

Juzgar con perspectiva de género “Desigualdad por razones de género” como propiedad relevante en la toma de decisiones judiciales*

Judging with a Gender Perspective
"Gender-based inequality" as a Relevant Property in Judicial Decision-
making

Paula Gastaldi y Sofía Pezzano **

Resumen: El presente artículo pretende reconstruir la discusión acerca de la exigencia de aplicar perspectiva de género en el derecho y, particularmente, en la actividad judicial de decidir. Para quienes aseguran que aplicar perspectiva de género implica incorporar valoraciones políticas, morales o ideológicas al derecho, mostraremos cómo dicha exigencia forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, partiremos por definir perspectiva de género en un sentido amplio y en un sentido restringido. Considerando, este último sentido, como un enfoque que mira caso a caso y demuestra la aplicabilidad de la herramienta para la resolución y decisión judicial, presentaremos a la “desigualdad por razones de género” como una propiedad relevante cuya presencia cambia la solución normativa de los casos concretos. Esta manera restringida de comprender la perspectiva de género será una pauta a la hora de mostrar cómo procede y opera en el razonamiento judicial. Desarrollaremos qué significa ser una propiedad relevante e ilustraremos esto con el fallo “Sisnero” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Palabras clave: Perspectiva de género, Decisiones judiciales, Actividad judicial, Propiedad relevante, Desigualdad por razones de género.

Abstract: This paper aims to reconstruct the discussion about the requirement to apply a gender perspective in law and, in particular, in judicial decision-making. For those who claim that applying a gender perspective implies incorporating political, moral or ideological values into the law, we will show how this requirement forms part of our legal system. In this sense, we will start by defining gender perspective in a broad sense and in a restricted sense. Considering the latter sense as an approach that looks case by case and demonstrates the applicability of the tool for judicial resolution and decision, we will present "gender inequality" as a relevant property whose presence changes the normative solution of concrete cases. This restricted understanding of the gender perspective will be a guideline in showing how it proceeds and operates in judicial reasoning. We will develop what it means to be a relevant property and illustrate this with the "Sisnero" ruling of the Supreme Court of Justice of the Nation.

Keywords: Gender perspective, Judicial decision, Judicial activity, Relevant property, Gender-based inequality.

*Recibido el 2/07/2021. Aprobado definitivamente para su publicación 10/08/2021.

**Paula Gastaldi. Profesora adjunta FILOSOFÍA del Derecho UCC. Profesora asistente Filosofía de la educación, UNC. DATOS ORCID:0000-0003-3534-9731. Mail:gastaldipau@hotmail.com

Sofía Pezzano. becaria doctoral CONICET, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS), UNC-Conicet. Datos ORCID: 0000-0001-9983-2904. Enlace registro público: <https://orcid.org/0000-0001-9983-2904>. Mail: pezzanosofia@gmail.com

I. Introducción

Suele afirmarse que la exigencia de aplicar perspectiva de género en el derecho y, particularmente, en la actividad judicial de decidir, implica incorporar valoraciones políticas, morales o ideológicas al derecho. Estas discusiones han retornado con fuerza debido a la reciente implementación de la Ley Micaela (Nº 27499, promulgada en 2018), que establece la capacitación obligatoria en materia de género para todos/as los/as integrantes de los poderes del Estado.

Detrás de esta afirmación podemos identificar dos presupuestos:

(1) Los jueces y juezas, cuando deciden, solo deben aplicar normas que forman parte del derecho positivo, y no pueden acudir a consideraciones políticas o morales ajenas al derecho;

(2) La obligación de juzgar con perspectiva de género no forma parte de nuestro derecho -no es una norma del derecho positivo-.

En el presente artículo abordaremos y rechazaremos el último presupuesto. Asumiremos el primero de ellos, sin entrar en discusiones de larga data en la teoría del derecho -que lejos están de solucionarse- sobre si la moral forma parte del derecho o no. Esto implica que partiremos de la base de que la actividad judicial de decidir solo puede implicar la aplicación de normas positivas¹-excluyendo consideraciones morales ajenas al derecho- a casos concretos. Argumentaremos a favor de la idea de que, dado el sistema jurídico argentino, la aplicación de la perspectiva de género en la actividad decisoria judicial es obligatoria. Una vez demostrado esto, reconstruiremos cómo opera caso por caso la perspectiva de género.

En primer lugar, definiremos qué se entiende por *perspectiva de género*. Sostendremos que hay dos formas posibles de entenderla: por un lado, una perspectiva amplia, externa o estructural, que se ocupa de realizar críticas al derecho y proponer cómo debería ser; por otro lado, en un sentido restringido, interno o descriptivo, apunta a la obligación -que surge de la normativa vigente- de tener en cuenta la “desigualdad por razones de género” como propiedad relevante para atribuir determinadas soluciones a los casos de un universo de casos determinado. En segundo lugar, desarrollaremos brevemente las normas de nuestro sistema que reconocen la desigualdad de género y la obligación de combatirla, entendiendo que de allí surge la aplicación de la perspectiva de género en las decisiones judiciales. Por último, desarrollaremos qué significa ser una *propiedad relevante* e ilustraremos esto con el fallo “Sisnero” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. Perspectiva de género. Alcances y sentidos

