, violencia de género.

[...]

Antes, se veían crímenes pasionales, pertenecían a la esfera privada y en el que el foco de análisis se trasladaba hacia la víctima, naturalizando así la violencia de género. Poco se podía hacer y se encuadraban los casos en las normas neutras del Código Penal. [...] En la actualidad se conceptualiza como el señorío y dominación que ejerce el varón sobre quien entiende que es parte de su propiedad, cosa.

[...]

La clave de bóveda de este tipo penal es el elemento normativo — violencia de género—. [...] Es una manifestación de la desigualdad estructural a que se ha hecho referencia en todo el desarrollo de estas argumentaciones, y que se debe buscar no solo en la letra de la ley, sino en las costumbres, normas de valor no escritas, de tipo cultural, que hacen que se deba revisar el rol de la mujer. La violencia de género es la manifestación de la violencia más extrema que sufren las mujeres, como es la muerte.

[...]

Es sabido que la ley es una herramienta más para lograr los cambios necesarios, que debe ir acompañada del cambio de pensamiento, como se ha dicho anteriormente. Entonces, en el camino de realizar el abordaje de este tipo normativo que es «multicausal», en primer lugar, requiere

comprender que este tipo de violencia es el reflejo de una estructura social desigual, de largo tiempo; por lo tanto, la política criminal, en tal sentido, viene a resultar una manifestación de las políticas públicas. Por lo tanto, es relevante que los operadores jurídicos tomen decisiones con perspectiva de género para así resaltar el valor comunicativo que tienen las sentencias que abordan el tema.

[...]

VIII.- Ya en el análisis del caso, con relación a los agravios de la defensa, se agrega a los fundamentos expuestos en el primer voto.

[...]

Se hace referencia muy sintéticamente a la situación fáctica, y a algunos de los medios probatorios colectados.

[...]

No se deja de tener en cuenta el rol relevante que desempeñan los indicios y presunciones en este tipo de procesos, que presentan dificultad probatoria, en cuanto a que los sucesos ocurren en ámbitos íntimos.

[...]

En relación a la primera de ellas, las periciales médicas, se considera acertado el criterio del TOP n.º 1.

[...]

Para establecer el valor probatorio de la prueba pericial, médica en este caso, debe flexibilizarse el rigor científico, pues si bien es un dictamen que se asienta en el conocimiento técnico-científico del experto, también halla su soporte en la experiencia, en la capacidad perceptiva de los rastros del hecho —en el caso el cuerpo de la víctima—; por lo tanto, no obtienen una certeza absoluta, en sus conclusiones, lo que les lleva, como es de práctica, establecer un margen horario de probabilidades en cuanto al acaecimiento del hecho.

[...]

Desde la óptica que se viene desarrollando, sumada a las demás probanzas e indicios, es posible analizar la conducta del imputado E. [...]. E. brinda prácticamente tres versiones de los hechos, a medida que se va anoticiando como se desarrolla la investigación, la cual siguió

detalladamente. Y es cuando advierte que la prueba científica, de ADN, determina que tuvo relaciones sexuales con la víctima, empieza a dar un giro a su declaración, demostrando que cuenta con amplios recursos mentales, argumentativos, pues despliega una detallada justificación, no solo en el aspecto fáctico sino psicológico, cuando refiere al sentimiento de culpa que la infidelidad le ocasionaba, ante su familia constituida. Como cuando relata su huida a la zona rural, por la laguna. Sus contactos telefónicos posteriores al hecho, entre otros aspectos, también son relevantes.

[...]

E. es una persona instruida, que se puede considerar que supera la línea promedio de formación del hombre medio, pues se estaba preparando para cumplir un rol importante en una comunidad religiosa, seminarista, futuro sacerdote. A dichas personas lo entrenan en el don de la palabra y de la persuasión.

[...]

Es decir, se puede concluir que contaba con mayores recursos intelectuales que T., como para ejercer una suerte de seducción y control sobre ella.

[...]

Mientras que T. era la joven poco instruida, de una barriada popular de la ciudad, ya con un hijo. Con muchas limitaciones, disponible fácilmente, y por lo tanto desechable en cuanto se pusiera demandante, o con requerimientos mayores a los que estaba dispuesto a tolerar. Es decir, que afecte su proyecto de vida, con su familia, y con requerimientos económicos que no podía o no estaba dispuesto a satisfacer.

