

Desde las acciones positivas en razón del género al *gendermainstreaming*, veinticinco años después de la reforma constitucional.

Por Marcela I. Basterra.

Sumario 1.Introducción. 2. El cambio de paradigma en el derecho a la igualdad y las acciones positivas. 3. Los avances normativos. La ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres. 4. La Ley 27.499 “ley Micaela” y la perspectiva de género. 5. Los nuevos desafíos en materia de género: el *gendermainstreaming*. 6. El rol de la jurisprudencia. 7. Conclusiones.

1. Introducción.

Históricamente, las mujeres en el ámbito legal, laboral, cultural y político quedaban marginadas de la esfera pública, y sólo tenían identidad si se reflejaban en un hombre¹. Entre otros aspectos, se las excluyó del derecho al sufragio hasta mediados del siglo XX, lo que ha significado en nuestra historia no sólo la negación del derecho a elegir políticamente, sino una *capitis diminutio* que la signaba peyorativamente en el ámbito laboral y familiar².

En materia de empleo, esta realidad se manifiesta en aspectos como; la brecha salarial, la tasa de desempleo y el tipo de contrataciones -entre otros-. A estos datos de carácter económico, se suman otras desigualdades en el ámbito familiar que contribuyen a que la discriminación se extienda a otros aspectos como; la diferencia de tiempo dedicada por hombres y mujeres a las tareas domésticas³.

¹ WALBY, Sylvia, *TheorisingPatriarchy*, Backwell, Oxford, London, 1990, citado por ALCANIZ, Mercedes, “Las políticas de conciliación entre el ámbito laboral y el familiar ¿Cambio o continuidad en el sistema de género?”. Ex aequo online, 2008, N° 18, p. 99, disponible en <http://www.scielo.mec.pt>.

²FERREIRÓS, Estela Milagros, “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, Doctrina ARTRA, Buenos Aires, 2012, p. 379.

³ALCANIZ, Mercedes, “Las políticas de conciliación entre el ámbito laboral y el familiar ¿cambio o continuidad en el sistema de género?”, Op. Cit., p. 86.

A pesar que en los últimos tiempos hemos evidenciado un notable incremento de la participación femenina en el ámbito público, podemos afirmar que la violencia y la postergación a este colectivo están todavía fuertemente arraigadas en la estructura patriarcal de nuestra sociedad. En este sentido, la discriminación configura una negación del derecho a la igualdad que ha sido utilizada reiteradamente como medio para la obtención del poder.

El tema en análisis resulta sumamente complejo, dado que exige una evaluación de las condiciones históricas, sociales, políticas y económicas, que resultan determinantes al momento de abordar supuestos como los que aquí nos ocupan; la violencia contra la mujer, la discriminación estructural y las limitaciones para el acceso a los cargos públicos y al mercado laboral.

Para erradicar esta situación nuestro país ha asumido múltiples obligaciones internacionales que, junto con los precedentes en el ámbito local, regional e internacional y la normativa avanzada en la materia, han contribuido a reconocer y garantizar los derechos de este colectivo. Sin duda, desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, el avance hacia la igualdad de sexos parece encontrar un sólido respaldo jurídico, a partir de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994.

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

Los constituyentes de 1994, conscientes de la necesidad de dar un paso más para lograr la tutela efectiva y garantizar el pleno ejercicio de los derechos de este grupo, incorporaron las acciones positivas en varias normas del nuevo texto.

En primer lugar, en el artículo 37 que establece: “(...) *La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral*”⁴. En segundo lugar, el artículo 75, inciso 23⁵ prevé en forma explícita que corresponde al Congreso; “*Legislar y promover medidas de acción*

⁴ Ver de BASTERRA, Marcela I., “Ley de cupo: Redefiniendo los contornos de los derechos de género”, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/09/2017, p. 7

⁵ Constitución Nacional. Artículo 75.- “*Corresponde al Congreso: (...) 23. 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 (...)*”.

positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato (...) en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (...)”.