Para comprender la perspectiva de género, debemos partir de la ya clásica distinción entre los conceptos de sexo y género, desarrollada por la teoría feminista en los años sesenta y setenta. El primero de ellos, sexo, hace referencia 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 social o cultural. Es decir, el género vendría a ser “la interpretación cultural -variable y contingente- de la diferencia sexual” (Mattio, 2012, p. 99). Con esta distinción, se busca separar los roles culturalmente asignados a las mujeres y a los varones de los rasgos o características biológicas con que nacen los cuerpos, al asumir que aquellos roles son contingentes y, por ende, susceptibles de resignificación. Asimismo, se pretende resaltar que,

¹ Con normas positivas nos referimos a la positivización en un sistema jurídico determinado tanto de reglas como de principios.

en esos roles, hay una desigualdad que coloca a las mujeres y otras identidades disidentes en una situación de asimetría frente a los varones (Ibid., p.89).

Posteriormente, autoras y autores contemporáneos como Judith Butler, Donna Haraway y Paul Preciado² han criticado esta distinción, al sostener que el sexo también, y no solo el género, es socialmente construido, criticando el esencialismo biológico de aquella distinción. El género, como identidad subjetiva puede incluso modificar el cuerpo biológico, que se concibe ahora como maleable y transformable (Ibid., p. 99).

Más allá de las diferencias, el concepto de *género* tiene la virtud estratégica de unir las agendas teóricas y políticas que pretenden hacerle frente a la realidad androcéntrica y heterocentrada que gobierna el sentido común y la mayoría de las instituciones de la actualidad. De este uso del concepto - pragmático, si se quiere- se desprende la *perspectiva de género* como enfoque que permite notar las desigualdades y violencias que sufren las minorías sexo-genéricas.³ Este enfoque, en el derecho, pretende dar cuenta de la desigualdad sexo-genérica en el ámbito jurídico, ya sea en la creación de las normas, en su aplicación o en el acceso a la justicia desigual. El debate acerca de qué significa igualdad/desigualdad ha ocupado extensamente la agenda en la filosofía jurídica y política, cuestión que abordaremos sucintamente en el momento de analizar el alcance y sentido del principio de igualdad en el sistema jurídico argentino.

A partir de esta base, identificamos dos posibles sentidos en que puede abordarse la perspectiva de género en el ámbito jurídico: por un lado, un sentido amplio y; por el otro, un sentido restringido. Ambos sentidos parten, insistimos, del supuesto de que existen diferencias -de origen social y cultural- entre los géneros que llevan a resultados discriminatorios hacia las minorías sexo-genéricas. Así, permiten visibilizar la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo, género o preferencia/orientación sexual, revelan las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación, evidencian las relaciones de poder originadas en estas diferencias, se preguntan por los impactos diferenciados de las leyes y políticas públicas basadas en estas asignaciones, diferencias y relaciones de poder, y determinan en qué casos un trato diferenciado es arbitrario y en qué casos necesario (Facio, 2002). A continuación, desarrollaremos los dos sentidos.

II.1. Sentido amplio: un enfoque abarcativo del fenómeno jurídico

Desde el punto de vista amplio, identificamos la perspectiva de género con la crítica a las nociones de neutralidad, universalidad y objetividad sobre las que se asienta el derecho. Es el planteo que realizan las teorías críticas feministas. Desde esta perspectiva, se sostiene que el derecho incluye categorías androcéntricas que pasan inadvertidas, pero socavan y perpetúan la desigualdad hacia las minorías sexo-genéricas. Esto quiere decir que no basta simplemente con identificar leyes que discriminan explícitamente, sino que es requerido un análisis más abarcativo y profundo. Como afirma Facio:

Hay que expandir aquello que se consideraba propiamente derecho para incluir en él, entre otros elementos, aquellos que determinan cuándo, cómo y quién accede a la administración de justicia, así como una redefinición de lo que es la justicia

² Existen diferencias fundamentales entre Butler, Preciado y Haraway, por lo que, englobar sus críticas en una sola como si se fueran en la misma dirección es una generalización tan amplia que dice muy poco respecto a sus posiciones. Los fines de este trabajo, sin embargo, no tienen que ver con la discusión del concepto de género. Para ampliar sobre este punto véase (Mattio, 2012)

³ Utilizaremos este concepto para dejar de lado la asimilación entre las mujeres cisgénero (aquellas cuyo sexo biológico coincide con su identidad) y las víctimas de las violencias y las asimetrías socio-culturales relacionadas al género. La denominación minorías sexo-genéricas permite incluir a todas las identidades que sufren discriminación, violencia o algún tipo de desventaja social por el hecho de identificarse con algún género particular, por la manera en que viven su sexualidad, su identidad, su orientación sexual, etc.

que el derecho debe buscar. Desde esta nueva postura, el derecho se entiende como compuesto por las normas formalmente promulgadas (el componente formal normativo del derecho) (Facio, 1993), las surgidas del proceso de selección, interpretación y aplicación de las leyes (componente estructural o derecho judicial), y las reglas informales que determinan quién, cuándo y cómo se tiene acceso a la justicia y qué derechos tiene cada quien (componente político cultural). (Facio, 2002, p. 2)

Este sentido amplio, como sostuvimos, cuestiona las propias suposiciones de objetividad, neutralidad y universalidad que subyacen en la concepción liberal del fenómeno jurídico (Olsen, 1990). Desde este enfoque se postula que es necesario un reexamen de los paradigmas y las hipótesis que subyacen en la teoría y metodología del derecho para detectar la presencia del sesgo androcéntrico (Facio, 2002). En cierta medida, se trata de una mirada externa al derecho y, sin dudas, crítica y normativa que sostiene que el derecho es, en sí mismo, discriminatorio, porque disfraza perspectivas androcéntricas bajo la ilusión de neutralidad, universalidad y objetividad.

