

Conferencia magistral

Perspectiva de género y decisiones judiciales en diversas materias

Expositora. Aída Kemelmajer de Carlucci

Doctora en Derecho, Universidad de Mendoza, miembro de la Academia Nacional de Derecho

Coordinadora: Andrea Martínez Seijas

Relatora: Antonella Ferrari

En el marco de las XIII Jornadas Nacionales de Abogadas organizadas por la Federación Argentina de Abogados, el día 20 de septiembre del 2024 la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci realizó una conferencia magistral sobre “Perspectiva de Género y decisiones judiciales”.

Para entrar en el tema la Dra. Kemelmajer comienza con el relato histórico del derecho de pernada, derecho a la primera noche, la misma termina con una sentencia en el año 1486, dictada por el Rey Fernando, llamada como la sentencia de Guadalupe, finalizando con este tipo de agresiones, prohibiéndoles a los señores feudales mantener relaciones con la esposa del campesino la noche del matrimonio. Constituyendo un acto jurisdiccional.

Por otro lado, relata la historia de la Papisa Juana, que en la actualidad se manifiesta que es una leyenda, pero hasta el siglo XVI la Iglesia Católica la ha aceptado; la misma era una mujer que se hizo pasar por hombre, donde fue elegida Papa entre los años 855 y 857.

Juana era alemana, hija bastarda de un monje. Se crea a partir de esta leyenda, una especie de tradición en el papado, que es el famoso **Testigo**, para corroborar el sexo del papa electo.

Las mujeres podían defenderse a sí mismas, pero no podían defender a otros.

En la historia del Derecho Romano se nombra a Caya Afrania, contemporánea de Cicerón. En esa época se dedicaba a defender a otros, por su efusividad generaba disgustos a los jueces de ese entonces por lo que se dispone la Lex Afrania que prohibía a las mujeres el ejercicio de abogacía, se continuó con esta tradición con las 7 partidas de Alfonso, el Sabio.

En la Partida tercera que relata sobre Justicia, el título sexto que habla de los abogados se establece explícitamente que ninguna mujer puede ser abogada en juicio por otro, porque no es conveniente que la mujer tome oficio de varón.

Manifiesta que en la Argentina hay corrientes que sostienen que no es necesario hablar de Perspectiva de género sino que hay que hablar de vulnerabilidad en la sentencia.

Para saber si basta o no con hablar de vulnerabilidad o con perspectiva de género la misma relata sobre distintas sentencias, por ejemplo, la Corte Suprema de Bangladesh del año 2019 que sostuvo que las mujeres ya no tienen que declarar en el momento de la celebración del matrimonio si son vírgenes. Todo esto se logró con la acción colectiva de las mujeres de Bangladesh.

Sentencia de nuestra Corte Suprema del año 2023 que revoca una condena en un homicidio que se le imputa a una mujer, hu-

milde, analfabeta y con retrasos mentales quien mató al patrón. Siendo que era vulnerable a la violencia de Género, la Corte falla conforme a los criterios de la CEDAW, uniendo los factores y como van incidiendo unos con los otros.

Casación Italiana, en el año 1955, manifiesta que aun el marido quien tiene preeminencia sobre su esposa, debe respetar su personalidad por lo tanto ella tiene la facultad de ejercer su profesión. Siempre que tal facultad sea compatible con los múltiples deberes impuestos a la mujer por el estado conyugal y por la finalidad del matrimonio, por lo tanto no comete abuso en el ejercicio de la potestad marital el marido que en su calidad de jefe de la familia y para el buen funcionamiento del grupo del cual él es directamente responsable exija a la esposa el sacrificio de la actividad profesional por ella ejercitado que contrasta con los deberes impuestos por la sociedad conyugal.

Como manifiesta Encarna Roca Trias, sosteniendo que uno de los ámbitos donde la mujer fue más desigual es el ámbito familiar. La mujer es un instrumento de las desigualdades dentro de la familia, lo sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva del año 2017, relatando como los códigos civiles Latinoamericanos hasta muy entrado el Siglo XX mantuvieron las reglas de las que habló la Casación Italiana, de que la mujer casada para poder trabajar necesita la conformidad del marido.

