

---

# INTERPRETACIÓN Y GÉNERO

---

DÉBORA FIIHMAN Y SILVIA CÉSPEDES

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |  
Octubre 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |  
pp. 271-287

*“Los dogmas no son concluyentes sino ocluyentes, tapan el libre juego de nuestros sentidos y la libertad de nuestra razón”.*

Fernando Savater

## 1. INTRODUCCIÓN

Muchas veces en el mundo del derecho los conceptos de flexibilidad o mutabilidad pueden ser resistidos. El normativismo se ha caracterizado por sus rasgos pétreos y netamente positivistas.

Sin embargo, una mirada ontológica del derecho nos permite observar que aceptar una construcción estática del derecho nos enfrenta a dogmatismos que dejan poco lugar para una verdadera racionalización de las normas jurídicas.

En este afán de obtener una realidad material del derecho y no puramente formal es que nos adentramos en este trabajo abordando los diversos parámetros que existen a fin de aplicar la ley en el mundo actual.

Corresponde anticiparnos a afirmar que nuestra preocupación principal son las decisiones jurídicas, partiendo de entender al derecho como conformado tanto por normas y como por principios, por cuanto estos últimos deben ser tenidos en cuenta a la hora de la aplicación de la ley.

Finalmente, en concordancia con nuestra intención de concebir al derecho como una ciencia no dogmática capaz de mutar y adaptarse con las herramientas históricas culturales y sociales entendemos que sin duda hay un novedoso principio que ha logrado conmovier de manera transversal todas las áreas del derecho y esto



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons  
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina



es la perspectiva de género.

Esta calidad transversal y la profundidad de su contenido es lo que nos han llamado a entender la importancia de su inclusión y sus múltiples implicancias en el mundo del derecho.

Desde este lugar, analizaremos como los nuevos parámetros de construcción de la cultura de género y de los derechos de la mujer, se han convertido en una verdadera revolución en el mundo de la interpretación jurídica.

En este marco, la aplicación de la perspectiva de género como principio de interpretación plantea un desafío para nuestros tribunales, interesándonos particularmente la Interpretación Constitucional de Nuestro Superior Tribunal. Por lo cual nos abocaremos a su análisis

## **2. LA INTERPRETACION JURIDICA Y SUS CONSECUENCIAS**

Dentro de las nociones básicas del derecho, existe una arista que muchas veces resulta subestimada, que consiste en ese paso de la universalidad normativa a la concreción de la vida práctica del derecho. Ese paso al que llamamos: “momento interpretativo”, requiere necesariamente una actividad racional que determina la aplicación del derecho por parte de los jueces.

Así, observamos que la teoría del derecho parte de las descripciones y de la experiencia y se nutre de las prácticas efectivas de los Tribunales, en las que cobra fundamental importancia lo decidido por las Cortes Constitucionales, que resultan ser los últimos intérpretes. De allí, la importancia de entender la compleja práctica constitucional que redunda en la realidad concreta de la aplicación del plexo normativo en su integridad.

Por eso afirmamos con certeza que, el derecho y la teoría no pueden resultar ajenos al cambio socio-cultural, al que se suma la mutación en la concepción de la justicia constitucional. En el s. XX la justicia constitucional era concebida principalmente de modo formal, concentrada y diseñada de acuerdo con el modelo kelseniano: la constitución limitando los poderes del estado y/o protegiendo los derechos fundamentales. Este modelo se contrapone con el modelo difuso norteamericano o de “judicial review”, consagrado en Estados Unidos por el Juez Marshall desde la Sentencia *Marbury v. Madison* en 1803, a partir de los precedentes de control de constitucionalidad

de leyes estatales.

En nuestro país, la Corte Suprema, si bien ha tomado en préstamo diversos precedentes de su par americano, no ha adoptado en particular ningún modelo definido de decisión, teniendo influencias tanto del derecho continental europeo como del americano.

