Título: Avances y desafíos de los derechos de género: evaluación de las acciones positivas
Autor: Basterra, Marcela I.
Publicado en: SJA 13/06/2018, 13/06/2018, 1 -
Cita Online: AP/DOC/344/2018

Sumario: I. Introducción.— II. La necesidad de protección y reconocimiento de los derechos de género.— III. El cambio de paradigma en el derecho a la igualdad y las acciones positivas.— IV. Normativa destacada en la materia.— V. Jurisprudencia relevante en la materia.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

En los últimos años han existido numerosas y variadas iniciativas por parte del Estado Argentino tendientes a garantizar la igualdad real de oportunidades de género, a eliminar los obstáculos en el acceso a la justicia por parte de las mujeres, y en definitiva, a erradicar la violencia y la discriminación respecto a este colectivo históricamente relegado.

El cambio también se vislumbra en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto en las denuncias que la Comisión decide llevar a la Corte Interamericana, como en los mismos fallos del tribunal (1).

En este trabajo abordaré los avances y desafíos pendientes tanto en el plano local como en el Sistema Interamericano, en el reconocimiento y protección de los derechos de la mujer.

II. La necesidad de protección y reconocimiento de los derechos de género

En la actualidad las mujeres han ido ganando lugares, adoptando roles que resultaban impensados décadas atrás. No obstante, la realidad de nuestro país y en gran medida del continente americano, sigue arrojando un panorama de desigualdad por lo que subsiste la preocupación por la segregación motivada en el género.

En el ámbito de la Organización de Naciones Unidas (ONU), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer señaló que la discriminación incluye la violencia basada en el sexo, "es decir, la violencia dirigida contra la mujer por el sólo hecho de serlo, o que la afecta en forma desproporcionada", abarcando aquellos "actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad" (2).

La discriminación ha sido utilizada reiteradamente como medio para el logro de la obtención de poder. Así, observamos que se discriminó y excluyó del derecho al sufragio a las mujeres hasta hace un poco más de medio siglo, lo cual ha significado en nuestra historia no sólo la negación del derecho político a elegir y ser elegidas, sino que implicó una capitis diminutio en el ámbito laboral y familiar (3).

En definitiva, coincidimos con quienes señalan que la violencia de género se manifiesta de diversas maneras. A veces como violencia física, otras veces como violencia simbólica mediante discursos e imágenes representativas de relaciones asimétricas de poder entre los sexos. También a través de la discriminación laboral, la diferenciación de remuneraciones por igual tarea, el uso sexista del lenguaje, el aislamiento, la dependencia económica, la transmisión de mandatos y roles entre otras circunstancias (4).

Son muchos los compromisos firmados por el Estado argentino, así como las sentencias que han puesto los derechos de las mujeres en el nivel jurídico más alto de nuestro ordenamiento. Sin lugar a dudas, desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, el avance hacia la igualdad entre mujeres y varones parece encontrar un sólido respaldo.

Pese a esto, no alcanza para que los derechos allí reconocidos se hagan efectivos. Son medidas justas y necesarias, pero insuficientes para acelerar los cambios culturales.

Se trata de un tema sumamente complejo dado que exige un profundo análisis de las condiciones históricas, sociales, políticas y económicas que resultan determinantes al momento de hablar de supuestos como los que aquí nos ocupan; la violencia contra las mujeres, la discriminación estructural y las limitaciones para el acceso a los cargos públicos y al mercado laboral.

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" (5).

III. El cambio de paradigma en el derecho a la igualdad y las acciones positivas

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el principio de no discriminación. En esta línea consideró: "La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual

es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza (6).

Nuestra Constitución histórica (1853/60) receptó un concepto únicamente de igualdad formal expresamente reconocido en el art. 16, en forma similar, numerosos fallos de nuestro más alto Tribunal entendieron que no había razones para nivelar desigualdades de hecho. En consecuencia, igualdad para esta concepción significa neutralidad en el trato del Estado para los particulares, u otras veces, imparcialidad ante los gobernados (7).