[...]

Por lo tanto, la percepción que tenía E. de T. era disvaliosa, por las circunstancias estructurales que marcaban su joven vida.

[...]

T. reunía así todo el perfil para encuadrar en una «categoría sospechosa», pues no solo era discriminada por el género, sino que se hallaba sujeta a violencia de género, que la llevó a perder su vida.

[...]

Estas «categorías sospechosas» son las más vulnerables, por ello reciben tal denominación y requieren de acciones positivas del Estado, que cubren de algún modo ese déficit estructural de su grupo, hasta que se logren las reivindicaciones necesarias y se potencie el principio de igualdad real. En este sentido, en nuestra legislación han sido identificados tales grupos, como mujeres, niños, niñas y ancianos.

[...]

Estos son algunos aspectos relevantes del contexto en el cual se inserta la relación entablada entre E. y T. Cada uno con expectativas diferentes.

[...]

Desde esta perspectiva, no se exige una motivación especial distinta del dolo, sino que la agresión se haya producido en un contexto de dominación.

[...]

Es una violencia contextual que requiere esa mirada, no solo jurídica, sino sociológica y valorativa, que es lo que se ha pretendido realizar en el desarrollo de la justificación de la decisión (del voto de la Dra. Analía Durand de Cassís).

12. CONCLUSIONES

Estos son algunos de los aspectos más destacados de los votos emitidos en el caso, que permiten advertir que se juzgó con perspectiva de género, mas no debe perderse de vista que para ello fue necesario repetir el circuito judicial penal, en dos oportunidades, para lograr que prevalezca tal criterio. Así, lo expuesto demuestra que los avances en la inserción del tema en el bagaje cultural y jurídico, de los operadores judiciales, aún no está instalado transversalmente. Advertimos que la mirada con perspectiva de género no se encuentra incorporada como dato de análisis general de la argumentación jurídica.

Para terminar estas reflexiones, no podemos dejar de señalar que la incorporación de esta categoría jurídica en la formación del juez no implica limitar su independencia interna, sino que solo se pretende que sea un juez situado, es decir, que le permita interpretar las prácticas sociales y culturales con otra visión, que es lo que la sociedad de este milenio le interpela. El camino hacia la igualdad es largo y complejo, mas no debe ser dejado de lado, y se le debe considerar como un valor esencial para el desarrollo pleno de las personas.

REFERENCIAS

- Alegre, M. (2007a). ¿Quién le teme a la igualdad? En M. Alegre y R. Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. LexisNexis.
- Alegre, M. (2007b). Igualitarismo, democracia y activismo judicial. En M. Alegre y R. Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. LexisNexis.
- Beauvoir, S. (2021). *El segundo sexo*. Lumen.
- Bergallo, P. (2008). Igualdad de género: experiencias y perspectivas para su exigibilidad judicial. En R. Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional. Tomo II* (pp. 559-600). Abeledo Perrot.
- Cámara de Diputados de la Provincia de Corrientes (2021). Ley n.º 6556, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes. Corrientes: 21 de abril de 2021.
- Dalla, A. R. (2016). Sobre la constitucionalización del derecho privado. En A. R. Dalla y A. M. García (dirs.), *Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo I*. Rubinzal Culzoni.

- Gasparini, L. (2022). *Desiguales. Una guía para pensar la desigualdad económica*. Edhasa.
- Medina, G. (2016). Juzgar con perspectiva de género. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género? *Justicia Familiae*, 1(1), 15-74.
- Puga, M. (2008). De celdas y tumbas. Introducción a los derechos de las mujeres. En R. Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional. Tomo II* (pp. 533-558). Abeledo Perrot.
- Rodríguez, M. (2007). Entre la justicia real y la justicia formal: la discriminación por género en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina. En M. Alegre y R. Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. LexisNexis.
- Saba, R. (2007). (Des)igualdad estructural. En M. Alegre y R. Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. LexisNexis.
- Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Siglo XXI Editores.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2015). Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad. https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_perspectiva_genero.pdf