Antes de la reforma del '94 ya se habían implementado aisladamente acciones positivas en torno a la política de cargos electivos. La ley N° 24.012⁶ sancionada en el año 1991, modificó el artículo 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 Nacional reformada, aclara que las acciones positivas del artículo 37 no serán inferiores a las vigentes al momento de su sanción.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el principio 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*”⁷.

La Constitución histórica (1853/60) receptó un concepto únicamente de igualdad formal expresamente reconocido en el artículo 16, y 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 gobernados⁸.

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

⁶ Ley N° 24.012, publicada en el B.O. el 03/12/1991.

⁷ Corte IDH., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

⁸ Ver CSJN, Fallos 312:496, “*Portillo Alfredo s/ infracción de artículo 44 ley 17.531*”, 18/04/1989.

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 social⁹.

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 real¹⁰.

La Corte Interamericana también se refirió a la necesidad de los Estados de implementar medidas positivas ante situaciones de vulnerabilidad. Al respecto 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 (...)”*¹¹

Como explica Abramovich¹², 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.

⁹ 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”, N° 2, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Agosto 2015, p. 79.

¹⁰ TREACY, Guillermo F., “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011, p.184.

¹¹ Corte IDH, “*Furlan y familiares vs. Argentina*”, 31/08/2012, Serie C No. 246, párr. 134.

¹² 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 N° 1, Noviembre 2012, Id Infojus DACF120196.

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 pueden tener un efecto discriminatorio sobre determinados sectores vulnerables.

La reforma del '94 incorporó a las denominadas "*acciones afirmativas*" en forma explícita, lo que presuponen una intervención directa tanto legislativa, como administrativa, de ejecución, materialización y realización de la igualdad declarada¹³.

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 tutela de este principio. El verbo *promover* utilizado en el inciso 23 del artículo 75, supone adoptar y ejecutar políticas activas que den impulso al acceso a la igualdad real y efectiva.

Consecuentemente, de los artículos 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 incisos 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 mujer¹⁴.

3. Los avances normativos. La ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres.

Veinticinco años después de la modificación de la Carta Magna, es oportuno realizar un breve balance sobre la implementación de estas medidas, así como los avances y desafíos que la reforma ha generado en materia de reconocimiento y protección de los derechos de género.

Sin duda, los constituyentes de 1994 lograron ubicar a las mujeres como protagonistas en el sistema jurídico argentino, lo que permitió incorporar las bases para diseñar una organización jurídica cuyo eje principal sea la igualdad real.

¹³ SABSAY, Daniel A., *Manual de Derecho Constitucional*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2011, p. 301.

¹⁴ BASTERRA Marcela I., "Avances y desafíos de los derechos de género: evaluación de las acciones positivas", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 13/06/2018

Uno de los puntos clave de la modificación de la Constitución Nacional fue otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22, nutriendo a nuestro ordenamiento de principios trascendentales y de los máximos estándares desarrollados por la comunidad internacional.

Es del caso mencionar que entre los tratados referidos cobra especial importancia la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁵ que data del año 1979, aunque es recién en 1994 que adquiere jerarquía constitucional plena.

A partir de su ratificación nuestro país se compromete a asegurar por medios adecuados la efectiva tutela del principio de igualdad-no discriminación, garantizando la protección efectiva contra todo acto discriminatorio a través de tribunales competentes y de instituciones públicas. Asimismo, dentro de las obligaciones estatales se encuentra la de adoptar medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer.

Esta normativa obliga a los Estados Partes a diseñar medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta, con el objeto de eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad o en funciones estereotipadas de cualquiera de los sexos.

Asimismo, en el año 1994 se suscribe la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres o Convención de Belem do Pará¹⁶, que marca un hito en la protección internacional de los derechos de la mujer. Teniendo en cuenta los deberes que impone el artículo 7 a los países firmantes, Argentina adquiere el compromiso de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, adoptar medidas apropiadas para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de este tipo de violencia, así como también establecer procedimientos legales justos y eficaces que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

¹⁵ Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, aprobado por Ley 24.632, publicada en el BO 09/04/1996.