Situaciones de estas características, donde se encuentran en juego los derechos de grupos desaventajados —como es el caso de los derechos de la mujer—, exigen un rol activo por parte del Estado para que pueda alcanzarse un equilibrio social a través de mecanismos especiales de tutela, otorgados a las personas que sufren procesos estructurales de discriminación. Así es que se deja de lado el modelo de la igualdad formal, para adoptarse un concepto de igualdad material, que parte del reconocimiento que determinado colectivo requiere de acciones específicas a fin de modificar la estructura social (8).

Hay un cambio de paradigma ya que la visión tradicional de la igualdad se ve complementada, y a veces en tensión, con otra más moderna que advierte que la mera supresión de obstáculos normativos no se traduce necesariamente en un resultado igualitario, sino que es necesario realizar acciones positivas a fin de asegurar la igualdad real (9).

El Tribunal Internacional también se refirió a la necesidad de los Estados de implementar medidas positivas ante situaciones de vulnerabilidad. Al respectó enfatizó: "(...) toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (...)" (10).

Tal como explica Abramovich (11), la adopción del paradigma de igualdad estructural en el Sistema Interamericano trajo aparejada algunas consecuencias, las que obviamente a partir del año 1994 alcanzan a nuestro país.

En primer lugar, hay que tener presente que las acciones afirmativas adoptadas por el Estado no pueden ser cuestionadas por una noción de igualdad formal, sino que su impugnación debe basarse en críticas concretas a su razonabilidad.

En segundo término, corresponde señalar que los Estados no sólo tienen el deber de no discriminar, sino que ante ciertas situaciones de desigualdad sistemática, tienen la obligación de adoptar acciones positivas respecto de ciertos grupos desaventajados. Por último, no debe soslayarse que las prácticas o políticas aparentemente neutrales puede tener un efecto discriminatorio sobre determinados sectores vulnerables.

La reforma del '94 incorporó las denominadas "acciones afirmativas", que presuponen una intervención directa tanto legislativa como administrativa de ejecución, materialización y realización de la igualdad declarada (12).

La nueva Constitución entrañó un avance en la reformulación del principio de igualdad, al superar un concepto meramente formal, adoptando un claro sesgo de constitucionalismo social y de participación activa del Estado en la formulación de políticas públicas. Las acciones positivas implican prestaciones de dar y de hacer, en favor de la efectiva tulela de este principio. El verbo promover utilizado en el inc. 23 del art. 75, supone adoptar y ejecutar políticas activas que den impulso al acceso a la igualdad real y efectiva.

Consecuentemente, de los arts. 37 —igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos—, 38 —representación de las minorías en los partidos políticos—, y 75, incs. 19 y 23 —legislar y promover medidas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato—, surge la indelegable responsabilidad del Estado en la protección de los derechos de la mujer.

IV. Normativa destacada en la materia

IV.1. Tratados internacionales

En el año 1948 la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos (13), que en su art. 2º proclama la igualdad de derechos y libertades

fundamentales para todas las personas, sin distinción de edad, sexo, etnia, condición social ni de otra índole. En el art. 21 inc. 2º dispone que "toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país".

Desde entonces, comienzan a advertirse los primeros avances en favor de la igualdad y el reconocimiento de los derechos de género. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (14) del año 1966, reconoce expresamente la igualdad entre hombres y mujeres. En similar sentido lo hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (15) del mismo año, en los arts. 2.2 y 3. Con posterioridad, en el año 1969 se sanciona la Convención Americana sobre Derechos Humanos (16) cuyo art. 23, inc. 1º.c prevé que "todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: (...) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país". Asimismo, el art. 24 dispone: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

Por otra parte, se dictan varias convenciones específicas en la materia. Siguiendo un criterio cronológico enumeramos la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (17) del año 1948. De ese mismo año, es la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (18) .

En 1952 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (19), disponiendo que éstas tendrán derecho a votar en todas las elecciones, pudiendo ser elegidas para todos los organismos públicos establecidos por la legislación nacional. También prevé que pueden ocupar cargos y ejercer todas las funciones públicas en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna. En igual sentido, se adopta el compromiso de eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública, en la educación, el trabajo, la salud, así como en la esfera económica y social.

En el ámbito interamericano, se adoptó en el año 1994 la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (20), conocida como Convención de Belem do Pará. Esta implicó un gran paso en la protección de los derechos de género al reconocer que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como privado (art. 3º). También tutela el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos.