En el plano de la filosofía del derecho, Schmitt, quien ha polemizado con Kelsen y cuyo pensamiento ha sido soslayado por razones que no cabe analizar en estas líneas, sostiene que el “*derecho es la positivización de la voluntad de quien decide*”, tanto referida a los principios constitucionales, las normas generales o las decisiones judiciales. La ley en sí misma no gobierna: su génesis como norma civil requiere una decisión-acción humana que, a través de la normatividad estatal, configura un orden existencial y convivencial concreto. La ley es “tal”, sólo si un ser humano la aplica, esto es, la particulariza, la ejecuta, juzga con ella. Si bien esta concepción es la que da base al llamado *decisionismo*, con el que se identifica el pensamiento del jurista alemán, sus palabras resultan hoy particularmente relevantes. Su polémica con Kelsen encierra un largo contrapunto en relación a quién debe ser guardián o protector de la Constitución, en una época en la cual la situación política y constitucional era de por sí compleja. En este contrapunto están también los autores que dirigen profundas críticas en torno al excesivo formalismo de la teoría kelseniana como “lógica vacía”, incapaz de dar cuenta de los fenómenos reales de la vida del derecho. Su pureza científica y el consiguiente rechazo a toda intromisión valorativa o política en la ciencia es entendida como una mera expresión de la vieja ideología liberal positivista del S. XIX.

En la actualidad, la justicia constitucional trasciende ambas concepciones y se entiende como un concepto material y sustantivo, produciéndose, para algunos autores, una conexión necesaria entre el derecho y la moral.

Como lo explica Sagüés en su análisis jurisprudencial, la Corte ha ido receptando esta idea de que la “interpretación auténtica de la Constitución no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad le impide envejecer con el cambio de ideas crecimiento o redistribución de intereses “Cochia” Fallos: 316:2624”

Es decir, la complejidad de la interpretación constitucional nos obliga a realizar una reflexión que implica aceptar que las decisiones de la Corte Suprema como último interprete de la constitución, trae

aparejado el reconocimiento de una concepción filosófica que acepta una mirada no rígida de ese texto normativo. Así, en este proceso van adicionándose, cual ingredientes, múltiples factores que implican la aplicación de principios jurídicos, adquisición de miradas teológicas, búsqueda de consensos sociales y culturales.

Las consecuencias de esta postura que venimos sosteniendo son múltiples, por un lado la constitución al no resultar dogmática permite la retroalimentación del tejido social, siendo que una interpretación dinámica de la misma conlleva a la introducción de concepciones dinámicas del derecho.

Desde este lugar podemos decir que la interpretación constitucional resulta un elemento más en la construcción de legitimidad democrática, pues su aplicación se convierte en causa y consecuencia de procesos políticos.

Incluso las tesis opuestas coinciden en este punto pues para para Kelsen, los tribunales constitucionales constituían un medio idóneo para hacer efectiva la esencia de la democracia, ofreciendo un instrumento para la protección de los derechos de las minorías frente a las decisiones de la mayoría, pero también representaba una garantía para la voluntad del Parlamento expresada en las leyes.

Para Schmitt, el orden jurídico reposa sobre una decisión y no sobre una norma. Los litigios constitucionales son siempre políticos como también las dudas y opiniones sobre la interpretación de las leyes constitucionales. Una decisión sobre la constitucionalidad nunca es apolítica y la comprobación de la constitucionalidad de las leyes es una exigencia del Estado de Derecho. Distingue así a la Constitución entendida como decisión sobre la existencia política de un Estado de la ley constitucional, como la realización normativa que presupone aquélla como fundamento. Agrega que toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza de manera efectiva, una misión de legislador.

Esta conclusión a la que arribamos, no es menor e incluso es el disparador que nos convoca al objetivo mismo de este trabajo. Pues la interpretación constitucional será atravesada inevitablemente por el paradigma socio cultural de la época, colaborando asimismo con la construcción de las nuevas concepciones de derechos fundamentales.

Así, las Cortes Constitucionales se evidencian como protagonistas, que tutelan y promueven, los derechos básicos de nuevos movimientos sociales. En este marco las cuestiones de género se posi-

cionan como una revolución jurídica que nosotros nos proponemos indagar y entender, convencidos de que la teoría jurídica no puede ser dogmática sino un proceso que da “vida al derecho” como ciencia netamente social.