En relación a la actividad decisoria de los jueces y juezas, la perspectiva de género, en este sentido, no se enfoca tanto en las decisiones individuales de cada juez o jueza particular -lo que llamamos “caso por caso”-, sino que realiza un análisis general o estructural, donde se pone de manifiesto que, si los jueces y juezas tienen frente a sí un sistema jurídico que prioriza la mirada del varón y la presenta como neutral, las decisiones que tomarán tendrán el mismo sentido.⁴ Un compromiso con este enfoque amplio implica proponer una reforma del sistema jurídico como única manera de alcanzar una igualdad real entre los géneros. Ello, por cuanto, este enfoque mira el fenómeno jurídico en su totalidad y pretende explicar la desigualdad sexo-genérica haciendo foco en la particular relevancia que tiene un sistema jurídico en perpetuar la desigualdad estructural.

II.2. Sentido restringido: caso por caso

Proponemos que, en un sentido restringido, la perspectiva de género identifica las normas de nuestro sistema jurídico que reconocen la desigualdad por razones de género y obligan a combatirla; en este sentido, es descriptiva. Este enfoque señala que, en nuestro sistema jurídico, la categoría “desigualdad por razones de género” es una *propiedad relevante* en la resolución de los casos jurídicos individuales. Consideramos, entonces, que se trata de un enfoque que describe la manera en que se resuelven los casos concretos en un determinado sistema jurídico, para aplicar las normas positivas de ese sistema.

La existencia de cierta obligación de juzgar con perspectiva de género, sin embargo, ha sido objeto de debate. Debate acerca de su procedencia, su alcance, su procedimiento, etc. Pretendemos remarcar que, en su versión restringida, la perspectiva de género:

- a) surge de la legislación vigente;

⁴ En este sentido, Funes (2019) afirma que “los significados de los textos normativos reflejan experiencias masculinas” (p. 17). Entonces, cuando los jueces y las juezas interpretan estos textos normativos -ya sea que su tarea implique conocer significados previos o crearlos- generarán significado masculino y machista (por un uso del sentido común, por atribuir un significado literal, etc.). El conjunto de significados posibles que la o el intérprete observará como disponibles estarán (potencialmente) sesgados. Para afirmar esto, la autora parte de la tesis de que los textos normativos fueron formados teniendo en cuenta solo las experiencias masculinas, entonces, cuando alguien quiere *conocer* el significado de un texto (ya sea a través de una operación meramente cognitiva, o atribuyendo significados según los usos y los métodos vigentes, o creando un significado), se va a encontrar con un texto construido sesgadamente, sin tener en cuenta la experiencia de las minorías sexo-genéricas y que deja afuera otros significados que serían posibles de no existir este sesgo. En palabras de la autora, “el sesgo va a construir -si se quiere- una *primera capa de significados posibles* que será el punto de partida al momento de identificar -como significados determinados o determinables- o de elegir significado. Y lo mismo pasa al momento de crear” (Funes, 2019, p. 18).

b) opera caso por caso, estableciendo a la “desigualdad por razones de género” como propiedad relevante en determinados casos.

Esta forma de comprender la perspectiva de género, entonces, es relativa a un sistema jurídico determinado -en este caso, el argentino-, en el que existen normas jurídicas explícitas que la incorporan (el principio de igualdad y los tratados internacionales en materia de género) y que reconocen que existen desigualdades en razón al género. La perspectiva de género, en este sentido, no es otra cosa que reafirmar la obligación de los jueces y juezas de aplicar las normas que forman parte del sistema. No trae al derecho ninguna consideración valorativa, política o moral que no se encuentre ya incorporada en las normas positivas -hay normas, como demostraremos en el próximo apartado, en nuestro sistema jurídico que incorporan la igualdad entre los géneros como obligación o como objetivo, lo que significa que las legisladoras y legisladores han considerado que la desigualdad de hecho existe y que es deseable que sea eliminada-.

Ahora bien, lo que no está claro, debido a la generalidad de la normativa, es cómo es el procedimiento para aplicar la perspectiva de género caso por caso: demostraremos que no es diferente a la aplicación de cualquier norma de nuestro sistema positivo que determina el estatus normativo de ciertas acciones en base a propiedades relevantes. En la próxima sección, en primer lugar, abordaremos la normativa de la que deriva la obligación de aplicar la perspectiva de género, y, en segundo lugar, reconstruiremos cómo opera caso por caso en la actividad judicial.