¹⁶ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, aprobada por Ley 24.632 publicada en BO 09/04/1996.

En consecuencia, en nuestro país tenemos una voluminosa normativa que ubica a las mujeres en el centro de la agenda estatal, lo que permitió robustecer la participación femenina en el ámbito político, educativo, social y laboral. En esta dirección, se ha impulsado la inclusión de iniciativas en las agendas públicas y de estrategias de atención de diversas problemáticas que atraviesan a este grupo históricamente vulnerable.

Los lineamientos sentados por la reforma también generaron la coexistencia en nuestro sistema de nuevas instancias organizacionales enfocadas a las cuestiones de género. Por ejemplo, en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se creó la Oficina de Violencia Doméstica con el objetivo de facilitar el acceso a la justicia de las personas que, afectadas por hechos de violencia doméstica, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad.

En el año 2009 se sancionó la Ley Nacional N° 26.485¹⁷ 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 (artículo 7°).

La ley que estamos abordando, definida como de orden público, exige 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. Prevé como preceptos rectores, entre otros, la eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres, la adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de este tipo de violencia. De igual manera, incorpora la asistencia en forma integral y oportuna, asegurándole a la mujer el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en los diferentes servicios creados a tal fin, previniendo la sanción y reeducación de quienes ejerzan violencia.

Varias provincias han adherido a esta norma a través de normas locales, tales como la ley N° 4.203 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁸, ley N° 10.352¹⁹ de

¹⁷ Ley N° 26.485, publicada en el B.O el 14/04/2009.

¹⁸ Ley N° 4.203, publicada en el B.O.C.B.A el 03/08/2012.

¹⁹ Ley N° 10.352, publicada en el B.O.P el 08/06/2016.

Córdoba, ley N° 5.903 de Corrientes²⁰, ley N° 2.550 de La Pampa²¹, ley N° 8.561 de La Rioja²², ley N° 8.226 de Mendoza²³ y ley N° 1.013 de Tierra del Fuego²⁴, entre otras.

Con posterioridad, en el año 2012 la ley N° 26.791²⁵ modificó el artículo 80 del código penal, incorporando en el inciso 11 el delito de femicidio. El artículo quedó redactado de la siguiente manera: “Artículo 80- Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 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 2018 ingresó a la Cámara de Diputados el proyecto de *Ley de equidad de género en materia salarial*, N° 01-PE-2018 que impulsó el Poder Ejecutivo Nacional.

Los puntos más destacados de la normativa 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) Establece 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.

Asimismo, diversas políticas se han elaborado para impulsar desde los poderes públicos una perspectiva más completa y minuciosa, como por ejemplo, la creación del *Fondo Especial de Difusión de la Lucha contra la Violencia de Género*²⁶ con el fin de difundir y publicitar la línea telefónica gratuita con alcance nacional “144”, para la atención de consultas de violencia de género.

²⁰ Ley N° 5.903, publicada en el B.O.P el 25/11/2009.

²¹ Ley N° 2.550, publicada en el B.O.P el 29/01/2010.

²² Ley N° 8.561, publicada en el B.O.P el 12/10/2009.

²³ Ley N° 8.226, publicada en el B.O.P el 30/11/2010.

²⁴ Ley N° 1.013, publicada en el B.O.P el 12/01/2015.

²⁵ Ley N° 26.791, publicada en el B.O el 14/12/2012.

²⁶ Creado por la Ley N° 27.039 publicada en el BO 05/015/2015.

Siguiendo estos lineamientos es que en 2017 se creó el Instituto Nacional de las Mujeres²⁷, que es el organismo encargado de elaborar políticas, programas e iniciativas destinadas a empoderar a las mujeres, así como a promover la igualdad de género. Su creación busca profundizar y jerarquizar las políticas públicas en la materia, al consagrar un organismo descentralizado que cuenta con un presupuesto de manejo directo, lo que demuestra una progresiva toma de conciencia en cuanto a la urgencia que la cuestión de género tiene, tornándose una razón prioritaria para el Estado argentino²⁸.

4. La Ley 27.499 “ley Micaela” y la perspectiva de género.

A pesar de los esfuerzos normativos y la voluntad para concretar las políticas públicas demostradas, se advierte que todavía hay una gran cantidad de agentes estatales que intervienen en el proceso de contención y ayuda a las víctimas, que no han sido capacitados para otorgar a la mujer herramientas que fortalezcan su autonomía o le permitan comprender la situación de subordinación y violencia en la que se encuentra.

En razón de ello, en 2018, el Congreso argentino sancionó la llamada “Ley Micaela”, que tiene como propósito lograr el fortalecimiento de los espacios de formación de los funcionarios públicos que integran todos los poderes del Estado, para contribuir a la plena vigencia de los derechos humanos y la justicia de género. Así, en el artículo 1º, prevé *“la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquía en los poderes Ejecutivo Legislativo y Judicial de la Nación.”*.

La capacitación que determina la ley no depende de la voluntad de las partes, sino que reviste carácter obligatorio de conformidad con lo normado por el artículo 1º. Se intenta -con acierto- garantizar su cumplimiento, al imponer una sanción disciplinaria para los funcionarios y empleados estatales que siendo sujetos obligados se negaren sin justa causa a recibirla con posterioridad a ser intimados fehacientemente (artículo 8º).

²⁷ Creado en reemplazo del Consejo Nacional de las Mujeres por el Decreto 698/2017 publicado en el BO el 06/09/2017.

²⁸ Nótese que el Decreto 698/2017 expone que esta medida, que potenciará los lineamientos de la Ley N° 26.485 de Protección Integral a las Mujeres, ha sido adoptada en concordancia con las políticas públicas que viene llevando a cabo el Estado Nacional, con un fuerte compromiso con los derechos de las mujeres frente a toda forma de discriminación.

El objetivo de la normativa en estudio es revertir esta cuestión y deconstruir parámetros patriarcales, al diseñar un sistema de educación y enseñanza para que se reconozcan las desigualdades existentes entre los sexos. De esta manera, busca transformar la realidad a través de la información, sensibilización y aprendizaje de las necesidades que la vulnerabilidad de las mujeres reclama.

El Estado tiene el deber de prevenir, erradicar y castigar todos estos actos para lo cual resulta indispensable una capacitación adecuada y responsable de todos los operadores estatales, dado que es fundamental que conozcan y difundan las teorías, prácticas y parámetros que posibilitan la construcción de una sociedad en la cual las mujeres logren la tutela efectiva de sus derechos fundamentales.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 4º, los programas de formación deberán tener en cuenta las recomendaciones y disposiciones de las convenciones suscriptas por nuestro país sobre los derechos de la mujer y violencia contra este grupo. Entre ellas, se ubica la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing²⁹ en la que se afirma que; *“El éxito de las políticas y de las medidas destinadas a respaldar o reforzar la promoción de la igualdad de género y la mejora de la condición de la mujer debe basarse en la integración de una perspectiva de género en las políticas generales relacionadas con todas las esferas de la sociedad, así como en la aplicación de medidas positivas con ayuda institucional y financiera adecuada en todos los niveles”*

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.”*³⁰. 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.

²⁹Adoptada en la Cuarta Conferencia Mundial Sobre la Mujer de Naciones Unidas, celebrada el 04/09/1995, en Beijing (China) p.57.

³⁰MORENO, Aluminé y ROSSI, Felicitas en *“Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Edición Comentada”*, BASTERRA, Marcela I. Directora, Jusbaire, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 433.

Si bien el género es una construcción social que se crea y transmite a través del lenguaje y la cultura, la actuación del Estado es esencial para impulsar modificaciones en el sistema y eliminar roles patriarcales. Los aparatos judiciales deben ser modernizados a través de la capacitación en la temática, para remover las dificultades que se presentan en el acceso efectivo de la mujer a la justicia.

Este paradigma en las acciones públicas reclama un profundo cambio de paradigma en las decisiones que el Estado y la sociedad lleven adelante. Se afirma que la perspectiva de género *“es una categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma teórica, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad”*³¹.

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos generan un compromiso para los Estados de incorporar progresivamente esta visión al funcionamiento institucional. Por ello, es indispensable implementar un sistema de atención integral a la víctima de violencia, que tenga una respuesta basada en la perspectiva de género y que remueva los obstáculos burocráticos y procesales a los que las mujeres deben enfrentarse.

5. Los nuevos desafíos en materia de género: el *gender mainstreaming*.

La institucionalización del género fue evolucionando a punto tal, que en la Conferencia de la Mujer de Beijing de 1995 se elaboró el concepto de *gender mainstreaming* o "transversalidad de la perspectiva de género", que fue rápidamente aceptado por diversos países.

El *mainstreaming* de género, traducido al español como «transversalidad», puede ser entendido en variados sentidos: como una estrategia que involucra a todos los actores sociales en la búsqueda de la igualdad de género, o como la denominación de determinadas 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

³¹UNICEF, *Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas*, p. 14, disponible en https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2018-04/COM-1_PerspectivaGenero_WEB.pdf

las especificidades de las personas como seres integrales y que, al mismo tiempo, ayuda a implementar medidas para corregir las desigualdades.

La implementación de este enfoque en las instituciones del Estado, las organizaciones del ámbito público, los sindicatos y las fundaciones, especialmente en la Unión Europea y sus países miembros, permite una evaluación del camino recorrido. En la UE, 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. El objetivo es incorporar el género a las instituciones y a las políticas públicas en un proceso de “generización”³².

En América Latina, la transversalidad ha sido adoptada por las instituciones estatales relacionadas con el género desde finales de los ‘90. Sin embargo, no puede hacerse una evaluación aún, dado que existen distintas experiencias en diferentes ámbitos del Estado, con resultados que no han sido, hasta el momento, evaluados en profundidad³³.

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 género y aceptar la existencia de una dimensión de género en la sociedad y las políticas públicas”*³⁴.

En sentido similar, el Grupo de Expertos del Consejo de Europa ha expresado que este concepto refiere a la organización, desarrollo y evaluación de los procesos políticos, de forma tal que esta perspectiva se incorpore en todas las etapas y niveles de las medidas políticas³⁵.

³² RIGAT-PFLAUM, María *“Gender mainstreaming: un enfoque para la igualdad de género”*, p. 46 disponible en http://www.inmujeres.gub.uy/innovaportal/file/21671/1/35_maistreaming.pdf

³³ RIGAT-PFLAUM, María. Ibidem. P.47.pdf

³⁴ RIGAT-PFLAUM, María. Ibidem.p.1.pdf.

³⁵ LOMBARDO, Emanuela *“EL MAINSTREAMING.La aplicación de la transversalidad en la Unión Europea”*, p. 7, disponible en [.file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElMainstreaming-765484.pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElMainstreaming-765484.pdf)

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 Argentina³⁶.

Debemos aclarar que esta enfoque no busca sustituir las políticas de igualdad de oportunidades, ni las acciones positivas destinadas al empoderamiento de las mujeres. Por el contrario, lo que persigue es la implementación de ambas estrategias para evitar prácticas y medidas que muchas veces posicionan a alguno de los sexos en situación de desigualdad. Es decir, que no debe concebirse como opuesto a las políticas específicas de igualdad sino que ambas son parte de una estrategia dual que el Estado debe llevar adelante.

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ha expresado que esta perspectiva debe ser incorporada en forma sistemática en todas las áreas de trabajo, particularmente en cuestiones macroeconómicas, en acciones operativas para el desarrollo, en la reducción de la pobreza, en los derechos humanos, en la ayuda humanitaria, en situaciones legales y políticas. Asimismo, este paradigma debe ser integrado en las distintas fases del ciclo de proyectos desde la planificación, implementación, monitoreo y evaluación³⁷.