### 3. CONCEPCIONES SOBRE GÉNERO:

La problemática referida a la cuestión de género supone, de por sí, el reconocimiento de un enorme cambio socio-cultural. Si bien la cuestión puede ser abordada desde ángulos diversos, resulta fundamental tener presente que el “género” es entendido como conjunto de asignaciones de todo tipo -potencialidades y prohibiciones- que la sociedad atribuye a los sexos.

La categoría género remite necesariamente a las diferencias, imprimiéndole a la diferencia biológica entre los sexos connotaciones de tipo cultural, que llenan de un contenido especial lo femenino y lo masculino.

La problematización de las relaciones de género logró romper con la idea del carácter natural de las conductas femeninas o masculinas, de modo que se ha logrado visibilizar que la categoría de género se construye socialmente a través de un proceso de socialización que utiliza instituciones como: la familia, la escuela y el Estado.

El feminismo realiza valiosos aportes que comprenden que las mujeres no deciden espontáneamente sus roles en la comunidad, sino que hay un entrenamiento diario que las prepara para el lugar que ocupan socialmente.

Así, Judith Butler explica excepcionalmente que “...*el género es entonces precisamente eso, una identidad construida, un resultado performativo llevado a cabo para la audiencia social mundana.*”

Es en esta línea que a finales de los años ochenta, comienza a visibilizarse el concepto de deconstrucción a fin de lograr revelar y evidenciar el status de las posiciones de poder entre mujeres y varones.

Esto significa, que las diferencias propias de cada género sean recibidas como aquel enriquecimiento que nos provee “lo otro”, sin que sean jerarquizadas en ninguno de los dos sentidos. En efecto, el feminismo no tiene una filosofía de oposición, sino una filosofía política de alternativas. A fin de favorecer una sociedad igualitaria. Luchamos por la deconstrucción del patriarcado y por la construcción de relaciones igualitarias.

Esta corriente obliga al mundo jurídico a una resignificación del

concepto de “igualdad”, lo cual implicará múltiples consecuencias no solo en la legislación sino también en la aplicación misma del derecho a través de la interpretación de principios alineados con esta mutabilidad social.

En este marco, nace la integración del principio de la perspectiva de género, que consiste en una estrategia metodológica para detectar y equilibrar las desigualdades entre los géneros, a través de la implementación, monitoreo y evaluación de políticas y programas en la todas las esferas sociales e institucionales de construcción de poder.

Claramente el enfoque jurídico como reflejo de la sociedad en la que transita, no puede escapar de esta lógica, por cuanto tanto la normativa como la interpretación judicial deben ser atravesadas por este principio de perspectiva de género.

Es así, que a partir de 1994 con la incorporación de los tratados internacionales y demás leyes, nuestro país dictó en consecuencia una vasta regulación jurídica en relación con la protección integral a las mujeres. Esta normativa tiene por objeto la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, y las relaciones de poder sobre la mujer. Convirtiéndose, en definitiva, como de orden público, la exigencia encaminada a que los tres poderes del Estado adopten las medidas necesarias y velen por el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones.

En este sentido Marcel Basterra explica que esta visión realiza un análisis de la desigualdad estructural entre sujetos privilegiados y grupos desaventajados.

Al respecto, se afirma que este enfoque “(...) *provee marcos teóricos y metodologías útiles para analizar e intervenir sobre las desigualdades estructurales en el acceso a bienes materiales y simbólicos que afectan a los sujetos en función de su identidad o expresión de género, el complejo modo en que se apropian subjetivamente de, y son asignados socialmente en relación con, la feminidad o la masculinidad.*”

En este sentido, la incorporación de esta perspectiva en las políticas públicas se vuelve trascendental, ya que su ausencia consagra privilegios para los grupos hegemónicos y refuerza las condiciones de vulnerabilidad que afectan a este colectivo históricamente discriminado.

En el mismo sentido debe concluirse que siendo que el género es una construcción social que se crea y transmite cultural y socialmente, su deconstrucción a fin de lograr la equidad de género requiere de

la actuación del Estado para impulsar modificaciones en el sistema y eliminar roles patriarcales.