III. Obligación de juzgar con perspectiva de género

III.1. Normativa

Nuestro sistema jurídico incorpora normas específicas que exigen la eliminación de toda discriminación hacia las mujeres y las minorías sexo-genéricas, como, por ejemplo, la “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer” (CEDAW, por sus siglas en inglés), la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” (conocida como Belem do Para).

La CEDAW fue ratificada por Argentina en el año 2007. En su artículo 2, inc. “d” establece que los Estados partes se comprometen a “abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación”. Queda comprendido en esta obligación *todo* acto, inclusive la práctica de juzgar y decidir casos particulares y argumentar las sentencias.

Por su parte, el inc. “f” del mismo artículo expresa que los Estados deben “adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”. Esto quiere decir que, el Estado está obligado a eliminar todas las barreras (físicas, económicas, culturales, lingüísticas) que obstaculizan o impiden el acceso a la justicia de las minorías sexo-genéricas en un plano de igualdad con los varones (Facio, 2002).

Bajo esta línea, la Convención Belem do Para fue ratificada por Argentina en el año 1996. En su artículo 4, inc. “e” expresa:

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: (...) e. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley.

Reconoce, en consecuencia, la posibilidad de que las leyes en sí mismas puedan discriminar a las mujeres (de la ley), pero que aun cuando explícitamente las normas no sean discriminatorias, las

prácticas culturales, políticas, económicas, lingüísticas, etc. pueden llevar a que no se haga efectiva la igualdad reconocida en las normas escritas (*ante* la ley). Las juezas y los jueces tienen un rol fundamental en hacer que esto no suceda, deben resolver los casos teniendo en cuenta las particulares situaciones que afectan a las minorías sexo-genéricas de manera distinta a los varones, debido a la desigualdad estructural que los tratados reconocen. Es decir, deben aplicar perspectiva de género.

En este mismo sentido, el artículo 4, inc. "a" expresa que:

Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación (...).

Además, nuestro sistema reconoce el principio de igualdad en el art. 16 de la Constitución Nacional, y cuenta con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo 2 indica que: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna"; la Declaración Universal de Derechos Humanos que, en su artículo 2, establece que: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición."; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que indica que:

Los Estados Parte se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (Artículo 2 1.)

A su turno, el artículo 26 declara que "todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley"; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace lo suyo y declara en su artículo 21 que:

Los Estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Entre la legislación interna, tenemos la Ley 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, y otras más específicas como las leyes de cupo laboral femenino, travesti-trans, etc. en distintos ámbitos.

La legislación presentada anteriormente, ha sido específica: reconoce que existe desigualdad por motivos de género. Ahora bien, consideramos necesario detenernos a analizar el alcance y sentido del principio de igualdad consagrado constitucionalmente, por cuanto afirmamos que la obligación de aplicar perspectiva de género existe desde que el mismo principio ha sido consagrado. Sin embargo, y tal como hemos advertido, el contenido de la exigencia que implica el principio de igualdad ha sido (y aún es) objeto de debate y solo algunas concepciones de la igualdad admitirían la afirmación formulada. A grandes rasgos, creemos que dicho debate puede cristalizarse en dos propuestas acerca de cómo entenderlo.

La primera propuesta considera que igualdad ante la ley exige que toda norma jurídica sea aplicada a todo caso que cae bajo su supuesto de hecho y a ningún caso que no caiga bajo dicho

supuesto (Alexy, 1993, citado en Ronconi, 2018). Los y las legisladoras son quienes tienen la potestad de realizar distinciones, por lo que, el alcance del principio será tratar de manera igual a quienes están en las mismas circunstancias. La norma es quien decide quienes quedan dentro de una categoría, asumiendo que quienes quedan dentro de ella deben ser tratados de manera “igual”. Esto es lo que se ha llamado “igualdad formal”.

A su vez, se advierte que este sentido de igualdad se apoya en el principio de legalidad: siendo que la ley decide, debe esta ser aplicada a los fines de observar la regla que requiere que sean tratados de modo igual los sujetos iguales (Ronconi, 2018). El principio de igualdad se solapa con el principio de legalidad, exigiendo nada más y nada menos que la aplicación de la norma.

Sin embargo, esta concepción del principio de igualdad puede ser objeto de distintas críticas sustantivas. Al menos por el momento, pretendemos concentrarnos en una: al ser el cuerpo legislativo quien tiene la potestad de realizar dichas clasificaciones, no se evalúan razones acerca de por qué dicha categorización. En este sentido, se deja lugar a tratos injustificados que, según cómo opera luego en la aplicación de dicha categoría y exigiendo que se aplique sin valoración, podrían devenir en un trato discriminatorio solapado. De hecho, al momento de abordar la exigencia normativa del deber de aplicar perspectiva de género, hemos dado cuenta que nuestro sistema jurídico reconoce una desigualdad estructural fáctica. Esta crítica da lugar a una versión material del principio de igualdad, cuyas dos versiones abordaremos a continuación. Veamos.