IV.2. Leyes que garantizan la protección integral de la mujer

En el año 2009 se sancionó la ley nacional 26.485 (21) de Protección Integral a las Mujeres. Esta normativa tiene por objeto tutelar la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, y las relaciones de poder sobre la mujer. La ley resguarda expresamente la igualdad real de oportunidades y de trato, más allá del género. Prevé igualmente, que los tres poderes del Estado sean del ámbito nacional o provincial, deberán adoptar las medidas necesarias para lograr el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad de género (art. 7º).

Varias provincias han adherido a esta norma a través de normas locales, tales como la ley 4203 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (22), ley 10.352 (23) de Córdoba, ley 5903 de Corrientes (24), ley 2550 de La Pampa (25), ley 8561 de La Rioja (26), ley 8226 de Mendoza (27) y ley 1013 de Tierra del Fuego (28), entre otras.

Con posterioridad, en el año 2012 la ley 26.791 (29) modificó el art. 80 del Cód. Penal, incorporando en el inc. 11 el delito de femicidio. El artículo quedó redactado de la siguiente manera: "Art. 80— Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare: (...) 11. a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género". Dispuso igualmente que no se podrá reducir la pena cuando mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima.

El 12 de marzo del presente año ingresó a la Cámara de Diputados el proyecto de ley de equidad de género en materia salarial, nro. 01-PE-2018 que impulsó el Poder Ejecutivo Nacional.

Los puntos más destacados son: 1) Garantiza la equidad de género y la igualdad de oportunidades en todos los aspectos de la vida laboral. Dispone que los trabajadores cualquiera sea su género tendrán los mismos derechos en todo lo relativo al acceso al empleo, selección, contratación, a las condiciones de prestación y al desarrollo o evolución personal/laboral en la carrera dentro de la empresa. 2) Incorpora la igualdad salarial estricta; es decir, que en todo acto por el cual se fijen o estipulen salarios, se asegurará la plena observancia de la igualdad de género en la aplicación del principio constitucional de igual remuneración por igual tarea, y 3) Incorpora la licencia por violencia de género.

IV.3. Normativa nacional y provincial que incorpora acciones positivas en razón del género

En el plano nacional, el art. 37 de la Constitución 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 que tutela la representación de las minorías en los partidos políticos.

Por otra parte, no puede omitirse la manda constitucional del art. 75, inc. 23, que 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". Claramente, el constituyente ya desde ese momento entiende que las mujeres constituyen uno de los cuatro colectivos desaventajados, para los que propone la sanción de leyes que reparen esa situación de inequidad.

Antes de la reforma de 1994 se habían implementado algunas acciones afirmativas. En este sentido, la ley 24.012 (30) de 1991 modificó el art. 60 del Código Nacional Electoral, el que quedó redactado de la siguiente manera: "(...) Las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo del 30 % de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas (...)". Con buen criterio, la cláusula transitoria segunda de la Constitución reformada aclara que las acciones positivas del art. 37 no serán inferiores a las vigentes al momento de su sanción.

En el año 2017 se sancionó la ley 27.412 (31), que dispuso la paridad de género a nivel nacional para las listas de diputados, senadores y parlamentarios del Mercosur. En consecuencia, no será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos.

A nivel jurisdiccional, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es una de las que posee un reconocimiento más amplio de las acciones afirmativas para garantizar la igualdad entre hombre y mujeres.

El art. 36 de la Constitución local prevé: "La Ciudad garantiza en el ámbito público y promueve en el privado la igualdad real de oportunidades y trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a través de acciones positivas que permitan su ejercicio efectivo (...). Los partidos políticos deben adoptar tales acciones para el acceso efectivo a cargos de conducción y al manejo financiero, en todos los niveles y áreas".

La misma cláusula impone cupos para las listas de candidatos a cargos electivos, que no pueden incluir más del (70%) setenta por ciento de personas del mismo sexo con probabilidades de resultar electas. Este porcentaje también se debe respetar en la integración de los órganos colegiados compuestos por tres o más miembros.

Complementa esta protección el art. 38, que destaca: "La Ciudad (...) fomenta (...) las acciones positivas que garanticen la paridad en relación con el trabajo remunerado, la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil o maternidad (...)".