En lo que nos cabe respecto del mundo normativo, debemos entonces entender la primerísima función que poseen los intérpretes judiciales en la aplicación de las reglas jurídicas. Los aparatos judiciales no pueden estar ajenos al principio de perspectiva de género, siendo que la jurisprudencia que establecen, contribuye al acervo intelectual y socio-cultural que en definitiva redundará en la contribución de la deconstrucción de estereotipos de género que impliquen condiciones de desigualdad para la mujer.

Se trata, entonces, de un cambio de paradigma donde desde una plataforma teórica se cuestionen los estereotipos y se elaboren nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad.

#### **4. LA REGULACION EN MATERIA DE GÉNERO Y SU TRANSVERSALIDAD:**

De nuestros análisis entonces se desprende, que entre las cuestiones que hoy se encuentran en el centro de la preocupación de la teoría jurídica hay dos particularmente interesantes, cuyo entrelazamiento invita a la reflexión.

Una de ellas es la interpretación constitucional a la que ya nos hemos referido, y la otra, de la cual no puede desentenderse, es la cuestión de la perspectiva de género.

Esta última tutelada como consecuencia de la asunción, por parte de la Argentina, de un fuerte compromiso con los derechos de género. Así, la reforma constitucional de 1994 modificó la jerarquía de fuentes normativas e introdujo más de una decena de instrumentos internacionales referidos a derechos humanos, a los que les otorga jerarquía constitucional. En sede judicial se comenzó a manejar una doble fuente de protección de los derechos fundamentales: por un lado, la que brinda la propia Constitución Argentina y, por otro, la que proviene del derecho internacional de los derechos humanos. A tales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos se sumó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, por cuya adhesión se adopta la perspectiva de género como principio interpretativo más que una mera directiva de interpretación.

Son dos las leyes fundamentales que tratan la problemática de género: la 26.485 de 2009 y la 27.501 de 2019, conocida como “Convención Belém Do Pará, ratificada por la Argentina mediante la ley 24.632. Sin embargo hay otras leyes como la n° 27.501, que incorpora el acoso callejero como modalidad de violencia a la mujer, la n° 27.452 que en el artículo 1 crea el Régimen de Reparación Económica para las niñas, niños y adolescentes, la n° 27.363 que modifica el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina para privar en ciertos casos de la responsabilidad parental, la n°27.352 que modifica el Código Penal de la Nación con el objetivo de precisar las acciones que implican el delito de abuso sexual, la n° 27.234 que establece las bases para que en todos los establecimientos educativos del país, públicos o privados, de nivel primario, secundario y terciario se realice la jornada “Educar en Igualdad: Prevención y Erradicación de la Violencia de Género”, la n°27.210 que crea el Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género en el ámbito de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la n°26.842 que modifica la ley 26.364 de Trata de personas y asistencia a sus víctimas, la n°26.791 y Decreto 2396/2012, que tipifica el homicidio agravado de mujeres y también la Ley de Identidad de Género (Ley 26.743) reglamentada por dec. 1007/2012.

En esta línea, en el año 2004 se creó en el marco de la OEA, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESCEVI) que tiene un foro de intercambio y cooperación entre los entre los Estados Parte de la Convención y posee un Comité de Expertas/os, que se encarga de realizar el análisis y evaluación del proceso de implementación de la Convención.

Emblemática resulta la ley Micaela, que impone el deber para los tres poderes del estado de implementar la capacitación obligatoria, en las temática de género, así observamos que en el informe de elevación del proyecto, invoca el informe particular para Argentina N° 6 de la CEDAW (2010) que en el párrafo 16, insta: “al Estado parte a que vele por que la judicatura, incluidos jueces, abogados, fiscales y defensores públicos, conozca los derechos de la mujer y las obligaciones del Estado parte con arreglo a la Convención. En el informe se alienta al Estado a que imparta capacitación sobre cuestiones de género a todos los miembros del sistema de justicia, entre ellos los organismos encargados de hacer cumplir la ley, y a que vigile los resultados de esa labor.”