La segunda propuesta es concebir a la igualdad en un sentido material. De esta se desprenden -al menos- dos concepciones: a) como no discriminación; b) como no sometimiento. La primera de ellas, la igualdad como no discriminación, asume un mandato material del principio por centrarse en una exigencia relativa a su *contenido* y permitir una revisión sobre la razonabilidad de la distinción formulada por los y las legisladoras. De esta manera, deben los jueces y las juezas sopesar razones a favor o en contra del criterio de clasificación esbozado por el cuerpo legislativo.

Alexy (1993) propone considerar válidas solamente aquellas clasificaciones que sean objetivas y razonables. Así las cosas, el principio de igualdad requiere indagar la existencia de una razón suficiente para permitir un trato desigual. Analizar qué implica “razón suficiente” excede las pretensiones de este artículo. Nos basta, por el momento, con señalar que requiere un test de razonabilidad en donde se argumente el alcance y sentido de la categorización efectuada en la ley (Ronconi, 2018)

De todas maneras, existe una advertencia sensata acerca de las consecuencias indeseadas que trae aparejada aplicar esta concepción de igualdad. Nos referimos a que esta concepción de la igualdad continúa dejando en las penumbras la desigualdad estructural porque solo ataca al acto concreto de discriminación y no a la estructura que la soporta o promueve.

Esta crítica da lugar a la segunda concepción: la igualdad como no sometimiento, la que advierte el supuesto que existen grupos desaventajados que han sido históricamente oprimidos. Son grupos minoritarios en un sentido cualitativo, no cuantitativo, que han sido excluidos de la toma de decisión política. La línea filosófica política actual entiende que existen dos esferas de la justicia: una distributiva y otra de reconocimiento (Fraser, 2006). Existe un extenso debate acerca de dichas esferas: su distinción, su importancia, su causa, sus efectos. Por el momento, cabe advertir que los grupos pueden verse desaventajados – y negados en el acceso a derechos- por razones de distribución (falta de recursos, bienes primarios sociales, igualdad de oportunidades, etc.) o, por falta (o negación) de reconocimiento.

La primera ha sido tratada como injusticia socioeconómica que puede ser paliada por una redistribución de bienes. La segunda ha sido tratada como injusticia simbólica (Fraser, 2006).⁵

⁵ En una sana comprensión del principio de igualdad en clave constitucional, el sistema argentino promueve una hermenéutica entre el art. 16 y el art.75 parágrafo 23 de nuestra C.N. Este último artículo indica el compromiso por: “Legislar y promover medidas de

Aunque las respuestas a esta última dimensión de la (in)justicia excedan este artículo, creemos que el *tipo* de injusticia da pauta acerca de cómo abordar el principio de igualdad como no sometimiento en materia de género. Tal como hemos afirmado al comienzo del presente artículo, la noción género - y su perspectiva - busca separar los roles culturalmente asignados a las mujeres y a los varones de los rasgos o características biológicas con que nacen los cuerpos, al asumir que aquellos roles son contingentes y, por ende, susceptibles de resignificación. Esa pretensión de resignificación está en la base de las advertencias que se formulan desde la filosofía política: si pretendemos abordar la injusticia simbólica es necesario admitir que la comunidad jurídica (sociedad civil, operadores y operadoras de la justicia, jueces y juezas, legisladores y legisladoras) aportan la construcción de discursos. La injusticia simbólica da cuenta de lógicas no comprensivas de la diversidad, pretendiendo exponer la tendencia a desconocer identidades, realidades, cultura de ciertos grupos minoritarios.

Asumir perspectiva de género implica *tomar en serio* la realidad material de las minorías sexo-genéricas y advertir el recorrido histórico que ha legitimado y solapado dicha realidad. La perspectiva de género, entonces, se compromete con esta concepción de igualdad material. Es decir, entiende que las desigualdades por razones de género responden a cuestiones estructurales, en las que están involucradas tanto cuestiones de distribución como de reconocimiento.

En conclusión, existen dos vías por las cuales juzgar con perspectiva de género es obligatorio en nuestro sistema jurídico:

- a. La normativa específica que reconoce la desigualdad de género y obliga a eliminarla.
- b. El principio de igualdad interpretado en un sentido material, al mostrar que un compromiso por su cumplimiento exige erradicar la discriminación y el sometimiento a grupos minoritarios: en este caso, las minorías sexo-genéricas.

Ahora bien, queda por delante reconstruir cómo opera la perspectiva de género en los casos concretos, lo que desarrollaremos en el siguiente punto.

III.2. Propiedad relevante: perspectiva de género caso por caso

Sostuvimos, en la sección anterior, que la perspectiva de género puede analizarse desde un punto de vista restringido como la aplicación de la normativa de nuestro sistema jurídico que reconoce la desigualdad entre los géneros. Afirmamos, además, que, en las decisiones judiciales, la normativa incorpora la categoría “desigualdad por razones de género” como propiedad relevante en la resolución de los casos jurídicos individuales, y que opera caso por caso. Por último, señalamos que la generalidad de la normativa no dice cómo aplicar esta perspectiva, lo que nos proponemos reconstruir en este punto.