Este desafío no se logra aumentando la participación de las mujeres en los distintos ámbitos de la sociedad, no es simplemente añadir un componente femenino a

³⁶ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, “*Desafíos para la igualdad de género en la Argentina*”, Buenos Aires, 2008, p.12, disponible en http://www.ar.undp.org/content/dam/argentina/Publications/G%C3%A9nero/undp_ar%20Desafiosigualdaddegeneroweb.pdf

³⁷ Informe del Consejo Económico y Social, 1997 disponible en https://digitallibrary.un.org/record/271316/files/A_52_3_Rev.1-ES.pdf p. 27-28

una actividad existente, sino incorporar en la estructura del sistema la existencia, el conocimiento y los intereses de las mujeres y hombres, para diseñar a partir de esos elementos un aparato estatal eficiente que revierte la situación de desigualdad estructural.

La normativa europea ha receptado concretamente la evolución que se ha dado en esta materia. A modo de ejemplo, puede verse la Ley Española Nº3/2007³⁸ para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que en el artículo 15, establece; *"Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades"*.

Vemos entonces que el contenido inicialmente limitado de la perspectiva de género, ha sido desarrollado a punto tal que hoy es un principio general presente en numerosos Estados, cuya aplicación se realiza transversalmente para garantizar la igualdad, a través de la transformación total de las relaciones de género en la sociedad. Va más allá de los individuos y sus derechos, y del intento de igualar a las mujeres en el acceso a las oportunidades históricamente negadas, se focaliza en las formas en que las estructuras y el sistema vulneran derechos y niegan oportunidades

6. El rol de la jurisprudencia.

A pesar de los notables avances que hemos obtenido, aún hoy, observamos algunas decisiones judiciales que reproducen estereotipos fuertemente arraigados a una cultura patriarcal y a prácticas que ubican a las mujeres en situaciones de inferioridad respecto del hombre. 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"*³⁹.

³⁸ Ley Orgánica 3/2007, publicada en el BOE el 22/03/2007.

³⁹ ARGIBAY, Carmen, Prólogo del "Protocolo de trabajo en talleres para una justicia con perspectiva de género". Material de trabajo para Magistrados, p. 3, disponible en

Sin embargo, debemos reconocer que por otra parte, existe una tendencia jurisprudencial-como señala Clérico⁴⁰- que advierte, identifica, y desmantela el uso de estos estereotipos, lo que se refleja claramente en diversos precedentes nacionales y en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una sentencia emblemática dentro de la jurisprudencia nacional sobre discriminación por razones de género y acceso al empleo por parte del colectivo femenino, es la recaída en autos “*Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A. s/ amparo*”⁴¹. En el caso, la mencionada Fundación inició un amparo colectivo contra la empresa *Freddo S.A.*, alegando la utilización de prácticas discriminatorias contra el género femenino en la selección del personal.

La Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de primera instancia e hizo lugar al amparo. Al evaluar las “acciones positivas” o “acciones afirmativas”, los jueces argumentaron; “*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 esta línea, cabe recordar el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “*Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva S.R.L. y otros s/ amparo*”⁴², que se vincula con una situación de inequidad de género en la etapa de acceso al empleo. El Alto Tribunal dejó sin efecto la sentencia impugnada reenviando la causa a la Corte de la Provincia de Salta, para que dicte un nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta que la discriminación alegada por las partes había sido 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*”.

https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/Material%20de%20trabajo%20en%20los%20talleres%20A.pdf.

⁴⁰ Véase de CLÉRICO, Laura, “*Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando a la garantía estándar de imparcialidad*”, REDEA, Buenos Aires, 2017 p. 4.

⁴¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, “*Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo s.a. s/ amparo*”, 16/12/2002.

⁴² CSJN, “*Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo*”, 20/05/2014.

Un fallo reciente vinculado con el acceso al empleo de las mujeres es “*Gallo, María Liliana e/ Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Salud s/ demanda contencioso administrativa*”⁴³. La principal cuestión debatida en el caso consistió en determinar si el ejercicio de la facultad de la administración pública de establecer el horario de prestación de tareas es compatible con los derechos a la protección contra la discriminación de la mujer, y a la protección de la familia, la maternidad y el cuidado de los hijos. La Corte Suprema revocó la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que había convalidado la cesantía de la actora, al entender que el derecho a la no discriminación en razón del género, debe ser tenido en cuenta al establecer el horario de prestación laboral.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos empieza a incorporar la perspectiva de género a partir del fallo “*Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*”⁴⁴ del año 2006. En esa oportunidad señala que; “*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 este Tribunal dicta sentencia en un caso paradigmático; “*González y otras (“campo algodónero”) vs. México*”⁴⁵ en donde trata la desaparición y muerte de tres jóvenes en la Ciudad de Juárez. La novedad 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 este tipo de desigualdad solamente en factores culturales, omitiendo los referidos a la estructura de

⁴³ CSJN “*Gallo, María Liliana e/ Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Salud s/ demanda contencioso administrativa*”, 23/02/2016.

⁴⁴ Corte IDH, “*Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*”, 25/11/2006, Serie C No. 160, párr. 223.

⁴⁵ Corte IDH. “*González y otras (“campo algodónero”) vs. México*”, 16/11/2009, Serie C No. 205, párr. 401.

producción que atraviesa las formas de acceso al empleo y su relación con la desaparición y muerte de las víctimas. En definitiva, se trataba de trabajadoras jóvenes, por lo general migrantes y de escasos recursos económicos, sometidas a condiciones cercanas a la explotación laboral⁴⁶.

En esta línea los jueces, con excelente criterio, entendieron 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 (...)*”⁴⁷.

Con posterioridad, en el caso “*Gelman vs. Uruguay*” del año 2011, el Alto Tribunal 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*”⁴⁸.

No caben dudas que estos precedentes sentaron las bases para incorporar la perspectiva de género en el ámbito jurisprudencial interamericano y su ulterior adopción por parte de los tribunales nacionales. El enfoque adoptado por estas sentencias resulta de suma importancia para la consagración progresiva de políticas activas y visibles del *mainstreaming* de género, que permita diseñar herramientas que involucren a todos los actores estatales en la lucha por la igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

7. Conclusiones.

⁴⁶Ver, 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, Volumen Monográfico Extraordinario, Universidad de Valparaíso, Chile, 2015, p. 458

⁴⁷Corte IDH, “*González y otras (“campo algodón”) vs. México*”, 16/11/2009, Serie C No. 205, párr. 401.

⁴⁸ Corte IDH, “*Gelman vs. Uruguay*”, sentencia del 24/02/2011, párr. 98.

A partir de la reforma de 1994 nuestro país logró obtener importantes avances tanto normativos como jurisprudenciales, que intentaron diseñar estrategias para dar respuesta a la situación de desigualdad estructural por la que históricamente han atravesado las mujeres.

Veinticinco (25) años después, consideramos que el balance sobre este punto es positivo, toda vez que coadyuvó para mejorar la situación de la mujer en la sociedad actual. Sin embargo, no podemos afirmar que la discriminación por razones de sexo haya sido erradicada.

El compromiso de Argentina con la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, debe evolucionar gradualmente de forma tal de adaptarse a las tendencias dominantes, a las coyunturas políticas y los niveles de movilización que han elaborado los mejores estándares de protección en la materia. Para ello, se vuelve indispensable diseñar un sistema que brinde a las mujeres herramientas eficientes que la garanticen el acceso efectivo -y en igualdad de condiciones- a sus derechos.

En este sentido, es esencial que estas respuestas incorporen la transversalización de género, lo que requiere valorar las implicaciones que cada acción -ya sea legislativa o política- genera para los hombres y para mujeres, de manera tal que todos puedan beneficiarse en forma igualitaria.

La carencia de políticas neutras al género torna indispensable que el *gender mainstreaming* deba incorporarse a la corriente política principal, de forma tal, que se convierta en una prioridad social para el Estado y un objetivo fundamental que impregne a todas las políticas educativas, económicas, sanitarias, presupuestarias, etc. Sin abandonar las acciones positivas, capaces de lograr cambios sustanciales en el corto plazo, Argentina debe insertar estas medidas dentro de un paradigma más amplio de género que opere a mediano y largo plazo.