La remoción de las dificultades para el acceso efectivo de la mujer

en la justicia, a través de la modernización de los aparatos judiciales, no escapa al rol que en ello cumple la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que en las últimas décadas ha realizado diversas gestiones en el sentido indicado. Una de estas gestiones fue la creación de la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) en 2006 con el objetivo de facilitar el acceso a justicia de las personas que, afectadas por hechos de violencia doméstica, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad.

En el año 2016 las funciones de la OVD fueron ampliadas a través de la acordada 21, y comenzó a atender casos de trata de personas con fines de explotación sexual y/o de explotación de la prostitución, extendiéndose las personas que podían realizar denuncias.

Antecedente de esta tarea es la capacitación en género organizada por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación bajo la dirección de la Ministra Carmen María Argibay. En el año 2010, un grupo de personas especialmente entrenadas comenzó a realizar réplica de los talleres en sus propios ámbitos empleando un material elaborado por dicha oficina, y validado por el Sistema de Naciones Unidas en Argentina. El material tenía por objeto que quienes se desempeñan en la Justicia adquirieran las herramientas conceptuales que les permitiera, por un lado, mejorar las relaciones interpersonales, ajustándolas a los estándares internacionales de igualdad y no discriminación, y por el otro, dar una respuesta acorde con el programa constitucional y los tratados internacionales firmados por nuestro país a quienes se presentan al sistema de Justicia.

Más recientemente el Alto Tribunal puso a disposición de las agencias ejecutivas una herramienta de análisis de riesgo. Esta herramienta fue acompañada por un documento en el que resalta que la promoción de las condiciones de acceso a justicia eleva los niveles de legitimidad democrática de los sistemas políticos de la región, y su fortalecimiento propicia la vigencia del Estado de Derecho, como una condición esencial para el desarrollo social, armónico y la plena vigencia de la democracia. Recuerda que, en las obligaciones positivas de proteger, promover y aplicar, contenidas en los tratados de derechos humanos se incluye también la obligación de proceder con la debida diligencia. Esta disposición se incluyó en el apartado b) del párrafo 125 de la Plataforma de Acción de Beijing (1995). En el plano regional, el apartado b) del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra

la Mujer (1994) (Convención de Belém do Para) requiere que los Estados actúen “con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”.

Del análisis desarrollado, podemos observar que existe una manera novedosa en el abordaje de los temas de género, la cual incluye la articulación de las conductas sociales y las conductas estatales. Esto implica el tratamiento del tema en los tres poderes del estado.

A esta concepción que atraviesa el entretreído social, desde todas las áreas del estado, se la ha llamado “transversalidad”, Dicho término fue acuñado en la Conferencia de la Mujer de Beijing, de 1995 donde, surgió el concepto de “gender mainstreaming” o “transversalidad de la perspectiva de género”.

El *mainstreaming* de género, traducido al español como «transversalidad», puede ser leído como una estrategia que involucra a todos los actores sociales en la búsqueda de la igualdad de género o como la puesta en marcha de herramientas para su análisis.

En realidad, se trata de un enfoque transformador, dotado de un cuerpo teórico propio, que apunta a analizar los impactos diferenciados del sistema de género en varones y mujeres, que permite tener en cuenta las especificidades de las personas como seres integrales y que, al mismo tiempo, ayuda a implementar medidas para corregir las desigualdades.

En la Unión Europea, el “*gender mainstreaming*” se ha consolidado como la estrategia principal para el logro de la igualdad de género y, desde el Tratado de Ámsterdam de 1997, ha sido declarado como “enfoque oficial” para orientar las políticas en la materia de género.

En América Latina, la transversalidad ha sido adoptada por las instituciones estatales relacionadas con el género desde finales de los '90. En el caso de Argentina, como hemos visto, ha sido expresada por múltiples leyes que respaldan este formato integral, no solo de tutela sino de promoción de derechos.