¿Qué significa que una propiedad sea relevante? y ¿en qué casos es relevante y en cuáles no? Para los autores Alchourrón y Bulygin (2017), una propiedad p es relevante en un caso determinado (supongamos, $C1$), de un universo de casos determinado ($UC1$), con relación a un determinado sistema normativo (A) y un universo de acciones particular ($UA1$), cuando el caso $C1$ y su caso complementario con respecto a p en $UC1$ tienen diferente estatus normativo con relación al sistema normativo A y a $UA1$ (Alchourrón y Bulygin, 2017, p. 149). Es necesario explicar algunos conceptos para comprender esto, que a primera vista parece mucho más complejo de lo que es. Comencemos.

acción positivas 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 de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. El artículo refiere a “igualdad real de oportunidades y de trato”. Consideramos que dicho artículo engloba tanto la dimensión distributiva al referir a igualdad real de oportunidades y a la dimensión del reconocimiento al hablar “de trato”.

Una propiedad es una circunstancia fáctica que el sistema normativo⁶ selecciona como relevante para un problema normativo determinado. Es contingente porque su relevancia o irrelevancia depende de cuestiones valorativas.⁷ Un problema normativo es una pregunta acerca del estatus normativo o deóntico de una acción o conducta. El estatus normativo de una acción o conducta es su permisión, prohibición u obligatoriedad (Alchourrón y Bulygin, 2017, p. 14 y 15). Un Universo de Acciones es un conjunto finito de acciones básicas.

Todo conjunto de propiedades determina un Universo de Propiedades. Toda propiedad de un Universo de Propiedades define un caso posible. Cuando la propiedad definitoria de un caso es una conjunción que contiene todas las propiedades del Universo de Propiedades o sus negaciones, el caso es elemental. El conjunto de todos los casos elementales, se denomina Universo de Casos (Alchourrón y Bulygin, 2017, p. 17).

Por último, dos casos son complementarios en relación a la propiedad determinada si, y sólo si, en uno de ellos esa propiedad está presente y en el otro ausente, permaneciendo constantes el resto de las propiedades definitorias del caso (Alchourrón y Bulygin, 2017, p. 151). La presencia o ausencia de la propiedad determina un cambio en el estatus deóntico de la acción y, por ende, en la solución normativa del caso.

El concepto de relevancia tratado aquí es un concepto *descriptivo*, esto es, el estado de cosas que de hecho se da en un sistema normativo determinado (Alchourrón y Bulygin, 2017, p. 151). Se distingue del concepto *prescriptivo* de relevancia, que determina que un caso normativo y su complementario deberían tener distinto estatus normativo.

El ejemplo que utilizan los autores resulta muy esclarecedor de los conceptos desarrollados. Una persona que posee un inmueble (no es propietario) lo transfiere a un tercero. Tenemos que resolver la pregunta de en qué circunstancias el tercero adquirente de un inmueble está obligado a restituir ese inmueble a su propietario en el sistema jurídico argentino. Tenemos que saber si una acción -restituir el inmueble (R)- es obligatoria o no. Esta acción se realiza dentro de un conjunto de situaciones que comparten la propiedad común de ser una transferencia de un inmueble que pertenece a terceros. Nos preguntamos, entonces, en qué circunstancias R es obligatorio. En este caso, la acción del ejemplo es una sola, por lo que el Universo de Acciones está formado solo por una acción.

Las propiedades relevantes que el sistema jurídico determina son tres: buena fe del adquirente, buena fe del enajenante y el título oneroso de la enajenación. La presencia o ausencia de cada una de las propiedades definirá un caso distinto, en el que la acción de restitución será obligatoria, prohibida o facultativa. Las normas del sistema normativo determinan las soluciones normativas de cada uno de estos casos. Tomemos el título oneroso de la enajenación y veamos qué pasa frente a su ausencia o presencia, permaneciendo las demás constantes. Una de las normas del sistema jurídico argentino establece que, si la enajenación fue a título oneroso, no procede R. Esto es lo mismo que decir que

⁶ Alchourrón y Bulygin sostienen que su modelo es aplicable a cualquier sistema normativo, de los cuales los sistemas jurídicos son una clase.

⁷ Lo que quieren decir con esto los autores es que la decisión sobre qué propiedad es relevante y cuál no lo es es una cuestión valorativa que corresponde realizar a los legisladores y legisladoras. A Alchourrón y Bulygin no les importa si esa propiedad elegida como relevante es buena, o promueve algún valor considerado importante en un determinado grupo social, sino que les interesa, en tanto esa propiedad forma parte de un sistema jurídico e influye en el estatus normativo de ciertas acciones de un universo de acciones. En ese sentido, la propiedad es contingente: los legisladores y legisladoras podrían haber elegido “el tamaño de la nariz del propietario del inmueble” (ejemplo usado por los mismos autores), para determinar si la restitución del inmueble es obligatoria o no, en lugar de “el título oneroso del acto”, y, a los efectos de la propuesta de los autores, sería indiferente. Lo que les interesa es cómo operan las propiedades relevantes, no cuáles son (Alchourrón y Bulygin, 2017, p. 16).

cuando la propiedad relevante “título oneroso” está presente, R es *facultativo*. Por el contrario, cuando esa misma propiedad está ausente, la restitución es *obligatoria*.⁸

Veamos ahora cómo funciona la propiedad relevante “desigualdad por razones de género”. Para ilustrar esto, utilizaremos un caso real resuelto en la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), conocido como el caso “Sisnero”.