La "Ley Contra la Discriminación" 5.261 (32), si bien no se refiere específicamente a derechos de género, tiene entre sus objetivos prevenir la discriminación en todas sus formas a través de la implementación y el desarrollo de políticas públicas inclusivas, y de acciones afirmativas que promuevan la igualdad de oportunidades.

La Constitución de Entre Ríos [art. 17 (33)] y la Constitución de Neuquén [art. 45 (34)], reconocen expresamente estas medidas a favor de la igualdad de género.

Por último, podemos señalar que son varias las provincias que dieron un paso más, instituyendo un cupo del 50% (cincuenta por ciento) viabilizando la igualdad de posibilidades en los cargos electivos. Sirvan de ejemplo los casos de Santiago del Estero (art. 46 del Código Electoral Provincial) (35), Córdoba (art. 49 del Código Electoral) (36), Río Negro (art. 148 del Código Electoral y de Partidos Políticos) (37) y Buenos Aires (art. 32 de la ley 5109 —Ley Electoral de la Provincia de Buenos Aires—) (38).

V. Jurisprudencia relevante en la materia

V.1. Jurisprudencia argentina

Uno de los fallos emblemáticos sobre discriminación por razones de género y acceso al empleo por parte del colectivo femenino, fue el denominado "caso Freddo" (39). La "Fundación Mujeres en Igualdad" inició un amparo contra la empresa Freddo SA, alegando la utilización de prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de personal. Por su parte, la demandada reconoció que tomaba empleados del sexo masculino, porque además de preparar el producto y atender al cliente, podían cargar baldes con un peso de 10 kg e ingresar a los pozos de frio de gran profundidad y bajas temperaturas.

La sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de primera instancia que no había acogido a la acción colectiva, condenando a la empresa a contratar en el futuro sólo personal femenino

hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida.

Resulta menester destacar la evaluación realizada por la Cámara sobre las "acciones positivas". Argumenta con excelente criterio, que "es sumamente razonable que el legislador intente corregir una desigualdad de la realidad a través de una diferenciación jurídica. Existen casos en los que es menester discriminar para igualar, aunque suene contradictorio, cuando han existido patrones o constantes históricas de trato desigual. Se acude así a los llamados 'programas de acción afirmativa', cuyo propósito es reparar injusticias pasadas".

En este sentido, entendió que el justificativo utilizado por la empresa no podía ser admitido bajo ningún aspecto ya que responde a prejuicios sobre el "sexo débil", agregando que "al limitarse a la mujer la posibilidad de emplearse en determinadas tareas, por la sola razón de su sexo, se está restringiendo arbitrariamente su derecho a elegir una tarea u ocupación (...)".

En esta línea, cabe recordar el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Sisnero, Mirtha G. y otros c. Taldelva SRL y otros s/ amparo" (40) , que se vincula con una situación de inequidad de género en la etapa de acceso al empleo.

Las actoras interpusieron dos pretensiones; una individual y otra colectiva. En relación con la primera, alegaron la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del género, a raíz de la imposibilidad de la señora Sisnero de acceder a un puesto de trabajo como chofer en las empresas demandadas, pese a haber cumplido con todos los requisitos de idoneidad solicitados para dicho puesto. En cuanto a la pretensión colectiva, argumentaron —con razón— la vulneración de los derechos en cuestión, ante la probada falta de contratación de choferes mujeres en el transporte público de pasajeros por parte de las empresas operadoras de Sociedad Anónima del Estado de Transporte Automotor.

Siguiendo esa línea argumental, solicitaron: (i) el cese de la discriminación por razones de género, (ii) la incorporación de Mirtha Sisnero como chofer de colectivo y (iii) el establecimiento de un cupo de puestos para ser cubiertos exclusivamente por mujeres, hasta que la distribución total refleje una equitativa integración de los géneros en el plantel de choferes de las empresas demandadas.

La Cámara hizo lugar al amparo, ordenando a las empresas de transporte a contratar mujeres hasta cumplir con el 30% de cupo femenino de la planta de choferes existentes, y en caso de incumplimiento, a abonar un salario a la mujer que estuviera en primer lugar de la lista de aspirantes de la Autoridad Metropolitana de Transporte.

La Corte Suprema de Justicia de Salta revocó el pronunciamiento por entender que no se configuraba caso judicial, toda vez que no se demostró que las empresas convocaran sólo a hombres para cubrir sus puestos vacantes.

El caso llegó a la Corte Federal, que deja sin efecto la sentencia impugnada reenviando la causa a la Corte provincial para que dicte un nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta la discriminación alegada y debidamente probada. En forma complementaria, destacó que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional.

En este precedente se hace referencia a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que dispone que los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en materia de empleo, a fin de asegurar el derecho de acceso a iguales oportunidades, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección. En esta línea, se pronuncia el Convenio nro. 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Un fallo reciente sobre la problemática del acceso a los cargos públicos es "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros c. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo" (41) .

En el año 2013 la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires designó como nuevo auditor General de la Auditoría General de la Ciudad, al Sr. Facundo del Gaiso. La Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), la Fundación para el Estudio e Investigación de la Mujer (FEIM), el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) y la Fundación Mujeres en Igualdad (MEI), iniciaron acción de amparo contra la Legislatura, con la siguiente finalidad: a) que se declarara la nulidad de la mencionada resolución y b) que se le ordenara a la demandada realizar un nuevo nombramiento adecuado al cupo femenino, previsto en el art. 36 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (42) y en el art. 138 de la ley 70 (43), sobre Sistemas de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la Ciudad.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda, declarando la nulidad de la resolución cuestionada. Además, dispuso la reparación del daño colectivo de acuerdo con lo previsto en el art. 15, inc. d) de la ley contra la Discriminación 5261 (44), es decir, la emisión de disculpas públicas al grupo objeto de

discriminación —en este caso las mujeres— y la publicación de tales disculpas en uno de los medios gráficos de mayor tirada en el ámbito de la Ciudad.

Resolución que fue apelada por la demandada. Por ello, la sala III de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declaró parcialmente abstracta la demanda, ya que cuando las actuaciones arribaron a esa instancia se habían elegido nuevas autoridades para la Auditoría General. No obstante, confirmó la sentencia apelada en cuanto a la invalidez de la designación cuestionada, en el entendimiento que el cumplimiento del cupo constituye un elemento reglado del acto de nombramiento en examen, el que no puede ser soslayado por consideraciones vinculadas a la oportunidad, mérito o conveniencia de una solución diferente de la establecida en la norma.

En este sentido, el 70% (setenta por ciento) del total de 7 (siete) miembros con que cuenta la Auditoría General de la Ciudad es igual a 4,9. Por lo tanto, la designación que dota al órgano citado de 5 (cinco) integrantes del mismo género supera el límite numérico señalado, e incumple con el mandato constitucional. Asimismo, confirmó la reparación dispuesta en la sentencia de grado. Señaló igualmente que la medida de reparación del daño colectivo prevista en el art. 15, inc. d) de la ley 5261 resulta adecuada para evitar la repetición de conductas discriminatorias y cumplir con los fines enunciados en dicha norma.

V.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la actualidad son varios los fallos en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado sobre la violencia hacia la mujer.

Es interesante destacar que el accionar del Tribunal Internacional en esta materia fue muy limitado hasta el año 2006, en gran medida por la reticencia de la Comisión a enviarle demandas individuales referidas a cuestiones de género. Sin embargo, la Corte podría haber incorporado la perspectiva de género en casos anteriores (45) como "Loayza Tamayo vs. Perú" (46) o "Maritza Urrutia vs. Guatemala" (47) que se trataban sobre el secuestro y/o detención arbitraria de mujeres.

En el precedente "Penal Miguel Castro Castro vs. Perú" (48) del año 2006, se puede ver como la Corte empieza a incorporar esta perspectiva. En esa oportunidad señala: "Al analizar los hechos y sus consecuencias la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres. Ha sido reconocido por diversos órganos peruanos e internacionales que durante los conflictos armados las mujeres enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como "un medio simbólico para humillar a la parte contraria".

En el año 2009 dicta sentencia en un caso paradigmático: "González y otras ("campo algodonero") vs. México" (49), en donde trata la desaparición y muerte de tres jóvenes en la Ciudad de Juárez. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegó ante el Tribunal la responsabilidad internacional del Estado mexicano por: (i) la falta de medidas de protección a las víctimas, (ii) la ausencia de políticas públicas de prevención de estos crímenes, pese al conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género en la zona, (iii) la inexistencia de respuesta por parte de las autoridades frente a la desaparición, (iv) la ausencia de debida diligencia en la investigación de los asesinatos; y (v) la denegación de justicia y de reparación adecuada.

La novedad del caso reside en el abordaje que hace la Corte, enfatizando como causal el contexto de desigualdad estructural en el que se encontraban las víctimas.

No obstante, coincidimos con quienes entienden que el análisis del Tribunal resulta en algún punto insuficiente, dado que basó las causales de desigualdad estructural solamente en factores culturales, omitiendo los referidos a la estructura de producción que atraviesa las formas de acceso al empleo y su relación con la desaparición y muerte de las mujeres; que en definitiva se trata de trabajadoras, jóvenes, por lo general migrantes de escasos recursos económicos, sometidas a condiciones cercanas a la explotación laboral (50).

En esta línea, el Tribunal Internacional consideró que: "(...) el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (...), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes (...). La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer (...)" (51).

Con posterioridad, en el caso "Gelman vs. Uruguay" del año 2011 destacó: "Los señalados actos cometidos contra María Claudia García pueden ser calificados como una de las más graves y reprochables formas de violencia contra la mujer, que habrían sido perpetrados por agentes estatales argentinos y uruguayos, que

afectaron gravemente su integridad personal y estuvieron claramente basados en su género" (52).

VI. Conclusiones

Como surge de la normativa y la jurisprudencia previamente analizada, son innegables los avances a favor de la igualdad entre hombres y mujeres que han tenido lugar tanto a nivel internacional como nacional y provincial.

No obstante, coincidimos con quienes señalan que aún persiste un desafío en el camino recorrido entre "igualdad formal" e "igualdad real", es decir entre la existencia de los derechos y, su reconocimiento, exigibilidad y efectivo goce. En particular, este tránsito ha sido más lento y desigual para las mujeres (53).

Las referidas situaciones de incumplimiento o imposibilidad efectiva del ejercicio de estos derechos se dan de manera recurrente, como podemos observar en varios de los fallos analizados.

De nada sirve la afirmación de derechos de modo abstracto sin la implementación de acciones de tutela, para que se hagan concretos y visibles. Hacia allí deben dirigirse los esfuerzos de todos los integrantes de la sociedad, y sin duda del Poder Judicial, como último garante de los derechos fundamentales.

(1) Ver CLÉRICO, Laura — NOVELLI, Celeste, "La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Estudios Constitucionales, año 12, nro. 1, 2014, ps. 15-70.

(2) CEDAW, Recomendación General nro. 19, "La violencia contra la mujer", 29/01/1992.

(3) FERREIRÓS, Estela M., "La discriminación a la luz de los Derechos Humanos. La seguridad como principio jurídico base imprescindible para la efectivización de la igualdad", ponencia presentada en el VIII Congreso Nacional de Derecho Laboral de la SADL y IV Encuentro Nacional de Maestrandos, realizado en Junín los días 14, 15 y 16 de octubre de 2010, organizado por la Sociedad Argentina de Derecho Laboral y el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Junín.

(4) CLÉRICO, Laura — NOVELLI, Celeste, ob. cit., p. 48.

(5) ARGIBAY, Carmen, prólogo del "Protocolo de trabajo en talleres para una justicia con perspectiva de género", Material de trabajo para Magistrados, p. 3.

(6) Corte IDH, "Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84", del 19/01/1984, Serie A nro. 4.

(7) Ver Fs. CS 312:496, "Portillo Alfredo s/ infracción de art. 44 ley 17.531", 18/04/1989.

(8) BASTERRA, Marcela I., "El principio de igualdad y la elección del apellido de los hijos en el nuevo Código Civil", Revista Código Civil y Comercial, nro. 2, Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, agosto 2015, p. 79.

(9) TREACY, Guillermo F., "Categorías sospechosas y control de constitucionalidad", Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011, p. 184.

(10) Corte IDH, "Furlan y familiares vs. Argentina", 31/08/2012, Serie C nro. 246, párr. 134.

(11) ABRAMOVICH, Víctor, "De las violaciones masivas a los patrones estructurales. Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos", Revista Derechos Humanos, año 1, noviembre 2012, Id Infojus DACF120196.

(12) SABSAY, Daniel A., "Manual de Derecho Constitucional", Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2011, p. 301.

(13) La Declaración Universal de Derechos Humanos adquirió jerarquía constitucional en nuestro país con la reforma de 1994 al ser incluido en el art. 75, inc. 22.

(14) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por ley 23.313, publicada en el BO el 17/04/1986. Art. 3º:"Los Estados Partes (...) se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto".

(15) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por ley 23.313, publicada en el BO el 17/04/1986. Art. 2º, inc. 2º: "Los Estados Partes en el presente Pacto 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". Art. 3º: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto".

(16) Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada por ley 23.054, publicada en el BO el 27/03/1984.

(17) Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, aprobada por dec.-ley 9983, publicado en el B.O el 04/09/1957. Art. 1º: "Los Estados Americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre".

(18) Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, aprobada por dec.-ley 9983 publicado en el BO el 04/09/1957. Art. 1º: "Las Altas Partes Contratantes convienen en que el derecho al voto y a ser elegido para un cargo nacional no deberá negarse o restringirse por razones de sexo".

(19) Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, aprobada por ley 15.786 publicada en el BO el 28/12/1960.

(20) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, aprobada por ley 24.632, publicada en el BO el 09/04/1996.

(21) Ley 26.485, publicada en el BO el 14/04/2009.

(22) Ley 4203, publicada en el BOCBA el 03/08/2012.

(23) Ley 10.352, publicada en el BOP el 08/06/2016.

(24) Ley 5903, publicada en el BOP el 25/11/2009.

(25) Ley 2550, publicada en el BOP el 29/01/2010.

(26) Ley 8561, publicada en el BOP el 12/10/2009.

(27) Ley 8226, publicada en el BOP el 30/11/2010.

(28) Ley 1013, publicada en el BOP el 12/01/2015.

(29) Ley 26.791, publicada en el BO el 14/12/2012.

(30) Ley 24.012, publicada en el BO el 03/12/1991.

(31) Ley 27.412, publicada en el BO el 15/12/2017.

(32) Ley 5261, publicada en el BOCBA el 10/06/2015.

(33) Constitución de la Provincia de Entre Ríos, art. 17: "Se garantiza la igualdad real de oportunidades y de trato para mujeres y varones en el pleno y efectivo ejercicio de los derechos que fueren reconocidos en el ordenamiento jurídico. Una política de Estado prevendrá en forma continua todo tipo de violencia y dispondrá acciones positivas para corregir cualquier desigualdad de género (...)".

(34) Constitución de la Provincia de Neuquén, art. 45:"El Estado garantiza la igualdad entre mujeres y varones y el acceso a las oportunidades y derechos en lo cultural, económico, político, social y familiar."Incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas y elabora participativamente planes tendientes a: (...) 3. Fomentar la plena integración de las mujeres a la actividad productiva, las acciones positivas que garanticen la paridad en relación con el trabajo remunerado, la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil o maternidad (...)".

(35) Ley 6908, publicada en el BOP el 19/09/2008. Art. 46: "(...) Queda asegurada la igualdad real de oportunidades, entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos en órganos colegiados; para lo cual las listas de candidatos deberán presentarse intercalando una persona de cada género sucesivamente en las listas de titulares y suplentes (...)".

(36) Ley 9571, publicada en el BOP el 29/12/2008. Art. 49:"(...) Las listas de candidatos deben ser integradas observando las prescripciones de la ley de participación equivalente de género vigente (...)".

(37) Ley 2431, publicada en el BOP el 05/09/2011. Art. 148: "Conformación de Listas. Establécese, como regla general, el principio de Participación Equivalente de Géneros para la conformación de las listas de candidatos a cargos electivos en Cuerpos colegiados, de modo tal que contengan porcentajes equivalentes, es decir el cincuenta por ciento (50%) de candidatos de cada género (...)".

(38) Ley 5109, texto según ley 14.848 publicado en el BOP el 26/10/2016. Art. 32: "(...) Otorgada la personería a un Partido Político, la Junta Electoral oficializará sus Listas de Candidatos, conforme a las disposiciones legales pertinentes, las que deberán respetar para los cargos de cuerpos colegiados en todas las categorías, una equivalencia del cincuenta por ciento (50%) del sexo femenino y otro cincuenta por ciento (50%) del sexo masculino. Este porcentaje será aplicable a la totalidad de la lista, la que deberá cumplir con el mecanismo de alternancia y secuencialidad entre sexos por binomios (mujer-hombre u hombre-mujer). Cuando

se trate de nóminas u órganos impares, la diferencia entre el total de hombres y mujeres no podrá ser superior a uno [1]".

(39) CNCiv., sala H, "Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo SA s/ amparo", 16/12/2002.

(40) CS, "Sisnero, Mirtha G. y otros c. Taldelva SRL y otros s/ amparo", 20/05/2014.

(41) Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros c. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo", 28/04/2017.

(42) Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Art. 36.- "La Ciudad garantiza en el ámbito público y promueve en el privado la igualdad real de oportunidades y trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a través de acciones positivas que permitan su ejercicio efectivo en todos los ámbitos, organismos y niveles y que no serán inferiores a las vigentes al tiempo de sanción de esta Constitución. Los partidos políticos deben adoptar tales acciones para el acceso efectivo a cargos de conducción y al manejo financiero, en todos los niveles y áreas."Las listas de candidatos a cargos electivos no pueden incluir más del setenta por ciento de personas del mismo sexo con probabilidades de resultar electas. Tampoco pueden incluir a tres personas de un mismo sexo en orden consecutivo. En la integración de los órganos colegiados compuestos por tres o más miembros, la Legislatura concede acuerdos respetando el cupo previsto en el párrafo anterior".

(43) Ley 70, publicada en el BOCBA el 29/09/1998. Art. 138. "Los/as Auditores/as Generales son designados por la Legislatura, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros a propuesta de los representantes de los partidos políticos o alianzas de la Legislatura, respetando su proporcionalidad. Los/as legisladores/as del partido político o alianza opositora con mayor representación numérica en el cuerpo proponen al Auditor/a General que ejerce la presidencia del organismo. La integración del cuerpo debe adecuarse a lo dispuesto en el art. 36 in fine de la Constitución de la Ciudad. El Cuerpo toma sus decisiones en forma colegiada por mayoría absoluta del total de sus miembros. El/la Presidente/a vota y tiene doble voto en caso de empate".

(44) Ley 5261, publicada en el BOCBA el 10/06/2015. Art. 15.— "Reparación del daño colectivo. Cuando por su alcance, trascendencia, publicidad, divulgación, efectos u otras circunstancias de modo, tiempo o lugar, el tribunal considere que exista una afectación social a un grupo vulnerado, la sentencia por actos u omisiones discriminatorias debe contener medidas de reparación del daño colectivo, sin perjuicio de las demás indemnizaciones o sanciones que correspondan. La reparación del daño deberá contener una o varias de las siguientes medidas, teniendo en cuenta la gravedad y trascendencia del acto o hecho discriminatorio: (...) d. Emisión y difusión de disculpas públicas al grupo discriminado (...)".

(45) Ver CLÉRICO, Laura — NOVELLI, Celeste, ob. cit. p. 16.

(46) Corte IDH, "Loayza Tamayo vs. Perú", 17/09/1997, Serie C nro. 25.

(47) Corte IDH, "Maritza Urrutia vs. Guatemala", 27/11/2003, Serie C nro 103.

(48) Corte IDH, "Penal Miguel Castro Castro vs. Perú", 25/11/2006, Serie C nro. 160, párr. 223.

(49) Corte IDH. "González y otras ("campo algodonero") vs. México", 16/11/2009, Serie C nro. 205, párr. 401.

(50) Ver CLÉRICO Laura — NOVELLI, Celeste, "La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: Notas para re-escribir 'Campo Algodonero'", Revista de Ciencias Sociales, vol. Monográfico Extraordinario, Universidad de Valparaíso, Chile, 2015, p. 458.

(51) Corte IDH, "González y otras ('Campo Algodonero') vs. México", 16/11/2009, Serie C nro. 205, párr. 401.

(52) Corte IDH, "Gelman vs. Uruguay", sentencia del 24/02/2011, párr. 98.

(53) SANTIAGO, Martín, "Palabras del Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en la Argentina", en Protocolo de trabajo en talleres para una justicia con perspectiva de género. Material de trabajo para Magistrados, p. 4.