Como claramente lo explica Marcela Basterra: “Este nuevo enfoque implica dejar de lado las políticas aisladas, extendiendo la visión a todos los actores del Estado, no únicamente a las áreas especializadas en los derechos de la mujer”. “El objetivo es incorporar el género a las instituciones y a las políticas públicas en un proceso general de «generización», del que participan –y es reproducido por– varones y mujeres. Como enfoque transformador integral, el *gender mainstreaming* busca producir cambios en dos sentidos: incrementar el número de instituciones involucradas en la búsqueda de la igualdad de géne-

ro y aceptar la existencia de una dimensión de género en la sociedad y las políticas públicas”

“La Organización de las Naciones Unidas ha declarado que la táctica para avanzar íntegramente en la búsqueda de la igualdad entre hombres y mujeres, es la incorporación sistemática en sus respectivos planes de acción del *gender mainstreaming*. Los acuerdos internacionales deben servir como guías para diseñar políticas sectoriales que atiendan las particularidades de este grupo desde este nuevo enfoque. La estrategia de este paradigma busca, según el Programa de las Naciones Unidas, a) el fortalecimiento y la consolidación de una intervención estatal de mediano a largo plazo, y b) la promoción de políticas y programas que contribuyan a alcanzar la igualdad entre el hombre y la mujer. A tal fin, es necesario dejar de lado la concepción del enfoque de género como una mirada sectorial para incorporarlo en el conjunto de proyectos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en la Argentina”.

De lo expuesto entonces, acertadamente podemos deducir que la interpretación del derecho a través de los fallos judiciales, debe convertirse en un resorte más en esta política integral de aplicación de la perspectiva de género. Nos abocaremos en las páginas que siguen, a demostrar esta tesis.

## **5. LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO:**

Corresponde ahora, realizar una aproximación descriptiva del modo en el que la Corte Suprema de Justicia introduce la perspectiva de género en diversos pronunciamientos, convirtiéndose en un principio interpretativo. La teoría del derecho parte de las descripciones y de la experiencia y se nutre de las prácticas efectivas de los Tribunales, en las que cobra fundamental importancia lo decidido por las Cortes Constitucionales.

Los principios interpretativos, así como las reglas, son enunciados prescriptivos que ordenan, permiten o prohíben ciertas conductas humanas. Si bien ambas son normas jurídicas, se observa entre ambos tipos de enunciados diferencias significativas, en especial la forma de aplicación y el modo en que es posible resolver situaciones de contradicción entre ellas. Los principios son normas que tienen una estructura deóntica, ya que establecen

juicios de “deber” ser, son flexibles y susceptibles de ser completados. Para Robert Alexy, son “mandatos de optimización”, puesto que ordenan que se realice algo en la mejor medida posible, y pueden ser cumplidos en diversos grados. Los principios son normas que receptan valores y como tales no pueden ser sino aspiraciones cuyo grado de concreción varía según los sistemas jurídicos, los períodos históricos y la relación con las reglas.

La perspectiva de género, como principio, encuentra fundamento en el derecho de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional, del que se derivan consecuencias impensadas por el constituyente originario. También le da fundamento el art. 37 de nuestra Carta Magna, que establece la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, la que se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral. Reafirma esta directiva el art. 38 CN que tutela la representación de las minorías en los partidos políticos. Por su parte, el art. 75, inc. 23 CN reconoce como una de las atribuciones del Congreso: *“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”*.

La Constitución, como norma jurídica, al desplazar a la ley a un segundo plano, transforma a la interpretación de la ley y sobre todo de la constitución, en un tema de primerísimo orden. La interpretación constitucional presenta un mayor grado de complejidad que la de las normas, peculiaridad que hace que predominen enunciados de principio o enunciados valorativos.

Las características propias de la interpretación constitucional generan teorías y clasificaciones. Desde la teoría se analizan los diferentes enfoques de los intérpretes, las directivas de interpretación, las funciones de la Corte, los límites del intérprete a la hora de tomar decisiones -si es que los tiene-, la justificación de las decisiones, las formas de entender los conceptos constitucionales, los principios constitucionales, etc. De manera inexplicable, todas estas construcciones teóricas son ajenas al derecho constitucional en sí mismo.

En este tiempo, signado por un proceso creciente de descodificación, se desdibujan las fronteras entre el derecho público y el priva-

do. Asimismo, conviven en el sistema jurídico microsistemas con un alto grado de autonomía -con fuentes propias y principios propios-. Entre estos principios emerge la perspectiva de género como un principio interpretativo que atraviesa todas y cada una de las ramas del derecho: el derecho laboral, el penal, el de familia.

En este proceso de descodificación, en el que la Constitución se erige como la principal fuente del derecho, la indeterminación propia del derecho -con el uso cada vez más frecuente de conceptos jurídicos abiertos y la omisión de definiciones tajantes por parte del legislador- conduce a que ciertas cuestiones sean resueltas en los casos concretos. Esta circunstancia pone en el centro de la atención a la actividad interpretativa, protagonizada principalmente por el poder judicial, poder cuya legitimación democrática es puesta en tela de juicio, por múltiples teorías.

Este resulta ser un punto de inflexión en el análisis que nos ocupa, pues siendo el poder judicial un órgano contra mayoritario, sus interpretaciones deben estar sujetas a un severo control de discrecionalidad. Sin embargo, en el caso de la aplicación de la “perspectiva de género” no solo luce coherente con todo el entramado del plexo normativo que lo respalda, sino que asimismo resulta imperiosa su aplicación en virtud la cosmovisión social y cultural en la que la mirada del Juez se halla inserta.

Es así, que la estructura abierta del lenguaje constitucional posibilita la aplicación del texto constitucional a pesar de cambios sociales sustanciales, y es la que posibilita la introducción de la perspectiva de género como principio interpretativo con fundamento en los arts. 16 y 37 de la CN; aunque sigue presente la «objeción democrática», que pone en duda que esté justificado, que una élite reducida pueda tomar decisiones que obliguen a la comunidad en su conjunto.

La perspectiva de género como principio interpretativo, también se forja a partir de la suscripción de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ratificada por el Legislativo. Esta ratificación condiciona la interpretación constitucional en tanto en el Estado de Derecho moderno los derechos son garantizados en sede jurisdiccional. Ello supone que el derecho en cuestión tenga un contenido preciso y que pueda ser ejercido o reivindicado frente a un sujeto no menos preciso.

Al igual que el principio pro homine, se trata de un criterio hermenéutico que informa todo el derecho: es decir, prescribe cuál debe ser la plataforma de acción para interpretar los derechos con un sen-

tido tuitivo o protectorio, dando certidumbre sobre los límites de los derechos fundamentales, y sobre cómo debe dirimirse una decisión jurisdiccional entre diversas soluciones posibles.

## 6. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA:

Veamos ahora, como con acierto la Corte ha dado señales de la aplicación como principio de la “perspectiva de género” en el proceso de aplicación de derechos.

Para ello, es necesario poner énfasis en que la resolución de cada caso debe esmerarse por detectar posibles circunstancias en que se reproduzcan los estereotipos de género que perpetúen las desigualdades entre mujeres y varones.

Un ejemplo de la aplicación del principio de perspectiva de género por parte de nuestra Corte Suprema se observa en un reciente pronunciamiento.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió con relación al despido de un trabajador a causa del matrimonio, en el que examinó la significación de las normas en juego en el actual contexto. De esta manera, resaltaba el cambio de modelo sociocultural que asignaba únicamente a la mujer la responsabilidad de la crianza de los hijos y de las tareas domésticas. En efecto, el paradigma familiar ha experimentado profundas modificaciones en los últimos años, orientándose hacia un nuevo modelo en el cual ambos cónyuges –entre los cuales, inclusive, puede no haber diferencia de sexo- se hacen cargo indistintamente de las tareas y obligaciones domésticas y familiares. Agrega que “las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, [y] está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción” (Fallos: 333:2306, considerando 9°).

En un pronunciamiento anterior, también referido al derecho laboral, expuso las obligaciones estatales establecidas en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Conforme esta convención, el Estado debía adoptar todas las medidas apropiadas “para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar [...] b) el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección [...] y c) el derecho a elegir libremente profesión y empleo [...]”, así como para “eliminar la discriminación

contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas [...]”, “incluso las de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer” (cons. 2°). Sostuvo, asimismo, que el sentenciante de la anterior instancia había reconocido la existencia de los que dio en llamar ‘síntomas discriminatorios en la sociedad’, que explican la ausencia de mujeres en un empleo como el de chofer de colectivos. Un claro ejemplo de esta forma de la discriminación, por cierto, lo constituyen las manifestaciones de uno de los empresarios demandados ante un medio periodístico, quien, con relación a este juicio, señaló sin ambages y “entre risas” que “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”, agregó. (cf. entrevista agregada a fs. 564) (cons. 6)

También en el fallo “FAL” la Corte menciona la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, especialmente artículos 2°, 3° y 5° a 16, la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2° y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículos 4.f y 6.a). Señala que las prácticas de solicitud de consultas y la obtención de dictámenes constituyen una práctica irregular que no sólo contraviene las obligaciones que la mencionada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, sino que, además, puede ser considerada, en sí misma, un acto de violencia institucional. Estas prácticas de efectuar consultas y solicitar autorizaciones, conspiran indebidamente contra los derechos de quien ha sido víctima de una violación, lo que se traduce en procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo que llevan ínsita la potencialidad de una prohibición implícita –y por tanto contra legem– del aborto autorizado por el legislador penal.

Es en otro fallo, que en virtud de la aludida Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer que se revocó la decisión que anuló el auto que había rechazado la solicitud de suspensión de un juicio a prueba (art. 76 bis del Código Penal) en una causa en la que no se había puesto en crisis la calificación de los sucesos investigados como hechos de violencia contra la mujer. La sentencia recuerda que el art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia

contra la Mujer impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha sido incorporado al referido instrumento internacional como nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente. Ello surge de considerar que el sentido del término juicio (“un juicio oportuno” según el inc. f del artículo mencionado) resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal, en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención.

Como observamos la Corte en estos supuestos, ha logrado la aplicación de la perspectiva de género como principio transversal en la interpretación constitucional.

Esta actuación del nuestro superior tribunal, resulta relevante en la medida que su jurisprudencia finalmente se traduzca en todos los resortes del sistema judicial, tal como hemos visto es obligación nacida de los múltiples tratados internacionales en la materia.

Sin embargo, como ha señalado Carmen Argibay: *“Detectar las múltiples situaciones en las que una mujer se encuentra en desventaja por su condición de tal requiere, además de un esfuerzo intelectual para comprender una temática que no fue parte de nuestra formación, agudeza de los sentidos para detectar los estereotipos culturales arraigados que reproducen la asignación de roles de género”* Sin duda ese es el desafío.

## 7. CONCLUSIONES

Cuando Simón de Beauvoir en la frase que define su ideología feminista dice: “No se nace mujer se llega a serlo...” nos está revelando 70 años atrás un concepto que aún estamos develando como sociedad. Y esto es que la posición social y cultural de la mujer ha sido desigualitaria desde los comienzos de la historia por un imperativo categórico cultural. Este camino de deconstrucción, para lograr la igualdad, requiere un esfuerzo que supera normativismos. Por ello como estudiosos del derecho nos sentimos obligados a traer a la escena del debate las implicancias de la interpretación judicial.

El derecho es una herramienta viva, y su interpretación debe reflejar ese sentido fecundo que refleje los procesos que se dan en las sociedades que sin duda se hallan en constante movimiento.

En este caso concreto, nuestro trabajo promueve un primer desafío, que consiste en despertarnos de aquellas concepciones del derecho que resulten dogmáticas. En el caso de la igualdad género, con la certera conciencia de que dicho principio no es un objetivo en sí mismo, sino que es la condición previa y necesaria para lograr cambios estructurales como la reducción de la pobreza, la disminución de la violencia y el logro de objetivos de desarrollo sustentable.

Pero asimismo nos propone otro desafío que nos interpela como actores sociales, donde la abogacía representa un lugar de relevancia para poner en agenda temas que atraviesan a la sociedad. Nuestra vocación de justicia reclama nuestra presencia, para que el derecho nunca pierda su esencia humana y social.

Es un desafío, pero también una enorme responsabilidad que nos merece como protagonistas.