Con fecha del 20 de mayo del año 2014, la CSJN resolvió los autos caratulados "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo". El eje central de la discusión versaba sobre si la empresa de servicio de transporte público de pasajeros había vulnerado el derecho constitucional de las mujeres, en tanto grupo desaventajado, y de la actora en particular, a no ser discriminadas en el proceso de selección a los fines de acceder a un empleo como conductoras de colectivos. Así, Mirtha Graciela Sisnero junto con la Fundación Entre Mujeres (FEM), interpusieron una acción de amparo en contra de la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA), la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT) y las siete empresas operadoras de SAETA que tienen a su cargo los ocho corredores de transporte público urbano de pasajeros en la ciudad de Salta. Según la actora, el amparo fue motivado por el rechazo arbitrario y discriminatorio en su intento por acceder a un puesto de trabajo como conductora de colectivos en la empresa de transporte público urbano de Salta. Llegados los autos a la CSJN, el tribunal hizo lugar a la queja, argumentando que existía discriminación por motivo de género por parte de las empresas de transporte, por el hecho de quedar acreditada la inexistencia de mujeres en los puestos destinados a conducir los colectivos.

Si reconstruimos el fallo, debemos comenzar advirtiendo que existe una línea jurisprudencial respecto a cómo abordar los casos de discriminación hacia la mujer. En este sentido, la CSJN cita como antecedente lo resuelto en “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo” en noviembre de 2011. En dicho antecedente, la CSJN resolvió que, en casos donde la parte actora afirma un trato discriminatorio basta con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para *inducir* su existencia y, por tanto, corresponde al demandado la carga de la prueba respecto a que dicho acto tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.⁹ En Sisnero la CSJN mantuvo el precedente y falló a favor de la actora toda vez que la demandada no pudo acreditar que la inexistencia de mujeres en los puestos de chofer de colectivo no implicaba un trato discriminatorio.¹⁰

La acción que podemos identificar en este caso es “contratar a mujeres como choferes de la empresa de transporte público”. Diríamos que esta acción, en el sistema jurídico argentino, en virtud de la libertad del empleador de contratar a la persona que considera más idónea para el puesto en cuestión, es *facultativa* (no es obligatorio hacerlo, ni está prohibido no hacerlo). Sin embargo, si tenemos en cuenta la exigencia de no discriminación a las mujeres y minorías sexo-genéricas en razón

⁸ Los autores distinguen entre las normas del Código de Freitas y las del Código Civil de Vélez Sarsfield. Para ver cómo cada caso se soluciona por la combinación de la presencia o ausencia de cada una de las propiedades, véase (Alchourrón y Bulygin, 2017, cap. 1).

⁹ Este principio de reparto de la carga de la prueba en materia de discriminación tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana, en el conocido caso "Mc Donnell Douglas Corp. vs. Green" (fallo del año 1973, publicado en 411 US 792).

¹⁰ Se ha señalado que este caso es un ejemplo en que operan estereotipos normativos. Así, Arena sostiene que: “Los estereotipos, a veces, se usan como normas, más o menos rígidas, sobre el rol de una categoría de personas. Un ejemplo claro de este modo de usar los estereotipos lo encontramos en el caso Sisnero decidido por la Corte Suprema de Justicia argentina, donde se discutía sobre la exclusión de las mujeres en la contratación de choferes por parte de las empresas de transporte público de pasajeros de la ciudad de Salta. Si bien no utilizó el término 'estereotipo', es claro que la Corte Suprema lidiaba allí con estereotipos explícitamente normativos. En ningún momento las empresas intentaron ofrecer evidencia acerca de los rasgos de hombres y mujeres que pudieran incidir en la decisión de contratación, sino que simplemente se alegaba la necesidad de que las mujeres se limitaran a ciertos roles”. Tal como lo manifestó uno de los empresarios en una entrevista, luego agregada a la causa: “Esto es Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias (...). Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos (...) Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y (...) no es tiempo de que una mujer maneje colectivos” (Arena, 2019, p. 17).

de su género,¹¹ diríamos que, si aparece tal supuesto (desigualdad por razones de género), la acción deja de ser *facultativa* y pasa a ser *obligatoria*. Es decir, frente a la presencia de desigualdad por razón de género (propiedad relevante) cambia el estatus deóntico de la acción y, por ende, la solución normativa del caso.

Este caso resulta claro porque demuestra cómo funciona la propiedad relevante “desigualdad por razones de género”, en un universo de acciones unitario y permaniendo el resto de las propiedades constantes. Es una manera simplificada de presentarlo. En la realidad, las normas aplicables a cada caso son muchas más que las dos que establecimos en este caso y las propiedades relevantes son también numerosas.

Lo que debe quedar claro es que la solución normativa del caso cambia frente a la presencia de la propiedad relevante, no porque el juez o la jueza así lo quieran, por mera arbitrariedad o libre interpretación, sino porque hay una norma que forma parte del sistema jurídico que seleccionó previamente (sobre la base de consideraciones valorativas que tuvieron en cuenta los legisladores y legisladoras) una propiedad que, de darse en los hechos, cambia la solución del caso. Esto no significa que los jueces o las juezas realicen una operación automática. Obviamente, tendrán que analizar las circunstancias fácticas y poder determinar en qué casos existe una desigualdad por razones de género, esto es, cuándo el caso concreto es una instancia de la desigualdad estructural que los tratados internacionales y la legislación nacional reconoce como existente.