La comisión Interamericana de Derecho Humanos manifiesta la importancia de la necesidad de la perspectiva de género, diciendo que es una herramienta, un instrumento para visibilizar la posición de desigualdad y subordinación estructural de las mujeres con base en el género. Erradicar la falsa premisa de la inferioridad de las mujeres respecto de los hombres. Visibilizar y abordar los estereotipos y prejuicios que contribuyen a la discriminación.

Tener perspectiva de género no es solo dar una respuesta individual a este tema sino que podamos ir a lo grupal. Necesitamos la perspectiva porque sino la sociedad piensa que la violencia en el sentido amplio, no puede ser tolerada.

Sin esta perspectiva los Jueces toleran la violencia, por eso cuando la Corte falla como en el caso de la Sentencia del año 2023, les marca a los jueces inferiores que al no tener perspectiva de género en las sentencias permiten la violencia.

La Corte Interamericana en el famoso fallo Campo Algodonero

contra México, en situaciones de discriminación estructural, las reparaciones deben tener una función transformadora de esta situación, de tal forma que tengan un efecto no solo restitutivo sino el correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan las discriminaciones. La perspectiva de género nos sirve no solo en lo individual sino en la lucha colectiva para la transformación social.

En Argentina el *leading case*, para la Dra. Kemelmajer de Carlucci es el caso FAL, en cuanto a perspectiva de género, el Dictamen de la Defensora es lo más importante del mismo.

Por ejemplo en cuanto a los requisitos terminan siendo redundantes a la afectación de los derechos de la joven ya que fue impedida de acceder al aborto legal de forma inmediata siendo sometida a un proceso revictimizante que duró casi dos meses aproximadamente casi haciendo frustrar la posibilidad de acceder a la práctica.

Fue sometida a cargas desproporcionadas a su derecho. Habla de la autonomía de su propio cuerpo y la identidad personal. La niña ha sido instrumento tres veces, la primera en manos de su abusador (objeto sexual), la segunda cuando el mismo adulto que forma parte del grupo familiar, quien debería protegerla la violenta y la tercera vez el Estado, que como consecuencia de la actividad estatal bajo amenaza de enviarla a la cárcel, la hubiese obligado a llevar a término el embarazo.

Otra sentencia relevante es la de la Corte Suprema del año 2020, de un tema laboral, del despido por matrimonio, en la vieja ley había una indemnización especial que sostenía un plus para la mujer que era despedida por cuestiones de matrimonio. Los juzgados manifestaban que era desigual respecto del hombre, entonces plantean la igualdad pero la mujer no tiene la carga de probar y el hombre sí. La Corte revoca el fallo, recorriendo el Código civil y comercial en la igualdad real, art. 402 cc.; la Corte sostiene que no puede tener perspectiva de género si no hace una interpretación evolutiva de los textos, interpretación dinámica de los textos y en el fin que hoy tiene el mismo criterio también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es verdad que dicha Ley miraba a la Mujer, pensando que es del año 1970, pero no se puede quedar en el pasado, ahora queremos la distribución de los roles en la familia, si tratamos al hombre de manera diferente, como en este caso con la carga de la prueba, lo que hacemos es profundizar los estereotipos de que la mujer es quien se ocupa de la casa, la interpretación debe ir a favor de la distribución de los roles, los jueces no estamos aquí para profundizar estas pautas estereotipadas. Los jueces estamos para el cambio social.

La perspectiva de género también nos tiene que servir para terminar con el exceso de rigor ritual, y para interpretar las normas conforme a una situación determinada (art. 1 del C.C.y C.)

Leading case de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallo del año 2010 *Valentina Rosendo Cantu c/ México*, abusada por los paramilitares, mujer originaria de México, no habla castellano, en su comunidad sí cuenta, la culpa la tiene ella, va al hospital, no lo dice en el momento, lo dice después y tiene que ser su marido el traductor ya que no habla castellano. La Corte dice le voy a creer a Valentina uniendo todas estas pautas que van a interactuar e interrelacionarse la una con la otra. Mujer Indígena, que en el momento de los hechos era menor de edad, vivía en una zona montañosa aislada, tuvo que caminar varias horas para recibir asistencia médica por las agresiones físicas sufridas. Las diversas autoridades hablaban un idioma que ella no dominaba. La denuncia tenía repercusiones negativas en su medio social y cultural. Denunció y perseveró en su reclamo sabiendo que en la zona continuaban los militares. El hecho de que no indicara que había sido violada en las dos primeras consultas médicas

debe ser contextualizado en las circunstancias propias del caso y de la víctima. Si la Corte no le creía estaría cometiendo violencia institucional.

Caso sobre la carga de la prueba en Argentina: sobre violencia familiar donde la mujer tiene ya 60 años y cuando reclama los daños a su ex, denuncia lo que hace y entre los trabajos que realiza son los de costura menores, y reclama lucro cesante. En primera instancia rechazan el lucro cesante porque no ha traído prueba suficiente. ¿Una perspectiva de género podría haber llevado a una solución diferente? La Dra. Kemelmajer entiende que sí.

Cuando se está juzgando con un juicio por Jurado, en las instrucciones que le da el Juez al Jurado, ¿tiene que instruir sobre la perspectiva de género?

La Corte de Mendoza, -la Dra. la integró durante varios años-, ha manifestado que no es necesario, que el Jurado recoge el saber popular.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y la Casación Penal no tienen esta postura.

Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en sentencia de agosto de 2024: caso de mujer que mata a su padre. El Jurado la condena a la misma, se solicita la nulidad de ese veredicto fundado en que no se explicó al Jurado la perspectiva de género y efectivamente se declara la nulidad del veredicto, debiendo ser juzgada con perspectiva de género y por lo tanto el Jurado deberá ser instruido por la Juez profesional. Manifiesta que aplicar la perspectiva de género es una estrategia, el objetivo final es lograr la igualdad.

Si la visión de género debe permitirnos a nosotros imponer daños punitivos cuando no están previstos en la Ley. Solo previsto en la Ley de protección de los consumidores, y la Ley de Libre Competencia.

En Europa pese a no tener leyes del estilo de la de protección del Consumidor, al Tribunal de la Unión Europea en el año 2015 le llegó la consulta en modo de pregunta. Una mujer que en España había sido despedida por discriminación por ser mujer pide que se aplique los daños punitivos, el Juez le pregunta al Tribunal de la Unión Europea si la directiva del art. 18 puede significar también que el Juez en estos caso por invocación de la Directiva le admite el daño punitivo.

El Tribunal termina diciendo que esa expresión contenida en la directiva no significa que necesariamente deben imponer daños punitivos, pero que si el derecho local admite los daños punitivos puede incorporarlo para hacer efectiva todas esas frases que tenía la directiva respecto a las sanciones que deben tener frente a los actos de discriminación.

Finaliza recordando lo que manifestó Gargarella en el año 2021, en sociedades desiguales como la nuestra, el derecho suele servir a la preservación de un estado de cosas injustas.

Sostiene que puede el estado de la conservación de ese injusto desalentando el cambio social, pero dice, históricamente las ocasiones en que el derecho se ha convertido en herramienta decisiva para la construcción de una sociedad más justa han sido pocas pero son las que justifican que mantengamos nuestro compromiso con el derecho, a pesar de todo.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci cree que la perspectiva ha servido para que nosotros podamos hacer una sociedad más justa o sea, ya no son tan poquitas como señala Gargarella.

La perspectiva de género bien aplicada nos puede servir para soluciones más justas por eso la lucha continúa. Los jueces deben ser instrumentos del cambio que amplía derechos y no del mantenimiento del status quo.