Agregamos que, cuando el juez o la jueza identifican la presencia de la propiedad relevante, esto tendrá que formar parte de la argumentación de su decisión. Tales exigencias no son nuevas: tienen que ver con el deber de fundamentar sus decisiones, al defender con claridad los hechos y las normas aplicables al caso.

IV. Conclusiones

En el presente artículo demostramos que, en el sistema jurídico argentino, juzgar con perspectiva de género es obligatorio. Para ello, partimos del supuesto de que los jueces y juezas cuando deciden solo pueden aplicar normas del derecho positivo, sin acudir a consideraciones valorativas o morales externas al derecho. Decir que algo es obligatorio, en este sentido, implica la existencia de una norma jurídica positiva que lo establece como obligatorio. Así, sostuvimos que aplicar perspectiva de género -en un sentido restringido- no es otra cosa que aplicar las normas vigentes que establecen la CN, los tratados internacionales y la legislación nacional. Reconstruimos cómo funciona caso por caso la

¹¹ No transcribimos toda la normativa que cita la CSJN en el fallo Sisnero que da apoyo a esta exigencia por razones de espacio. Entre ellas, se menciona el principio de igualdad consagrado en la Constitución Nacional en su artículo 16; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 2 que indica que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”; la Declaración Universal de Derechos Humanos que, en oportunidad de su artículo 2, establece que : “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que indica que los Estados parte se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (artículo 2 1.), y, a su turno, el artículo 26 declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace lo suyo y declara, en su artículo 21, que los Estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que en el artículo 11 indica que los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, la Ley 26485 de Protección Integral a las Mujeres; etc.

aplicación de esta perspectiva en sentido restringido, apelando a la noción de *propiedad relevante* de los autores Alchourrón y Bulygin.

Al distinguir entre sentido amplio y restringido de perspectiva de género, no era nuestra pretensión señalar que uno era superior, preferible o mejor que el otro, sino que se aplican a situaciones diferentes y tienen distintos objetivos. El sentido amplio es una crítica al fenómeno jurídico en su conjunto, es externo, normativo y pretende identificar qué tipo de desigualdad existe de hecho entre los géneros, y dar razones de por qué debemos reformar el sistema jurídico para combatirlas. Es clave, en tanto identifica esa desigualdad estructural que se da en los hechos y brinda razones normativas para eliminarla.

El sentido restringido, en cambio, es interno a un sistema jurídico determinado y se aplica a la resolución de casos judiciales individuales: describe las normas del sistema -indica que en nuestro sistema es obligatoria la perspectiva de género en la actividad judicial, ya que hay normas que así lo determinan- y cómo estas operan en la resolución de los casos, cuando aparece la “desigualdad por razones de género” como *propiedad relevante* (es decir, una propiedad cuya presencia o ausencia cambia el estatus normativo de una acción y, por ende, la solución normativa de un caso). Las propiedades relevantes, insistimos, están determinadas en las normas de un sistema jurídico particular, en este caso, el argentino.

Bibliografía

Alchourrón, C.E. y Bulygin, E. (2017). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias sociales*. Astrea (2da ed.).

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción al castellano de Ernesto Garzón Valdes. Centro de Estudios Constitucionales.

Alegre, M. (2004). ¿Quién le teme a la igualdad? En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, pp. 181-210.

Arena, F. J. (2019). Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos. En Bouvier, H. G., Arena, F.J (dirs.), Risso, M. V. y Pezzano, S. (eds.). *Derecho y Control* (2), Ferreyra Editor (pp. 11-44).

Facio, A. (2002). Con los lentes de género se ve otra justicia. En *El otro derecho*, 28, Colombia, pp. 85-102.

- Fraser, N. (2006). La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación. En Fraser, Nancy y Axel Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento?* Ediciones Morata.
- Funes, S. (2019). Reflexiones sobre las teorías de la interpretación desde una perspectiva de género. En Bouvier, H. G., Arena, F.J (dirs.); Risso, M. V. y Pezzano, S. (eds.). *Derecho y Control (2)*. Ferreyra Editor (pp.125-156).
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hart, H. L. A (2012). *El concepto de derecho*, traducción al castellano de Genaro Carrió. Abeledo Perrot (3ra ed.).
- Mattio, E. (2012). De qué hablamos cuando hablamos de género. En Morán Faúndes, J. M; Sgró Ruata, M. C. y Vaggione, J. M. (eds.) *Sexualidades, desigualdades y derecho. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos*. Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad, UNC.
- Ronconi, L. (2018). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. En *Isonomía*, 49. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182018000200005#
- Olsen, F. (1990). El sexo del derecho. En David Kairys (ed.). *The Politics of Law*. Pantheon. (pp.452-467).

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”. <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-pellicori-liliana-silvia>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Sisnero Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva S.R.L. y otros s/ amparo”. <http://www.saij.gob.ar>

DOI: 10.5281/zenodo.5420276



Atribución – No Comercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales.