

Voces: PODER JUDICIAL ~ ADMINISTRACION DE JUSTICIA ~ CULTURA ~ PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD ~ PRUEBA ~ CARGA DE LA PRUEBA ~ CONTROL DE CONVENCIONALIDAD ~ TRATADO INTERNACIONAL ~ DERECHOS HUMANOS ~ MUJER ~ JUEZ ~ VIOLENCIA ~ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~ JURISPRUDENCIA

Título: Juzgar con perspectiva de género: ¿por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: DFyP 2015 (noviembre), 04/11/2015, 3

Cita Online: AR/DOC/3460/2015

Sumario: I. Introducción. — II. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? — III. Género. — IV. Patrones socioculturales. — V. Principios generales imprescindibles al juzgar con perspectiva de género. — VI. Principio de razonabilidad. Categorías sospechosas. — VII. Inversión de la carga de la prueba en los supuestos de categoría sospechosa. — VIII. Fundamento de la teoría de las categorías sospechosas. — IX. Estándar probatorio. — X. El control de convencionalidad. — XI. Aplicación de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aunque la Argentina no haya sido parte. — XII. Doctrina del "margen de apreciación Nacional". — XIII. ¿Quiénes deben juzgar con perspectiva de género? — XIV. Jurisprudencia. — XV. Las políticas públicas de la CSJN para determinar la incidencia de la violencia psicológica sobre la totalidad de casos de violencia. — XVI. Conclusión.

Abstract: Juzgar con perspectiva de género es la única forma de lograr que las previsiones legislativas se concreten en respuestas judiciales justas, para las personas del género femenino que recurren a los tribunales a solucionar los problemas que la discriminación por el hecho de ser mujer les ha causado. Asimismo, juzgar con perspectiva de género, no solo da una respuesta al problema individual sino que transmite a la sociedad toda el mensaje que las cuestiones de violencia contra la mujer no son toleradas no quedan impunes y deben ser reparadas.

I. Introducción

El objetivo de este trabajo es dar respuesta a dos interrogantes, el primero es porque juzgar con perspectiva de género y el segundo es como se juzga con perspectiva de género.

Para contestar la primera pregunta daremos un concepto de "género" y estableceremos su relación con los patrones socio culturales.

Para especificar como se juzga con perspectiva de género estableceremos la necesidad de una capacitación generalizada en el tema de violencia de género de todos los operadores judiciales y enunciaremos los principios generales que deben tenerse en cuenta imprescindiblemente al momento de juzgar para luego realizar un análisis de casos jurisprudenciales.

En el análisis de la jurisprudencia trataremos de mostrar la necesidad de juzgar con perspectiva de género en todos los ámbitos del derecho para poner de relieve la transversalidad del tema y la necesidad de formar a todos los operadores del derecho, porque consideramos que es erróneo pensar que la necesidad de juzgar con perspectiva de género se limita a la violencia intrafamiliar o al femicidio.

Así describiremos casos de derecho penal, familiar, responsabilidad civil, libertad sexual y reproductiva, responsabilidad del estado, derecho bancario, pensy derecho electoral entre otros, y en su análisis empírico resaltaremos los principios generales que son necesarios aplicar en la toma de decisiones jurisprudenciales con perspectivas de género.

También señalaremos los errores que se cometieron en algunas resoluciones por no juzgar con perspectiva de género y las consecuencias que ello tiene para las víctimas y para los estados en general.

II. ¿Porque juzgar con perspectiva de género?

La revolución Francesa incorpora al mundo occidental el postulado general y absoluto de la igualdad de todos los seres humanos.

Este indiscutible principio de derecho requirió más de dos siglos para que su enunciado adquiriera eficacia práctica. Al comienzo, la igualdad se obtuvo sólo para los hombres. Inicialmente eran iguales los hombres burgueses que tenían una renta mínima y sólo ellos podían votar, luego, fue aceptado que todos los hombres por su condición de tales tenían derechos electivos, y tras guerras y genocidios, se incorporaron los derechos humanos.

Desde 1789 pasó casi un siglo y medio para que el postulado de igualdad se aplicara a las mujeres. La concretización, al igual que en el caso de los varones, se hizo en forma paulatina, pero a diferencia de ellos, el proceso fue mucho más lento y hoy se encuentra inacabado.

A las personas del género femenino, tras ardua lucha, se les reconoció el derecho al sufragio, luego se aceptó su igualdad en orden a la capacidad patrimonial, cualquiera fuera su estado civil, y finalmente se le reconoció su igualdad en la esfera doméstica.

Desde mediados del siglo pasado se advirtió que los reconocimientos legislativos nacionales individuales, resultaban insuficientes para dar eficacia al principio de igualdad de las mujeres, universalmente reconocido por los países occidentales como pilar indiscutible de todos los ordenamientos jurídicos.

Para lograr concretar en la práctica la igualdad de las mujeres, se necesitó que la comunidad de naciones dictara convenciones internacionales, en las cuales los Estados se comprometían a establecer mecanismos idóneos para convertir en realidad las declaraciones de igualdad de sus legislaciones internas, mediante la adopción de medidas positivas tendientes a evitar que, por su género las mujeres, no alcanzaran a gozar de sus derechos humanos básicos. (1)

Dictadas las convenciones internacionales y sancionadas las leyes nacionales, los datos que muestran la realidad y que plasman las estadísticas, reflejan que las mujeres siguen siendo víctimas de violencia doméstica, laboral, sanitaria, educativa y política en razón de su género, y que no gozan de igualdad con los varones en orden al ejercicio de sus derechos humanos básicos.

Esto demuestra la insuficiencia de las leyes para cambiar una cuestión ancestral de injusticia y de victimización, al tiempo que advierte como única solución definitiva la formación cultural.

No nos cabe duda que hoy debieran ser innecesarias las medidas de discriminación inversa, en favor de las mujeres (como las aplicables en las denominadas "ley de cupo"), ya que un mundo que hace dos siglos y medios construye su organización jurídica en base a la igualdad de los seres humanos debería tener internalizada socialmente esa igualdad para el género femenino. Pero por más que nos llene de vergüenza admitirlo, hay muchos seres humanos en todos los estratos sociales que no respetan el paradigma de igualdad de géneros y violan los derechos humanos de las mujeres en formas constantes, continuas e impunes, con el agravante que a veces lo hacen desde el mismo Estado. De allí la necesaria intervención de la Justicia.

En atención a esta situación, nos hemos propuesto en este trabajo explicar cómo debe intervenir la justicia cuando juzga hechos en los cuales se encuentra comprometido el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres.

La justicia debe juzgar con perspectiva de género por las siguientes consideraciones:

- a. Porque los jueces tienen el imperativo constitucional y supranacional de hacer efectiva la igualdad
- b. Porque los magistrados no pueden ignorar la existencia de patrones socio culturales y en consecuencia no pueden decidir este tipo de cuestiones como si fuera un caso en el cual se definen los derechos de dos hombres o de dos mujeres, sino que debe juzgar con perspectiva de género.
- c. Porque si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres, ya que no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si a la hora de aplicarla se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismos procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género y su problemática que es en definitiva lo que da origen al conflicto.
- d. Quienes imparten justicia tienen la posibilidad de traducir los tratados en realidades para las personas, de evidenciar el compromiso del estado con la justicia y de evitar la revictimización
- e. Porque si no se juzga a nivel nacional con perspectiva de género se obliga a las víctimas a recurrir a instancias internacionales para efectivizar sus derechos, lo que posterga las aspiraciones de las víctimas y compromete la responsabilidad del Estado.

Así por ejemplo si al tiempo de juzgar una situación de violencia sexual contra la mujer que perdura durante seis años el tribunal considera que la mujer que no denunció consintió la violación, ignorando las especiales características de la víctima de violencia, va a dictar un pronunciamiento injusto que demuestra que las leyes no bastan a la hora de juzgar sin una adecuada preparación en género del operador del derecho. Pero no solo la decisión va a ser injusta en el caso concreto sino que va a colaborar a aumentar la violencia porque esa ineffectividad judicial discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos. (2)

La labor jurisdiccional juega un papel relevante en la caracterización de las mujeres. Quienes imparten justicia tienen en sus manos hacer realidad el derecho a la igualdad, para lo cual deben evitar que en el proceso de interpretación y aplicación del derecho intervengan concepciones prejuiciadas de como son y cómo deben comportarse las personas por pertenecer a un sexo o género determinado, o por su preferencia/orientación sexual.

Un ejemplo de la caracterización de las personas basadas en estereotipos sobre los roles sexuales de hombres y mujeres es errado criterio, según el cual la copula impuesta por el esposo no configura el delito de violación. (3)

Este criterio avala la concepción histórica del "cónyuge-dueño": el marido tiene "derecho" sobre el cuerpo de su esposa y, en consecuencia, puede imponerle una relación sexual sin que esto constituya una violación. De

esta firma, se despoja a la mujer de toda autonomía, y su libertad de decidir carece de relevancia jurídica. (4)

Los estándares internacionales establecen claramente que el elemento principal en la configuración del delito de violación tiene que ser la ausencia de consentimiento libre, voluntario e inequívoco. (5)

Por otra parte si el juzgador no entiende por qué la víctima no ha denunciado anteriormente los sucesos que hace años dice padecer, y descrea de la víctima y de los testigos por el mero transcurso del tiempo, realiza una valoración carente de sustento jurídico, y fundamenta el sobreseimiento en supuestos que revictimizan a la damnificada y devuelven un mensaje de culpabilización por los hechos que ha denunciado vivir.

Quienes juzgan de esta forma desconocen la bibliografía actualizada, que hacen referencia a las dificultades de las mujeres víctimas de violencia para denunciar los hechos que las afectan, así como también los fundamentos y objetivos de las políticas públicas que desde el servicio de justicia se vienen desarrollando desde hace algunos años, a fin de garantizar asistencia eficaz y oportuna (6)

III. Género

Para juzgar con perspectiva de género hay que comenzar por entender que es el género, al respecto como expresa la célebre frase de Simone de Beauvoir, "no se nace mujer; se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; es el conjunto de la civilización el que elabora ese producto..." (7).

En efecto, el concepto de género —comprensivo de ambos sexos- consiste en una construcción social que se genera, se mantiene y se reproduce, fundamentalmente, en los ámbitos simbólicos del lenguaje y de la cultura. En definitiva, se trata de una construcción social.

La desigualdad de la mujer y el hombre construida a partir de patrones socioculturales da lugar a violencia estructural contra la mujer que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos.

El concepto de género es importantísimo para instruir un proceso judicial, para valorar la prueba y en definitiva para decidir un caso, ya que si no se parte de entender el concepto de género, no se puede comprender las leyes que garantizan los derechos de las mujeres por el hecho de ser mujeres.

Para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra, polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación tanto en el ámbito institucional e ideológico, como en el psicológico. Este poder del varón se legitima y mantiene al dividir el mundo social en dos esferas, una pública o de la producción y una privada — doméstica o del cuidado. La interiorización de esta división y la coexistencia de ambos dominios están tan arraigadas que ha contribuido a que la sociedad en general acepte tácita y explícitamente la superioridad del varón sobre la mujer y la necesidad de dependencia de las mujeres, es decir, la asimetría de la posición de los sujetos. (8)

Debe recordarse que el concepto de "género" se empezó a utilizar, ya desde 1960, pero cobra mayor relevancia, en las negociaciones y documentos de Naciones Unidas, durante la última etapa de la preparación de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, de 1995; y ciertamente, fue motivo de intensas y difíciles negociaciones para lograr que se aceptara su inclusión en la Declaración y en la Plataforma de Acción de Beijing, esto es, quince años después de que la Convención fuera adoptada por la Asamblea General y abierta a la firma de los Estados.

Acerca del concepto de "género", hay que tener en cuenta que mientras el término sexo identifica las diferencias biológicas y constitutivas de las mujeres y los hombres (o del macho y de la hembra, cuando se trata de animales), género se entiende como el conjunto de características específicas culturales que identifican el comportamiento social de mujeres y hombres y las relaciones entre ellos. Por tanto, el género no se refiere simplemente a mujeres u hombres, sino a la relación entre ellos y la manera en que se construyen socialmente.

Al respecto hay que señalar que un hito histórico fundamental en la lucha de las mujeres por la igualdad y la no discriminación, fue la distinción que se estableció entre sexo y género; ya que permitió entender que la única diferencia "natural" o biológica entre mujeres y hombres se encuentra en las características físicas de sus órganos sexuales. De esta manera, el sexo de las personas se refiere a su anatomía. Mientras que el concepto de género hace referencia a todas aquellas prácticas, valores, costumbres y tareas que la sociedad —y no la naturaleza — le ha asignado de forma distinta a cada uno de los sexos, de manera que tenemos un género femenino y un género masculino. El valor político de esta distinción es enorme, en la medida en que las tareas y responsabilidades asignadas a cada uno de los géneros son obra de la sociedad (9).

Vale recordar que el género es una construcción cultural, que ha sido definido con claridad al decirse que es "el conjunto de prácticas, creencias, representaciones y prescripciones sociales que surgen entre los integrantes de un grupo humano en función de una simbolización de la diferencia anatómica entre hombres y mujeres [...] La cultura marca a los sexos con el género y el género marca la percepción de todo lo demás: lo social, lo político, lo religioso, lo cotidiano" (Lamas (10)). Por eso, el género es una categoría transdisciplinaria, que desarrolla un enfoque globalizador y se construye sobre roles y funciones atribuidas a hombres y mujeres en una sociedad de un lugar y una época determinados (Gamba). Hay que vencer la "extraordinaria inercia que resulta

de la inscripción de las estructuras sociales en el cuerpo" (11) (Pierre Bourdieu), erradicar los estereotipos que hemos aprendido desde las épocas más lejanas de la historia y que tenemos como "inscriptos" en nuestro propio ser, lo que conlleva un trabajo largo y paciente que incluye tareas de aprendizaje, de formación de conciencias y desarrollo de amplias políticas de Estado para revertirlos (12).

Un ejemplo de construcciones de género entabladas en patrones socio culturales está dado por la creencia que el hombre conduce automóviles mejor que la mujer y que la mujer no sabe manejar bien. Esto lleva a cercenar una parte del mercado laboral femenino porque en general no hay mujeres colectiveras, ni taxistas, ni camioneras.

III.1. Errores comunes con respecto al género

Creemos que para cumplir con el propósito de lograr juzgar con perspectiva de género hay que evitar caer en algunos errores comunes como ser

- Identificar la palabra género, explícita o implícitamente, como sinónimo de mujer.
- Entender que la perspectiva de género es "la problemática de la mujer", cuando en realidad es la relación entre mujeres y hombres.
- Considerar que se remueven los patrones culturales invitando a las mujeres (a las reuniones, a la información, a la capacitación) sin que se produzcan transformaciones, ni cambios de la realidad.
- Estimar que "trabajar con una perspectiva de género" es una actividad laboral, sin realizar cambios en la vida privada, y personal.
- Pensar que la perspectiva de género es "adaptar" a las mujeres al mundo de los hombres.
- Creer que la "perspectiva de género" tiene importancia solo en el ámbito de la violencia doméstica
- Entender que en los ámbitos comerciales, mercantiles o empresariales" la perspectiva de género carece de importancia.

III.2. Juzgar con perspectiva de género implica conocer la influencia de los patrones socioculturales en la violencia contra la mujer

Para lograr juzgar con perspectiva de género se requiere reconocer que existen patrones socio cultural que promueven y sostienen la desigualdad de género y que son necesarios conocer y aceptar su existencia al momento de decidir

En otras palabras es necesario un intenso y profundo proceso de educación del juzgador que permita ver, leer, entender, explicar e interpretar las prácticas sociales y culturales con otra visión

Al juzgar con perspectiva de género se hace necesario EVITAR LOS ESTEREOTIPOS. Los estereotipos son todas aquellas características, actitudes y roles que estructuralmente es una sociedad son atribuidas a las personas en razón de alguna de las condiciones enumeradas como "categorías sospechosas". Asignar estereotipos responde a un proceso de simplificación para el entendimiento y aproximación del mundo. Están profundamente arraigados y aceptados por la sociedad que los crea, reproduce y transmite. Lo problemático surge cuando dichas características, actitudes y roles se les adjudica consecuencias jurídicas — como limitar el acceso a los derechos — y sociales, así como una baja jerarquización respecto a lo que se considera como el paradigma único del "sujeto neutral universal". (13)

La perspectiva de género deconstruye esta falsa dicotomía basada en los cuerpos de las personas, así como las consecuencias que se le han atribuido. Es una categoría de análisis que:

- Permite visibilizar la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo, género o preferencia/orientación sexual;
- Releva las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación;
- Evidencia las relaciones de poder originadas en estas diferencias;
- Se hace cargo de la vinculación que existe entre las cuestiones de género, la raza, la religión, la edad, las creencias políticas, etc;
- Pregunta por los impactos diferenciados de las leyes y políticas públicas basadas en estas asignaciones, diferencias y relaciones de poder, y
- Determina en qué casos un trato diferenciado es arbitrario y en qué casos es necesario. (14)

Estamos convencidos que resulta indispensable contar con una adecuada perspectiva de género a la hora de analizar y abordar situaciones de violencia familiar en general y en particular en el caso de las mujeres. Es decir, que tenemos que analizar la realidad sobre la base de la existencia de condiciones históricas de desigualdad entre hombres y mujeres.

Es muy importante que el juzgador comprenda que no es posible tener una mirada "neutral" a la hora de valorar los hechos y las conductas. O se tiene una mirada basada en una perspectiva de género o

invariablemente se juzgará con una mirada patriarcal y estereotipada, que ha sido la posición dominante en nuestra cultura y entonces, la situación de vulnerabilidad y dominación de las mujeres no tendrá fin.

IV. Patrones socioculturales

La influencia de los patrones socio culturales en la violencia de género contra las mujeres, ha estado presente en la consideración de la comunidad internacional y por eso fue específicamente incluida en la redacción de la Convención.

Así, ya desde su prólogo se reconoce que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia. Luego, en su artículo 5° aborda de manera más decidida este aspecto al disponer que Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Esta valoración expuesta por la Convención, fue uno de sus grandes aciertos y abrió el camino a su consideración en los documentos suscriptos con posterioridad. En este sentido, la Convención de "Belém do Pará" también desde su prólogo señala la preocupación porque "la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres". Más adelante, en su Artículo 6°, explicita que "el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: (...) b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación".

V. Principios generales imprescindibles al juzgar con perspectiva de género

Juzgar con perspectiva de género no es más que hacer realidad al resolver una cuestión sometida al ámbito de la justicia del derecho a la igualdad. Para lograrlo hay que partir de principios jurídicos universalmente aceptado en materia de derechos humanos

A continuación relataremos los principios que deben ser tenidos en cuenta al juzgar con perspectiva de género, estos principios son extraídos de las decisiones de la Corte Internacional de Derechos Humanos, han sido aplicados por La Corte Suprema de Justicia Argentina y pueden ser aplicados por cualquier país.

VI. Principio de razonabilidad. Categorías sospechosas

En principio, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima el Tribunal debe analizar su razonabilidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párr. 89; Fallos: 332:433, considerando 5°), esto es, si la distinción persigue fines legítimos y si esa distinción es un medio adecuado para alcanzar esos fines (Fallos: 327:3677, considerando 12°). Cuando las diferencias de trato están basadas en categorías "específicamente prohibidas" o "sospechosas" -como el género, la identidad racial, la pertenencia religiosa, o el origen social o nacional- los Tribunales deben aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez (cf. Fallos: 327:5118; 329:2986; 331:1715; 332:433; y jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos establecida en precedentes tales como "United States v. Carolene Products Co." 304 U.S. 144, del 25 de abril de 1938, en particular, pág. 152, 11. 4; "Toyosaburo Korematsu y. United States" 323 U.S. 214, del 18 de diciembre de 1944; y "Graham v. Richardson" 403 U.S. 365, del 14 de junio de 1971, y sus citas).

VII. Inversión de la carga de la prueba en los supuestos de categoría sospechosa

Al juzgar con perspectiva de género en los casos en que se resuelve sobre la discriminación contra la mujer o casos de violencia, se debe invertir la carga de la argumentación y es el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo (Fallos: 332:433, considerando 6° y sus citas).

VIII. Fundamento de la teoría de las categorías sospechosas

El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos socialmente desaventajados, como consecuencia del tratamiento hostil que históricamente han recibido y de los prejuicios o estereotipos discriminatorios a los que se los asocia aun en la actualidad. Desde este punto de vista, el género constituye una categoría sospechosa.

IX. Estándar probatorio

Con relación a las cargas probatorias hay que tener en cuenta que "...la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor... Para compensar estas dificultades... el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones... para la parte que invoca un acto discriminatorio es suficiente con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda

discriminación"

En el contexto normativo descrito, cuando una persona alude discriminación en base a una categoría sospechosa, como lo es el género a la que ella pertenece, su derecho constitucional a la igualdad hace pesar sobre la decisión cuestionada una presunción de invalidez que deberá ser desvirtuada. Para desvirtuar esa presunción los demandados deben acreditar que el acto impugnado responde a un fin legítimo, y que la diferencia de trato en perjuicio de la actora es el medio menos restrictivo para alcanzarlo.

X. El control de convencionalidad

Es imprescindible que al juzgar con sentido de género los magistrados realicen un control de convencionalidad para evitar que una norma local) dejen vacía de contenido a la Convención.

En la Argentina al igual que en México los jueces tienen un control difuso de convencionalidad. En mérito a tal poder los jueces de todas las instancias y todos los fueros están obligados a velar porque los efectos de las disposiciones de las Convenciones no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Para ello deben ejercer de oficio el control de convencionalidad entre las normas internas y las convenciones en las que el país sea parte.

El control difuso de convencionalidad convierte a todos los jueces en guardianes de las convenciones de Derecho Humanos entre las que se encuentra la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer recurren a fórmulas específicas sobre el derecho a la igualdad de las mujeres enfocadas a la no discriminación y al derecho a vivir una vida libre de violencia (Convención Belén do Pará) que tienen que ser tenidas en cuenta al aplicar las leyes internas y al resolver los conflictos que involucren al género femenino

XI. La protección de los derechos humanos debe darse contra ataques de la autoridad estatal y contra ataques de particulares

La Corte Suprema de Justicia Argentina tiene dicho que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional... Que nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados 'derechos humanos' —porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad lato sensu carezca de protección constitucional adecuada...". (15)

De lo antedicho se infiere que el control de convencionalidad debe darse no solo frente a los actos de gobierno sino también frente a las decisiones de los particulares. Así por ejemplo si una empresa no contrata mujeres en todo el territorio nacional, su actitud es contraria a las leyes internas y a las Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer

XI. Aplicación de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aunque la Argentina no haya sido parte

La corte Suprema de Justicia de la Nación ha aceptado la aplicación de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aún en supuesto en supuestos en los que la Argentina no ha sido parte. Así por ejemplo en los casos "Simón" y "Mazzeo" los jueces hicieron directa aplicación de la Jurisprudencia de la Corte IDH, en materia de Lesa Humanidad, aun cuando se trataba de decisiones en las cuales Argentina no había sido parte.

Esto es de suma importancia en el tema que nos ocupa porque hace aplicable toda la Jurisprudencia de la Corte IDH en materia de violencia contra las mujeres

XII. Doctrina del "margen de apreciación Nacional"

El margen de apreciación nacional es una doctrina ampliamente utilizada por varios tribunales internacionales, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH.), que se traduce en una suerte de deferencia del tribunal correspondiente hacia las autoridades nacionales para que sean éstas las que decidan sobre una determinada cuestión. La aplicación de esta doctrina al ámbito de los derechos humanos ha supuesto la concesión de cierto margen de actuación a las autoridades nacionales, que serían las encargadas de resolver determinadas vulneraciones de derechos humanos en aquellos casos en los que el tribunal internacional correspondiente considera que los órganos internos están mejor posicionados e informados que el propio órgano internacional para resolver la cuestión litigiosa.

El margen de apreciación es un instrumento interpretativo que parte de la idea de que, un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circundan, por el contrario existen condicionamientos materiales y sociales cuyo desconocimiento quitaría realidad o vigencia a un régimen de derechos humanos.

La Corte Derechos Humanos de San José de Costa Rica ha realizado una utilización muy inferior del margen de apreciación nacional que la Corte de Derechos Humanos de Europa y que conozcamos nunca ha

aplicado la doctrina del margen de apreciación nacional en materia donde están comprometidos derechos de las mujeres. ya que se ha encargado de señalar que sus sentencias son obligatorias aún en los casos en los que el país no ha sido parte.

Por otra parte la Corte Suprema de Justicia Argentina, en general admite la obligatoriedad de las sentencias de Derechos Humanos de la Corte de San Jose de Costa Rica En un solo caso, hasta ahora la Corte Suprema Argentina ha utilizado la doctrina del margen de apreciación Nacional para rechazar un reclamo individual de una mujer apoyado en Tratados Internacionales que gozan de jerarquía constitucional. Así en la causa D. de P.V (16) donde la reclamante impugnaba un artículo del Código Civil que excluía a la mujer de la legitimación para impugnar judicialmente la paternidad del marido, con base entre otras normas, en el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la mayoría de la Corte sostuvo que

"Que el Estado goza de un razonable margen de apreciación de las distinciones que, dentro de los parámetros mencionados, puede legítimamente formular por imperativos de bien común. En este orden de ideas, la paternidad y la maternidad no son absolutamente iguales y por ello, el legislador puede contemplar razonables diferencias. El art. 259 del Cód. Civil, que atribuye al marido y no a la mujer la acción de impugnación de la paternidad, no se funda en un privilegio masculino sino que suministra al marido la vía legal para destruir una presunción legal -que no pesa, obviamente, sobre la mujer, puesto que su maternidad queda establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (art. 242, Cód. Civil)- a fin de que el sujeto sobre quien opera presunción tenga la posibilidad de desvirtuar que sea el padre del hijo de su esposa nacido dentro de los términos que fija la ley, desligándose así de las obligaciones de una paternidad que le es ajena."

Además señaló que "la presunción de paternidad legítima, que es uno de los pilares fundamentales en que se asienta el derecho de filiación matrimonial, no tiene su fundamento en la presunción de inocencia de la cual goza la mujer por su carácter de casada con relación al adulterio, sino en el valor institucional de la familia legítima y en la conveniencia de dar emplazamiento inmediato al niño nacido durante el matrimonio. Los instrumentos internacionales de derechos humanos que se hallan en juego en esta causa contienen manifestaciones evidentes de la valoración de la familia constituida como realidad indispensable al bien personal y al bien común (Pacto de San José de Costa Rica, art. 17, párrafos 1 y 2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23.1) Y del margen de apreciación de las autoridades nacionales para regular los medios de protección de la institución familiar, protección que, indudablemente, debe mantener el equilibrio con la tutela de otros valores esenciales. De esta tensión entre el imperativo de asegurar el acceso al conocimiento del vínculo biológico y el de mantener el sosiego y la certeza en los vínculos familiares, conforme a la ponderación efectuada por el Poder Legislativo de la Nación".

La norma cuestionada ha sido dejada de lado por el nuevo Código Civil y Comercial Nacional, que comenzó a regir el 1 de agosto del 2015, que acepta que la mujer se encuentra legitimada para impugnar la paternidad de su marido aunque al hacerlo reconozca su propio adulterio.

XIII. ¿Quiénes deben juzgar con perspectiva de género?

Cabe señalar que ningún área del derecho es ajeno a la perspectiva de género. Esto implica que el juzgar con perspectiva de género no es una cuestión exclusiva del área de la violencia doméstica o de los magistrados penales, porque las discriminaciones contra la mujer se producen en todas las órbitas del derecho, desde la faz laboral, hasta la impositiva, pasando por la bancaria y la de Salud.

Lo que determina la pertinencia de aplicar la perspectiva de género no es el hecho de que está involucrada la mujer, sino que la cuestión está originada en relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad basados en el sexo, el género o las preferencias u orientaciones sexuales de las personas.

XIV. Jurisprudencia

A continuación analizaremos algunos casos donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos y La Suprema Corte Argentina han Juzgado con perspectivas de género.

a) Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile
Discriminación por orientación sexual.

Hechos

Un matrimonio compuesto por una jueza y un abogado chileno se divorcian y deciden que la custodia de las hijas quede a cargo de la madre. La progenitora inicia una relación lesbiana permanente y comienza a convivir con su pareja y las menores, motivo por el cual el padre solicita el cambio la custodia de las niñas.

Los hechos del presente caso se relacionan con el proceso de custodia o tuición que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R.1 en contra de la señora Karen Atala Riffo por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas.

Decisorio Juzgado de menores de Villarica y Corte de apelaciones de Temuco.

En el marco del proceso de tuición, el Juzgado de Menores de Villarica adoptó, entre otras, dos decisiones. La primera de ellas se concentró en decidir sobre una tuición provisional solicitada por el padre. El 2 de mayo de 2003 dicho Juzgado concedió la tuición provisional al padre aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre. En dicha decisión, el Juzgado motivó la decisión, inter alia, con los siguientes argumentos: i) "que [...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas", y ii) "que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra[n] gran importancia".

El 29 de octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarica adoptó una segunda decisión en la que rechazó la demanda de tuición, intentada por el padre de las menores, considerando que, con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su "rol de madre" y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Dicha decisión fue apelada. El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia.

Decisorio Corte Suprema de Justicia de Chile

Ante el decisorio de la Corte de Apelaciones de Temuco, el padre de las niñas presentó recurso de queja. El 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso, concediendo la tuición definitiva al padre. En dicha sentencia, la Corte Suprema indicó que "en todas las medidas que le conciernan, a los niños y niñas, es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres". Además, la Corte Suprema fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

i) "se ha prescindido de la prueba testimonial, [...] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho"; ii) "el testimonio de las personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja"; iii) la señora Atala "ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas"; iv) "la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas", y v) "es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal". Por tanto, la Corte Suprema consideró que las condiciones descritas constituían "causa calificada" de conformidad con el artículo 225 del Código Civil chileno, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba "un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración".

Decisorio CIDH.

La Corte reiteró que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades. Además, respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término "otra condición social" establecido en el artículo 1.1 de la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

Se puso de resalto que el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. Igualmente, constató que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser

admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

La Corte observó que al ser el "interés superior del niño" un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

Se consideró que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios.

Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte consideró que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resaltó que, además, la señora Atala no tenía por qué sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual.

Por tanto, concluyó que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas M., V. y R.

Frente a la alegada confusión de roles en las tres niñas que podría generar la convivencia de la señora Atala con su pareja, el Tribunal consideró que tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. En efecto, es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas. El Tribunal observó que, en el presente caso, la Corte Suprema de Justicia no falló con base en un análisis in abstracto del alegado impacto de la orientación sexual de la madre en el desarrollo de las niñas, sino que invocó la supuesta existencia de pruebas concretas. Sin embargo, se limitó en sus consideraciones a la aplicación de un test de daño especulativo limitándose a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la "eventual confusión de roles sexuales" y la "situación de riesgo para el desarrollo" de las niñas. Por tanto, el Tribunal concluyó que la Corte Suprema de Justicia no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido.

Finalmente, ante el presunto derecho de las niñas de vivir en una familia "normal y tradicional", la Corte observó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se define y protege sólo un modelo "tradicional" de la misma. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

En el presente caso, este Tribunal constató que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una "familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social", y no en una "familia excepcional", reflejaba una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente reseñado, el Tribunal concluyó que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala que viola los artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana.

Además, la Corte Interamericana resaltó que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre.

El Tribunal señaló que, al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la

madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales.

Por otra parte, la Corte concluyó que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho de las niñas a ser oídas consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana, ya que la Corte Suprema no había explicado en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal constató que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, teniendo en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño. Por tanto, la Corte concluyó que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R.

Controversia respecto a la investigación disciplinaria de la Sra. Atala Riffo en su carácter de magistrada.

El caso en examen también se relaciona con la investigación disciplinaria y la visita extraordinaria que fue llevada en contra de la señora Atala en abril de 2003. Dicha investigación fue ordenada por el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco con el fin de indagar sobre "dos hechos fundamentales: uno, las publicaciones aparecidas en los diarios "Las Últimas Noticias" y "La Cuarta" en las que se hacía referencia al carácter de lesbiana de la Sra. Atala y el otro, correspondía a la utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas por el Juez de Menores de Villarrica en la que ella era parte. Respecto a la orientación sexual de la señora Atala el ministro visitador que realizó la visita extraordinaria, concluyó en su informe que la peculiar relación afectiva, de la señora Atala, ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen tanto de la Sra. Atala como del Poder Judicial y que ello reviste una gravedad que merece ser observada por el Tribunal de Apelaciones.

Como consecuencia de esa visita la Corte de Apelaciones de Temuco formuló cargos en contra de la señora Atala por la utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas por el Juez de menores, la utilización indebida de un sello del Tribunal y las publicaciones aparecidas en la prensa que informaron sobre el proceso de tuición y su orientación sexual.

En cuanto a los hechos relacionados con la investigación disciplinaria, la CIDH manifestó que no observaba relación alguna entre un deseo de proteger la "imagen del poder judicial" y la orientación sexual de la señora Atala, ya que la orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual. Por ello, concluyó que era discriminatoria una diferenciación en una indagación disciplinaria relacionada con la orientación sexual. Por ello, el Estado vulneró el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

Por otra parte, la Corte constató que, si bien la investigación disciplinaria se inició con un fundamento legal y no terminó con una sanción disciplinaria en contra de la señora Atala por su orientación sexual, sí se indagó en forma arbitraria sobre ello lo cual constituye una interferencia al derecho a la vida privada de la señora Atala, el cual se extendía a su ámbito profesional. Por lo tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 11.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

Reparaciones

Respecto de las reparaciones, la CIDH estableció que su Sentencia constituye per se una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado las siguientes medidas de reparación: i) brindar la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas a las víctimas que así lo soliciten; ii) publicar el presente resumen oficial de la Sentencia, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y la totalidad de la Sentencia en un sitio web oficial; iii) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; iv) continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, y v) pagar indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos.

Los puntos más destacables de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a como juzgar con perspectiva de género

- Los Tribunales no pueden decidir sobre la tenencia de los niños de acuerdo a patrones socio culturales presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o

preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia, sin tener en cuenta el interés superior del niño

- La aptitud o no de una persona para hacerse cargo del cuidado de su hijo; siempre "se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia" (párrafo 109). Tal indagación no debe hacerse sobre la base de "consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que éstos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños" (párrafo 111). (17)

- Los Estados deben tener en cuenta que : "toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado" Es decir que si los jueces no juzgan con perspectiva de género y ocasionan daños por incumplimientos de las Convenciones los Estados deberán reparar a las víctimas. (18)

- Los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos. Ciertamente no sólo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos" —

- la orientación sexual de un magistrado o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual

b) Jurisprudencia laboral

Violencia contra la mujer en acceso al trabajo. La no discriminación por razón del sexo en materia laboral, se exige antes, durante y después de la relación laboral.

El caso

En Salta, Una Provincia del Noreste Argentino, no existía ninguna mujer que manejara colectivos, a pesar de existir múltiples empresas de transportes, en ninguna trabajaba una mujer.

Una señora llamada Mirta Cisneros, se preparó para conducir buses, obtuvo la licencia profesional para hacerlo y se presentó en múltiples ocasiones a diferentes empresas pretendiendo que se la contratara como chofer de colectivo, sin obtener resultados positivos.

Tras cosechar múltiples negativas, y presentar múltiples denuncias al Gobierno Provincial sin lograr que se la considerara para desempeñarse como conductor de colectivos, la Señora Mirta Sisnero y una fundación de defensa de los derechos de la mujer interpusieron acción de amparo colectivo contra las empresas de transporte público urbano de la Ciudad de Salta. Alegaron la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del género a raíz de la imposibilidad de la actora de acceder a un puesto de trabajo en las empresas demandadas, pese a cumplir con los requisitos de idoneidad. En relación con la pretensión colectiva argumentaron una vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación en la falta de contratación de mujeres para la conducción del transporte público de pasajeros. En definitiva, solicitaron el cese de la discriminación por razón de género, la incorporación de Mirtha Sisnero como chofer de colectivo y 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 operadoras.

Las empresas demandadas rechazan la demanda y señalan que la actora carecía de experiencias como conductora de colectivo.

Las diferentes sentencias

El Tribunal de Segunda Instancia hizo lugar a la demanda y ordenó el cese de la discriminación, La sentencia de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala V, de la Ciudad de Salta, hizo lugar a la demanda y ordenó el cese de la discriminación por razones de género. Resolvió que las empresas deberán contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes. Dispuso que la AMT deberá confeccionar una lista de todas las postulantes mujeres que cumplan los requisitos de las leyes y ordenanzas vigentes -con Mirtha Sisnero ubicada en primer lugar-, y que, en caso de que alguna de las empresas demandadas viole lo dispuesto, deberá abonarle a la primera mujer de la lista un salario idéntico al del chofer de mejor remuneración.

A su tiempo, la Corte de Justicia de Salta revocó la sentencia sostuvo que para tener por configurado un caso de discriminación, la señora Sisnero debió acreditar que contaba con la idoneidad requerida para cubrir el puesto

laboral pretendido y que, en igualdad de condiciones, las empresas demandadas habían preferido a otro postulante por el mero hecho de ser hombre. La Corte de Justicia de Salta agregó que la mera omisión de responder a las reiteradas solicitudes de trabajo de Mirtha Sisnero era insuficiente para tener por configurado un supuesto de discriminación porque las empresas no tenían ningún deber constitucional de responderle.

Interpuesto recurso extraordinario la Corte Suprema de Justicia de la Nación anuló el fallo que denegaba la sentencia planteada por Sisnero y la ONG (19).

La Corte señaló que la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación recae sobre todos los poderes del Estado, pero también sobre los particulares. Y se extiende tanto respecto de aquéllos casos en que la situación discriminatoria es el resultado de las acciones y omisiones de los poderes públicos como cuando es el resultado del comportamiento de los particulares (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párr. 104). El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer advirtió que los Estados parte de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer deben garantizar, a través de los tribunales competentes y de la imposición de sanciones u otras formas de reparación, que la mujer esté protegida contra la discriminación cometida tanto por las autoridades públicas como por las organizaciones, las empresas y los particulares (Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, párr. 7).

En el marco de las relaciones laborales, la Corte Interamericana ha resaltado que "los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párrs. 139). En el mismo sentido, desde su antigua jurisprudencia la Corte Suprema ha afirmado: "Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados "derechos humanos" [...] esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad" (Fallos: 241:291, considerando 3).

En el contexto normativo descripto, cuando una persona -como Mirtha Sisnero- solicita ser empleada en una posición laboral cuyo mercado se encuentra absolutamente segregado sobre la base de una categoría sospechosa a la que ella pertenece, su derecho constitucional a la igualdad hace pesar sobre la decisión de no contratarla una presunción de invalidez que deberá ser desvirtuada por el empleador. Para desvirtuar esa presunción las empresas demandadas debían acreditar que la exclusión de la señora Sisnero respondía a un fin legítimo, y que la diferencia de trato en perjuicio de la actora era el medio menos restrictivo para alcanzarlo.

En este caso, las empresas demandadas no revirtieron esa presunción. Por el contrario, el comportamiento de las empresas consistió en ignorar sistemáticamente la postulación de la señora Sisnero quien ni siquiera fue convocada a una entrevista para competir por los puestos en los que, finalmente, contrataron hombres. De este modo, no han evaluado siquiera su idoneidad para el cargo. Este comportamiento se mantuvo, incluso, luego de que el Consejo Deliberante salterio adoptó la Resolución 138 que advirtió a las empresas sobre la existencia de un estereotipo discriminatorio y la situación particular de Sisnero, y, en algunos casos, durante el trámite del juicio de amparo.

Por otra parte, la defensa planteada por las empresas demandadas con relación a la falta de experiencia en el ejercicio de ese oficio por parte de la actora tampoco desvirtúa la presunción de invalidez. En efecto, dicha falta de experiencia se produce, justamente, a raíz del estereotipo de género que las ha excluido históricamente del oficio de chofer de colectivos. La justificación de cualquier decisión de contratación en perjuicio de las mujeres deberá estar despojada de estereotipos y nociones fijas y arcaicas acerca de los roles y las habilidades de los hombres y las mujeres (cf. Corte Suprema de los Estados Unidos, "Mississippi University for Women v. Hogan", 458 U.S. 718, del 1º de julio de 1982, sección II y sus citas).

Por otra parte señaló que la circunstancia que en toda Salta no existiera una sola conductora de colectivos mujeres estaba vinculado con un patrón socio cultural que era necesario remover.

Esta situación reclama la adopción de medidas de acción positiva para contrarrestar la segregación por género y revertir los patrones socioculturales que la explican. La Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer prevé este tipo de medidas en su artículo 4. El Comité respectivo ha destacado que dichas medidas tienen como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil. En pos de ese objetivo, las medidas pueden consistir en programas de divulgación o apoyo, reasignación de recursos, trato preferencial, determinación de metas en materia de contratación y promoción y sistemas de cuotas (Recomendación General 25, párr. 22). En concreto, el Comité ha recomendado a los Estados que deben hacer mayor uso de medidas especiales de carácter temporal en materia de empleo tendientes a lograr la igualdad (Recomendación general 5 y 25, párr. 18). Asimismo, en sus Observaciones Finales para la Argentina del 16 de agosto de 2010, expresó su preocupación "por la persistencia de la segregación ocupacional" (párr. 35) e instó al Estado a "que adopte todas las medidas necesarias para alentar a la mujer a buscar empleo en disciplinas no tradicionales" (párr. 36).

Por lo tanto, es ineludible que las empresas demandadas adopten medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre hombres y mujeres en la planta de choferes. Entre tales medidas pueden figurar la realización

de campañas y convocatorias dirigidas a las mujeres, el establecimiento de metas progresivas de incorporación de mujeres, el cupo femenino y la difusión de la sentencia. Además, es necesario que desarrollen mecanismos de articulación con la Autoridad Metropolitana de Transporte, a los fines de implementar programas que faciliten la incorporación de la mujer, y para que sean identificados los requisitos de cada empresa para la incorporación de choferes, los mecanismos de convocatoria, los criterios de selección y las vacantes disponibles.

Los puntos más destacables de la sentencia de la CSJN en relación a como juzgar con perspectiva de género las cuestiones laborales.

- Demuestra la imposibilidad de la víctima individual y en general pobre para llevar a cabo este tipo de acciones.

- Prueba el valor de las ONG y su necesidad.

- Aplica criterios flexibles en la apreciación de la prueba y el criterio de inversión de la carga de la prueba en caso de grupos vulnerables como lo son las mujeres.

- Determina que la no discriminación por razón del sexo en materia laboral, se exige antes, durante y después de la relación laboral, entendiéndose por "antes" el proceso de selección hasta el momento de la contratación definitiva"

- Establece que prohibición de discriminar, al momento de la contratación de un trabajador- constituye un límite a la libertad de contratar que garantiza la Constitución Nacional, lo que obliga al empleador al seleccionar al personal a contratar debe utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer, así como a rechazar aquellos otros criterios que aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso.

- Reconoce la necesidad de remover patrones socioculturales que generan discriminación contra la mujer.

- Admite que la discriminación por género puede devenir del estado o de sectores privados.

- Pone de relieve el error de la Corte Provincial de no juzgar con perspectiva de género.

- "Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes" [\(20\)](#)

c) Jurisprudencia sobre aborto Violencia contra la mujer. No punibilidad del aborto por causa de violación. Suficiencia de la declaración de la víctima para determinar que se trata de una violación.

El caso

En Argentina el aborto es sancionado penalmente salvo las excepciones establecidas en la Ley. [\(21\)](#)

La madre de una niña de 15 años solicitó a la justicia de la Provincia del Chubut que se dispusiera la interrupción del embarazo de su hija, víctima de una violación perpetrada por el padrastro de la menor. Relató que el 3 de diciembre del año 2009 la Sra. A. L. F. denunció ante el Ministerio Público Fiscal que el 13 de noviembre del mismo año su marido había violado a su hija A. de 15 años de edad. En esa oportunidad, reseñó una situación de abuso sexual ocurrida desde que la niña tenía 11 años

Al comprobarse el embarazo de la niña, como resultado de la violación, se inició un largo derrotero para obtener un pronunciamiento judicial que autorice la práctica del aborto, con fundamento en el artículo 86 del CP.

Tras dos pronunciamientos contrarios a la pretensión por la jueza de primera instancia y la Cámara de Apelaciones, el 8 de marzo de 2010 la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia Provincial se pronunció, por unanimidad, a favor de la realización del aborto legal. Consideró que (a los efectos de evaluar la procedencia del permiso contenido en el art. 86, inc. 2, CP) el embarazo de A. fue producto de la violación cometida por el Sr. O.N. También tuvo por probado que O.N. había abusado sexualmente de ella durante aproximadamente cuatro años. O.N., de 51 años de edad, era el esposo de la Sra. F desde que A. tenía 3 años de edad. Además, es el padre de cuatro de sus hermanos, y en la causa judicial se tuvo por cierto que, si bien no es el padre biológico de la niña, en la organización familiar ocupaba un rol parental. Por tales motivos, el abuso sexual era vivido por la joven con un tinte incestuoso

La sentencia del Superior Tribunal Provincial Y de la Corte Suprema de Justicia de La Nación

El Superior Tribunal local, revocando lo decidido en primera y segunda instancia, admitió lo pedido al entender que encuadraba dentro de los abortos no punibles reglados en el Cód. Penal. La Defensora Oficial recurrió la decisión en representación del nasciturus, pese a que la práctica médica ya se había realizado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la decisión del Superior Tribunal. La CSJN juzgó que no era punible el aborto practicado en caso de violación. El Tribunal aclaró que en ausencia de reglas específicas para

acceder al aborto permitido en caso de violación es sólo necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, ya que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente, pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal.

Los fundamentos de la sentencia.

Si bien la Corte Suprema advierte la posibilidad de configuración de "casos fabricados" de violación, a los fines de practicarse un aborto sin sanción —dado que sólo se requiere la declaración jurada de la supuesta víctima frente al profesional para su realización—, el Tribunal considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos —que sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal—, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud.

La Corte exhortó a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles, por devenir el embarazo de una violación, sea la mujer incapaz o no, y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual. (22)

Además el máximo tribunal argentino exhortó al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente.

El embarazo forzado como atentado contra la dignidad de la niña

Ya fue mencionado que, está probado que el embarazo de A. fue producto de la violación cometida por su padrastro, y que los abusos sexuales padecidos fueron reiterados desde que la niña tenía 11 años de edad.

Numerosa bibliografía señala el carácter gravemente lesivo que los ataques sexuales causan en general y, en especial, los tintes especialmente dramáticos que adquieren cuando son cometidos contra niñas o niños en virtud de la falta de madurez de la víctima para poder entender y procesar lo que está sucediendo (Cf. Batarrita Asúa, Adela, "El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales", en Género, Violencia y Derecho, coordinadoras Laurenzo, Patricia; Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 102).

Los abusos sexuales sufridos por la joven significaron, sin dudas, una seria vulneración de sus derechos a la dignidad e integridad. Estos actos poseen un carácter gravemente ultrajante y degradante, por cuanto significan la cosificación de la persona, que es reducida a un objeto carente de todo valor y dignidad humana.

Ante la confirmación del embarazo, sostener que la víctima del agravio sexual debe llevar a cabo la gestación hubiera implicado obligarla a atravesar por un embarazo forzado y reducirla, así, a un mero receptáculo, a un objeto de procreación. De esta forma, la niña hubiera sido nuevamente instrumentalizada, esta vez no por un particular, sino por el propio Estado.

En una reconocida sentencia, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció sobre estos aspectos y sostuvo que: "La dignidad humana se constituye en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aún cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. Al adoptar normas de carácter penal, no puede el legislador desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear" (cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 8.1., rta.10/05/2006).

En especial, reparó en aquellos casos en los que el embarazo sea resultado de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida (art. 124, CP Colombia). A juicio de la Corte Constitucional, en tales supuestos "...debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva del delito de aborto, porque la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos" (cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 10.1., rta.10/05/2006).

Ello así, obligar a la niña a continuar con el embarazo en esas condiciones hubiera implicado privarla por completo del contenido a su derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Y una intromisión estatal de tal magnitud resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable.

El Estado no puede imponer conductas heroicas

Se ha señalado que el Estado no puede exigir a las personas conductas que impliquen sacrificios irrazonables o desproporcionados de los propios derechos en beneficio de los derechos de terceros o del interés general, pues: el derecho no puede castigar las conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio. Un Derecho penal democrático no quiere ser un derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría.

Se llega así a la idea básica que suele verse tras la noción de 'no exigibilidad': las conductas heroicas 'no son exigibles' (v. al respecto, Mir Puig, Santiago, "Límites al Normativismo en el Derecho Penal en Dogmática y Criminología- Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo" Ed. Legis, Madrid, 2005, p. 370/375).

Las tesis que promueven el alcance más limitado de los permisos legales contenidos en el artículo 86, CP tienen como consecuencia exigir a las mujeres que sacrifiquen sus derechos, como pueden ser su salud, su vida o su dignidad, en aras de favorecer la vigencia de otros derechos o intereses. No obstante, como veremos más adelante, el Estado no puede exigir a las personas conductas que impliquen sacrificios irrazonables o desproporcionados de los propios derechos en beneficio de los derechos de terceros o del interés general.

Sobre este punto se han pronunciado algunos tribunales extranjeros, al analizar los límites que tienen los Estados para penalizar el aborto en todos o en algunos supuestos en particular (como es, cuando el embarazo sea producto de una violación).

Al respecto resulta ilustrativo lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia en cuanto a que: "El Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aún cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido" (Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, consid. 10.1., rta. 10/05/2006).

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español entendió que: "El legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la ley resultaría totalmente inadecuado" (Tribunal Constitucional Español, sentencia N° 53/85, consid. 9, rta. 11/4/1985).

Esta prohibición general adquiere una dimensión mayor cuando de quien se espera una conducta heroica es una niña. Es precisamente frente a los niños que el Estado asumió un deber de especial protección, y no puede luego esperar válidamente el sacrificio de sus derechos, aún cuando sea en pos de algún interés legítimo.

El embarazo forzado constituye un trato cruel, inhumano y degradante

Recapitulando, según los profesionales que entrevistaron a la niña, el embarazo era vivido por la niña abusada por su padrastro como un evento extraño, invasivo, no era significado como hijo. La idea de hijo era incompatible con su universo de posibilidades. Dicho de otro modo, en su mundo interno era imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quién sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de su madre. Si bien el ofensor no es el padre biológico de A., en el sistema jerárquico familiar estaba ubicado en el subsistema parental, lo que refuerza el daño provocado por el abuso a raíz del tinte incestuoso.

En tales condiciones, obligar a la niña a llevar adelante el embarazo, bajo amenaza de sanción penal, implicaba desconocer por completo el derecho a la dignidad humana y someterla a un trato cruel, inhumano y degradante, pues tal como lo establecen los estándares internacionales en la materia, la prohibición de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, comprende no sólo el sufrimiento físico, sino también el sufrimiento moral (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, párr. 5, 44° período de sesiones, 1992. En sentido similar, Corte IDH, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 100). Además, esta prohibición protege en particular a los niños (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, cit.). Estos principios llevaron a sostener la responsabilidad del Estado de Perú por violación al artículo 7 del PCDCyP por impedir la realización de un aborto justificado a una menor de edad (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Karen Noelia Llantoy Huamán, Dictamen N° 1153/2003, 24 de octubre de 2005), y generaron una manifestación de preocupación por parte del Comité contra la Tortura, por cuanto la legislación de Nicaragua penaliza el aborto aún cuando el embarazo sea producto de una violación (Observaciones finales del Comité contra la Tortura a Nicaragua, CAT/C/NIC/CO/1, párr. 16, 14 de mayo de 2009).

Por ello, se considera que de darse cabida a la interpretación restrictiva que propone el recurrente, de acuerdo a la cual el aborto realizado en casos como el de autos estaría penalizado, se violaría también el derecho de la niña a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Se comprometería también por este motivo la responsabilidad internacional del Estado argentino.

No puede perderse de vista, como se señaló desde el inicio que cuando se encuentra en juego el interés superior de una menor toda decisión debe evaluarse no sólo a la luz de las necesidades actuales de esta niña, sino también con la mirada puesta hacia adelante, es decir a su futuro, y lo cierto es que los costos de la prohibición del aborto en supuestos como el de autos, hubieran comportado un perjuicio enorme para la causante en tanto la conducían a llevar adelante una maternidad "impuesta".

Así, la incriminación de la interrupción del embarazo y la consiguiente constricción penal a convertirse en madre hubiera impuesto a A. y a menores en situaciones análogas, no sólo no abortar, sino una impronta de vida de incalculable alcance, puesto que —como se señaló— no sólo se encuentra en juego la gestación, el parto, sino

la renuncia a su vida de niña y adolescente, debiendo asumir extemporáneamente y contra su voluntad las obligaciones de educar a ese niño y mantenerlo, (responsabilidad parental), en una situación que además se presenta muy próxima al incesto. Bajo esas condiciones la penalización del aborto, hubiera sustraído a la menor encinta de la autonomía de su propio cuerpo y, con ello, de su misma identidad personal, reduciéndola a un mero instrumento por tercera vez. Primero, en manos del abusador que la sometió durante cuatro años. Segundo, por el mismo adulto, que en lugar de cuidarla y criarla en su rol de padre, la violó nuevamente y la dejó encinta como consecuencia de ese acto criminal. Y tercero, como consecuencia de la actividad estatal, que bajo amenaza de enviarla a la cárcel, la hubiera obligado no solamente a llevar a término el embarazo, sino a asumir una responsabilidad parental para la cual no estaba preparada y conspiraba severamente contra su propia salud, colocándolo en una situación de riesgo su vida

Los puntos más importantes de la Sentencia de la CSJN en relación a como juzgar con perspectiva de género en cuestiones de abortos producidos por violaciones

Someter a una mujer que padece un embarazo derivado de la comisión de un delito contra su integridad sexual, al acto de parimiento y bajo amenaza estatal de que si no lo hace incurre ella —precisamente la víctima—, en la comisión de un delito, constituye un acto de crueldad, vejación y excede lo humanamente exigible. (23)

d) Violencia Contra la mujer en educación. Imposibilidad de acceso a escuelas estatales de varones. Educación mixta como forma de superación de patrones socio culturales contrarios a la igualdad de género.

El caso

En este caso se planteó el tema del derecho a aprender, el derecho a la igualdad, la inscripción de mujeres y discriminación en el Colegio Nacional de Monserrat de la provincia de Córdoba.

Los hechos fueron los siguientes: Los actores, padres de alumnos de un Colegio Nacional, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, dedujeron amparo tendiente a obtener que el Consejo Superior de la citada Universidad se abstenga de aprobar el proyecto de ordenanza en virtud del cual se transformaría al Colegio en un establecimiento de carácter mixto La Cámara, por mayoría, rechazó la acción y declaró la validez de la ordenanza cuestionada. Contra lo así resuelto los actores dedujeron apelación federal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia apelada. (24)

La sentencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la constitucionalidad de una norma que transformaba un Colegio de varones, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba en establecimiento mixto y resaltó que la educación mixta es una forma de superación de patrones socio culturales contrario a la igualdad de género.

El Tribunal señaló que la implementación de la enseñanza mixta en el Colegio Nacional de Monserrat de la Universidad Nacional de Córdoba- es la única alternativa compatible con los principios constitucionales de igualdad y de no discriminación y con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de jerarquía constitucional-, ya que el mandato del art. 10, inc. c) de esta normativa internacional no se cumple con la creación de un colegio similar dedicado a las mujeres

La educación mixta, cuyo "estímulo" está asignado a los estados partes por el art. 10, inc. c) de la Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer debe ser considerada en sí misma como un mandato, pues contribuye a la "eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza" según lo dispone la norma citada (25).

Los puntos más importantes de la Sentencia de la CSJN en relación a como juzgar con perspectiva de género en cuestiones de educación de las mujeres.

- Reconoce la existencia de patrones socioculturales.
- Admite que la educación mixta colabora a luchar contra los patrones socioculturales.
- Acepta que una educación estatal no puede hacer distinciones en razón del sexo.
- Señala que la educación mixta no agota su finalidad con hacer posible el ingreso de mujeres en la unidad escolar. Constituye un instrumento, dentro de la pluralidad de medios, destinado a promover o afianzar un cambio cultural que tiene por objeto evitar todo tipo de discriminación contra la mujer.

e) Violencia contra la mujer. Imposibilidad de suspensión del juicio a prueba (probation) en juicios de violencia contra la mujer (26).

La sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal hizo lugar al recurso deducido por la defensa de G. A. G, y anuló el auto por el que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 de la Capital Federal rechazó la solicitud de suspensión del juicio a prueba a su favor (fs. 2/10), en contra del dictamen fiscal.

El Tribunal dijo que el fiscal no demostró la improcedencia de una eventual condena de ejecución condicional con base en las características del hecho atribuido y en las condiciones personales del imputado, ni

brindó argumentos que permitan sostener que la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba en este caso resultaría incompatible con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Para), aprobada por la ley 24.632 —cuya aplicación a los hechos del caso no fue puesta en cuestión por el a quo—.

En ese sentido, expresó que el único fin legítimo de la pena de prisión es la resocialización del sujeto, y que por lo tanto en aquella se encuentra justificado el ejercicio del poder punitivo estatal. Agregó que en los casos en que la conducta reprochada se viene le con el despliegue de violencia de género contra la mujer, la resocialización inevitablemente deberá orientarse a remover aquellos patrones socio-culturales que pudieron haber dado génesis a un comportamiento de ese tipo. Y refirió que el representante del Ministerio Público Fiscal no demostró que exista algún obstáculo para alcanzar ese objetivo por medio de una solución alternativa que evite el efecto estigmatizador que acarrea una condena —inclusive la de ejecución condicional— y atienda, al mismo tiempo, a la pretensión reparadora de la víctima.

Contra dicho pronunciamiento, el Fiscal General ante ese tribunal dedujo recurso extraordinario federal (fs. 12/22), en el que alegó la existencia de cuestión federal originada con motivo de la controversia acerca de la interpretación de la citada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y si obsta la suspensión del juicio a prueba en el presente caso.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina

La Corte Suprema de Justicia de la Nación juzgó que la concesión del beneficio de suspensión del juicio a prueba al imputado por ejercer violencia contra la mujer frustraría la posibilidad de dilucidar en el estadio final del juicio criminal la existencia de los hechos, junto con la posibilidad de juzgar al imputado de cometerlos y la sanción que es su caso podría corresponderle.

Para así decidir el máximo Tribunal Argentino consideró que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima de violencia de género asuma la facultad de comparecer para efectivizar el "acceso efectivo" al proceso de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria, cuestión que no integra, en ninguna forma, el marco legal, sustantivo y procesal que regula la suspensión del juicio a prueba.

Ninguna relación puede establecerse entre la "probation", instituto de la ley penal interna, y las obligaciones asumidas por el Estado en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, art. 7), en cuanto refiere a mecanismos judiciales que aseguren el acceso efectivo, por parte de la mujer víctima de alguna forma de violencia, "a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces", cumplimiento que es una exigencia autónoma, y no alternativa, respecto del deber de llevar adelante un juicio de responsabilidad penal (inc. f).

Los puntos más importantes de la Sentencia de la CSJN en relación a como juzgar con perspectiva de género en cuestiones de procesos penales y efectividad de la convención.

La sentencia determina que el instituto de la probation, que habilita la suspensión del juicio (frente a la concurrencia de sus requisitos habilitantes y el compromiso del imputado de adecuar su comportamiento a determinadas pautas), no armoniza con las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

- En el fallo se indica que la correcta interpretación de la Convención debía efectuarse en función de sus objetivos fundamentales, esto es, establecer un "procedimiento legal, justo y eficaz para la mujer" que involucre un "juicio oportuno", de modo tal que se consideró improcedente la solución de los casos en que se ejerciera violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer por cualquier alternativa distinta de la de un debate un pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado.

- El sistema internacional de los derechos humanos reclama al derecho procesal penal de orden doméstico su intervención en la investigación, persecución y sanción de los autores de violaciones graves a los derechos humanos de las mujeres. Adicionalmente, por su fuerte orientación hacia los afectados, exige al derecho procesal penal, inclinado a la protección del imputado, que lleve adelante su objetivo sin descuidar las necesidades de las víctimas. Para la consecución de los objetivos del derecho internacional, el derecho procesal penal local —generalmente pensado para la persecución de crímenes comunes— debe adecuar sus reglas para la investigación y sanción de hechos de violencia contra las mujeres.

- El instituto de la probation constituye un medio alternativo de conflictos que busca evitar el proceso penal y sus consecuencias negativas (por caso, la estigmatización que pudiera producir el dictado de una sentencia condenatoria). Es de gran utilidad como elemento de política criminal

- En el enfrentamiento entre una norma local que proclama la suspensión del juicio (en función de factores atendibles de política criminal que podrían redundar en la extinción de la acción penal), y las obligaciones que emanan de la Convención que buscan precisamente lo contrario: realizar el juicio a los fines de promover la investigación y sanción de hechos constitutivos de violencia contra la mujer, el Juez debe aplicar la convención y determinar la culpabilidad o inocencia, lo contrario genera en la sociedad un sentimiento de tolerancia hacia la

violencia.

• Es imprescindible que al juzgar con sentido de género los magistrados realicen un control de convencionalidad para evitar que una norma local (Como en el caso lo era la probation) dejen vacía de contenido a la Convención.

f) Violencia contra la mujer. Valoración de violencia contra la mujer como legítima defensa en homicidio.

El caso

Una mujer mato a su pareja y padre de sus hijas después de que este la golpeara salvajemente, con un palo de escoba, durante el 6to mes de embarazo. A causa de la golpiza la mujer estuvo internada una semana en el Hospital Provincial

La mujer fue condenada por Homicidio simple, por la Corte de Catamarca quien consideró que los golpes de la víctima eran producto de una caída después de haber matado a su esposo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación anuló una sentencia en la que se había condenado a una mujer por homicidio simple, por matar a su marido estando embarazada de 6 meses sin considerar como hechos eximentes ni su condición de víctima de violencia doméstica, ni que a raíz de los golpes la mujer había perdido embarazos anteriores (27) (28).

g) Violencia contra la mujer y despido por causa de embarazo

La causa

En la causa Feole se debatió la validez constitucional del párrafo final del artículo 164 del Convenio Colectivo de Trabajo n 131/75, que prevé que la mujer que fuere despedida por causa de embarazo tendrá derecho a percibir una indemnización duplicada a la prevista. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala V), había decidido la invalidez constitucional del artículo 164 del Convenio Colectivo 131/75, en lo que duplica la citada reparación. Fundado en que: a) la norma impone una carga patrimonial desmedida para los fines que prevé, frente a la propia disposición del artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo; b) no existe proporción razonable entre los bienes jurídicos protegidos por la ley y la sanción duplicada pautada por el precepto; c) La duplicación afecta el interés general aunque literalmente parezca favorecer al sector (doctr. del art. 7 1, ley 14.250). La Corte consideró que la doble indemnización no era una exagerada indemnización violatoria del derecho de propiedad y que la duplicación de la indemnización que establecía una protección más intensa respecto del período de gestación de la dependiente era conforme a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer cuando llama a los Estados a impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, prohibiendo, bajo pena de sanciones, el despido por razón o motivo de embarazo (29).

La doctrina del fallo

i. La interpretación realizada por la CSJN de la axiología constitucional, los preceptos emanados de los DDHH y el bloque de constitucionalidad determinan la existencia de sujetos de preferente tutela en las relaciones laborales, entre los que se encuentra la mujer embarazada

ii. La estabilidad garantizada a la mujer embarazada comprende todo el periodo de la gestación más un lapso nunca inferior a los 45 días posteriores al parto.

iii. Durante la estabilidad garantizada es decididamente nulo el distracto incausado y/o el despido discriminatorio de la mujer embarazada

h) Violencia contra la mujer, despido por causa de embarazo y pago del impuesto a la ganancia (30).

Los Hechos del caso

Amelia Beatriz de Lorenzo fue despedida en razón de su embarazo y se le pagó la doble indemnización que le correspondía por el arbitrario despido.

Al pagarle la indemnización la empleadora retuvo el impuesto a las ganancias.

La trabajadora reclamo ante el Tribunal Fiscal por considerar que no correspondía el pago del impuesto a las ganancias sobre la indemnización por despido por embarazo,

El Tribunal Fiscal hizo lugar a la pretensión de la empleada despedida La Cámara, al confirmar la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación, hizo lugar a la repetición del impuesto a las ganancias retenido a la actora al percibir la indemnización prevista en el art. 178 de la ley de contrato de trabajo. Disconforme, el Fisco Nacional interpuso el recurso extraordinario, que fue concedido. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia apelada.

La sentencia

La Corte Suprema de Justicia de la Nación juzgó que la indemnización por despido de la mujer trabajadora que obedece a razones de maternidad o embarazo, como lo establece el art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo carece de la periodicidad y la permanencia de la fuente necesaria para quedar sujeta al impuesto a las

ganancias, siendo ello así pues su percepción involucra un único concepto, que es directa consecuencia del cese de la relación laboral.

i) Violencia laboral contra la mujer y prueba.

Por otra parte, y con relación a la prueba en casos de discriminación, dada las dificultades en torno a su producción y teniendo en cuenta los tratados internacionales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo del 15/11/2011, resolvió que: "...Corresponde revocar la sentencia de que no hizo lugar al reclamo de nulidad del despido y reinstalación en el cargo del trabajador y no consideró a la discriminación como la causa real del distracto, en tanto diversos tratados internacionales llaman a tomar medidas respecto a las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan las presuntas víctimas de actos discriminatorios para acreditar, mediante plena prueba, dicho acto..." "...En los reclamos o demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado prima facie que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente..." (31).

j) Violencia contra la mujer y responsabilidad del Estado por omisión

La CEDAW condena a España por omisión. Resoluciones de la CEDAW. Comunicación 47/2012 "Ángeles González Carreño c. España"

El caso. Los hechos

Ángeles Gonzáles Carreño nació en España en el año 1960, en 1996 contrajo matrimonio con F. con quien tuvo ese mismo año tuvo una hija llamada A.

Durante la convivencia, antes y después del matrimonio Ángela sufrió violencia de género.

En el año 1999, después que su esposo la amenazara de muerte con un cuchillo, decidió acabar con esa violencia, huyó de la casa familiar con su hija A, quien entonces tenía 3 años, denunció el maltrato que sufrían, solicitó la separación del agresor y petitionó la custodia de la niña.

La madre obtuvo la guarda de la hija y una cuota de alimentos de 360 euros, que el padre nunca pagó. El progenitor obtuvo un régimen de visitas que al principio fue "vigilada".

No obstante la separación, el maltrato continuó después del fin de la convivencia, de diferentes modos que incluían amenazas e insultos y que era ejercido incluso a través de su hija A, quien era interrogada acerca de la vida sentimental de su progenitora y amenazada con no ser llevada de vuelta con su madre si no le contestaba.

Ángeles interpuso más de 30 denuncias ante la Guardia Civil y los juzgados civil y penal entre diciembre de 1999 y noviembre del 2001, además de petitionar diversas órdenes de no acercamiento y sólo obtuvo que su esposo fuera condenado a abonar una multa de 45 euros por sus agresiones.

Las órdenes de alejamiento que Ángeles solicitaba eran violadas por el padre de su hija sin consecuencia alguna para el violador.

La niña tenía problemas psicológicos por la actitud del padre y al comparecer ante los tribunales manifestó que le tenía miedo a su padre, entre otros motivos "porque no la trataba bien" y "le rompía sus pinturas".

Ángeles solicitó la suspensión del régimen de visitas de la niña con el padre, por la violencia que éste ejercía a través de la niña y por su peligrosidad. La niña fue escuchada por las autoridades y manifestó el temor a su padre. El padre alegó que la niña lo rechazaba por SAP (síndrome de alienación parental) y logró continuar con las visitas aunque las pericias psicológicas demostraban que sufría un TOC celo típico y violento.

El 27 de septiembre del 2001 se dictó la sentencia de separación personal que ignoró la violencia ejercida por el esposo sobre la esposa, no valoró la violencia económica ejercida mediante la falta de pago de los alimentos .y no hizo referencia a los malos tratos sufridos por la mujer, además de entregarle el uso y disfrute de la vivienda familiar al padre.

A pesar de todos los incidentes y denuncias en el año 2002 el tribunal suspendió el régimen de visitas vigiladas, basándose en que si bien en las visitas se observaba una falta de empatía de la niña con el padre "ésta se debía a la corta edad de la menor y en su no comprensión en situaciones que se dan en este contexto".

Los jueces privilegiaron el derecho al padre a tener contacto con su hija sobre el derecho de la madre a vivir una vida libre de violencia y a pesar de las más de 30 denuncias interpuestas por Ángeles, los estereotipos que persisten en el sistema de justicia —que las mujeres denuncian la violencia a la que son sometidas porque buscan obtener beneficios en los procesos de separación y que los hijos e hijas de parejas separadas necesitan mantener contacto con sus padres para su buen desarrollo— impidieron que se protegiera de manera adecuada a ella y a su hija Andrea, que terminó siendo asesinada en el año 2003 durante las visitas por el agresor antes de que éste se suicidara.

Reclamos en España por indemnización de perjuicios

El 23 de abril de 2004, la actora presentó ante el Ministerio de Justicia una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, alegando negligencia por

parte de las autoridades administrativas y judiciales. La actora argumentó que tanto los órganos judiciales como los servicios sociales habían incumplido su obligación de proteger la vida de su hija, a pesar de las múltiples ocasiones en que había informado a los juzgados y la policía del peligro que la niña corría con su padre. La actora reclamó su derecho a recibir una indemnización, como única forma viable de reparación

El Ministerio de Justicia español negó la indemnización requerida sosteniendo que para otorgarla se debía acreditar el error judicial, la actora interpuso un recurso contencioso administrativo por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia, no solo del Juzgado sino del Ministerio Fiscal y los Servicios Sociales, el recurso fue rechazado tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional

La denuncia ante el Comité

La actora realizó una denuncia ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en el marco de la CEDAW representado por Women´s link World Wide básicamente sostuvo que España violó el art. 2º.a, b, c, d, e y f de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer que dice que:

Los Estados Partes que condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

f) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

Concretamente alega que la falta de respuesta de la Administración y los tribunales a la violencia sufrida por la actora evidencia la persistencia de prejuicios y estereotipos negativos, materializados en la falta de una adecuada evaluación de la gravedad de su situación. Dicha situación se produjo en un contexto social caracterizado por una alta incidencia de violencia doméstica. La actitud de los agentes estatales hacia la actora como mujer víctima de violencia y madre de una menor asesinada por su padre, y hacia su hija como menor víctima de violencia intrafamiliar, fue inadecuada. Por ello, la actuación de la Administración y los tribunales constituyó una violación del art. 2º de la CEDAW

En relación con el art. 5º de la Convención la actora señala que la existencia de prejuicios por parte de las autoridades se manifestó en la incapacidad de éstas de apreciar correctamente la gravedad de la situación a la que ella y su hija se enfrentaban y su sufrimiento por la situación de la niña. Además, no se realizó una investigación de las consecuencias que tenía para la niña vivir en un ambiente de violencia y su condición de víctima directa e indirecta de esa violencia. En lugar de ello, las autoridades encargadas de otorgar protección privilegiaron el estereotipo de que cualquier padre, incluso el más abusador, debe gozar de derechos de visita y de que siempre es mejor para un niño ser educado por su padre y su madre; ello sin realmente valorar los derechos de la menor e ignorando que ésta había manifestado tener miedo de su padre y rechazaba el contacto. Los tribunales dieron por sentado que es mejor tener contacto con un padre violento que no tener ningún contacto con él. Las circunstancias del caso requerían que las autoridades y tribunales evaluaran si las visitas respetaban el derecho de la menor a la vida, a vivir libre de violencia y al principio del interés superior del menor.

Por otra parte agrega que el Estado español la discriminó en las decisiones respecto del divorcio y separación porque no tomaron en cuenta la situación de violencia vivida por la actora y su hija en las decisiones relativas a los términos de la separación y el régimen de visitas. Tampoco tomaron medidas para que F.R.C. cumpliera con su obligación de contribuir al mantenimiento de la niña, a pesar de las repetidas reclamaciones de la actora. Todo ello colocó a la actora en una situación de extrema vulnerabilidad. Sólo el 21 de abril de 2003, tres días antes del asesinato de la niña y tres años después de que la actora denunciara por primera vez a F. R. C. por no pagar la pensión alimenticia, la fiscalía inició un procedimiento contra éste.

Observaciones de España sobre la admisibilidad de la denuncia

El estado Español negó su responsabilidad tanto de forma como de fondo. Formalmente cuestionó el agotamiento de las vías internas para recurrir al Comité y de fondo negó la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el crimen.

En cuanto a la forma sostuvo en todas las instancias que no correspondía la indemnización por mal funcionamiento del Sistema de Administración de Justicia si no estaba demostrado el error judicial y señaló que no había existido error en el accionar de la Justicia. Consideró que el supuesto entrañaba un aparente caso de error judicial, cuyo reconocimiento debe ser establecido mediante un recurso de revisión ante el Tribunal Supremo. (11) Al no haberlo interpuesto, la actora no ha agotado las vías internas.

Cabe señalar que la forma de proceder en uno y otro caso es diferente ya que en el supuesto de error judicial quien lo alega tiene que obtener una sentencia que reconozca el error judicial, mientras que para reclamar por funcionamiento anormal del servicio de justicia no es necesaria la previa sentencia judicial bastando con un reclamo que se presenta ante el Ministerio de Justicia.

Por otra parte el Estado español sostuvo en cuanto al fondo que el proceder estatal en el otorgamiento del régimen de visitas fue correcto y manifestó que el asesinato no guardaba relación alguna con la prestación del servicio de administración de justicia y que no se podía prever la reacción paterna.

Deliberaciones del Comité

El Comité consideró que los recursos internos fueron agotados aunque no se hubiera planteado el error judicial porque la actora había recorrido todas las instancias judiciales planteando el anormal funcionamiento de la administración de justicia, y que ello bastaba para habilitar la intervención del Comité.

Resolución del Comité

El Comité señala que su tarea consiste en examinar, a la luz de la Convención, las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales en el ámbito de su competencia y determinar si, al adoptar esas decisiones, las autoridades tuvieron en cuenta las obligaciones que derivan de la Convención. En el presente caso el elemento determinante, pues debe ser si esas autoridades aplicaron principios de debida diligencia y tomaron medidas razonables con miras a proteger a la actora y su hija de posibles riesgos en una situación de violencia doméstica continuada.

Bajo ese marco el comité desestimó la defensa de España-relativa a que no se podía prever el comportamiento del padre de la niña porque entendió que existían sobrados elementos que hacían prever la peligrosidad paterna que no fueron valorados adecuadamente por España. Entre ellos destaca: los múltiples episodios de violencia que fueron presenciados por la niña; las órdenes de alejamiento ignoradas e incumplidas, sin consecuencia jurídica, la falta de atención a los informes de los servicios sociales que reiteradamente subrayaron que el padre utilizaba a la hija para transmitir mensajes de animadversión hacia la madre; la falta de atención al informe psicológico que destaca que el progenitor tenía un TOC con tendencia distorsionar la realidad que podría generar un trastorno similar al paranoide.

Por otra parte el Comité observa que el asesino también violentaba a la madre y a la niña incumpliendo con la pensión alimenticia. Y negándoles el uso de la vivienda familiar no obstante la mala situación económica de la esposa y la hija.

El Comité observa que durante el tiempo en que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente tanto las autoridades judiciales como los servicios sociales y los expertos psicólogos tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija, a pesar de las reservas emitidas por estos dos servicios sobre el comportamiento de F. R. C. Las decisiones pertinentes no traslucen un interés por parte de esas autoridades de evaluar en todos sus aspectos los beneficios o perjuicios para la menor del régimen impuesto. También se observa que la decisión mediante la cual se pasó a un régimen de visitas no vigiladas fue adoptada sin previa audición de la actora y su hija, y que el continuo impago por parte de F. R. C. de la pensión de alimentos no fue tenido en consideración en este marco.

Todos estos elementos reflejan un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad.

A este respecto, el Comité recuerda que en asuntos relativos a la custodia de los hijos y los derechos de visita el interés superior del niño debe ser una consideración esencial, y que cuando las autoridades nacionales adoptan decisiones al respecto deben tomar en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica.

El Comité consideró que la decisión de permitir las visitas no vigiladas fue tomada sin las necesarias salvaguardas y sin tener en consideración el esquema de violencia doméstica que caracterizó las relaciones familiares durante años.

El Comité consideró que España había violentado la Convención porque no defendió la igualdad del hombre y la mujer sino que benefició al padre en el régimen de visitas sin tener en cuenta el contexto de violencia doméstica.

El Comité formula al Estado parte las siguientes recomendaciones:

a) Con respecto a la actora de la comunicación:

i) Otorgar a la actora una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos;

ii) Llevar a cabo una investigación exhaustiva e imparcial con miras a determinar la existencia de fallos en las estructuras y prácticas estatales que hayan ocasionado una falta de protección de la actora y su hija.

b) En general:

i) Tomar medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia;

ii) Reforzar la aplicación del marco legal con miras a asegurar que las autoridades competentes ejerzan la debida diligencia para responder adecuadamente a situaciones de violencia doméstica;

iii) Proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica que incluya formación acerca de la definición de la violencia doméstica y sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del Comité, en particular la Recomendación general núm. 19 [1992].

Las consecuencias de la resolución

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las "condiciones de vigencia" y sus resoluciones no pueden ser ignoradas por quienes han de aplicar las leyes que protegen la perspectiva de género. [\(12\)](#)

Es de destacar que para la jurisprudencia del máximo tribunal de la Nación, las decisiones de la CIDH, sean éstas sentencias u opiniones, completan el articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos y por tanto se tornan obligatorias a la hora de interpretar las normas y decisiones locales, haya sido la Argentina parte o no en el precedente ante la CIDH.

k) La responsabilidad del Estado por omisión El Caso de Salta.

El caso.

El Estado de la provincia de Salta fue condenado por la Corte de Justicia de la Provincia de Salta a pagar a la víctimas una indemnización equivalente a 100.000 dólares en concepto de reparación por la omisión estatal de hacer cumplir en debida forma la ley de violencia doméstica o de género y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Violencia Contra la Mujer (la CEDAW.), de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Los hechos del caso fueron los siguientes Roxana y sus hijos menores, José Nahuel y Rocío Noelia fueron asesinados por su padre luego de varios hechos de violencia familiar. En el evento sobrevivió una de las hijas Vanina quien también sufrió la agresión del padre y recibió severas heridas en su estómago y extremidades, pero a diferencia de su madre y de sus hermanos salvo su vida porque el progenitor la consideró muerta.

La sobreviviente inició una acción por responsabilidad por daños y perjuicios contra el Estado de la Provincia de Salta, fundada en la omisión estatal de hacer respetar la ley de violencia doméstica ya que en el caso tras múltiples denuncias de agresiones y amenazas, comprobadas por testigos, la autoridad judicial había dictado solo una orden judicial de extracción de fotocopias que no fue oportunamente cumplida por personal policial.

En la decisión se puso de relevancia que para que una conducta omisiva genere responsabilidad, esa omisión debe estar ligada al resultado final dañoso, de modo tal que la abstención pueda ser considerada como factor eficiente de la consumación operada [\(32\)](#). La Provincia de Salta debe indemnizar los daños ocasionados a quien sufrió la muerte de su madre y hermanos a manos de su padre, pues omitió el cumplimiento de las disposiciones de la ley local de violencia familiar, lo cual impidió la adopción de medidas que plausiblemente pudieran haber contribuido a disminuir el riesgo cierto y latente que surgía de las denuncias formuladas [\(33\)](#).

La Sentencia de la Corte de Salta.

En este precedente el Superior Tribunal de la provincia de Salta consideró que la Provincia de Salta violó la obligación que tienen los estados de prevenir las prácticas degradantes contra las mujeres y niños y esta omisión contribuyó a la muerte de las víctimas, además de posibilitar un ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para prevenir tales actos.

l) La violencia psicológica y la perspectiva de género.

En el tema de violencia psicológica relataremos un fallo dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que alude a la violencia psicológica y luego describiremos las políticas públicas seguida por la CSJN relativa a determinar la importancia cuantitativa de los casos de violencia psicológica sobre el universo de casos de denuncia de violencia doméstica.

El caso del anencefálico (34)

Se promovió acción de amparo con el fin de que las autoridades de un hospital de la Ciudad de Buenos Aires, autoricen a efectuar a la actora las prácticas médicas necesarias para adelantar el parto de un feto o anencefálico, ya que según sus manifestaciones, su prosecución le significaría un tormento, afectando su salud mental, debido a que el feto es anencefálico y carece de posibilidades de sobrevivir. Rechazada la acción en primera y segunda instancia, la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad ante el Superior Tribunal de Justicia local, que revocó la sentencia y concedió la autorización solicitada. Contra esa decisión, el asesor de menores interpuso recurso extraordinario federal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, confirmó la sentencia

La CSJN advirtió que el simple objetivo de prolongar la vida intrauterina del "nasciturus" no puede prevalecer ante el daño psicológico de la madre que deriva del intenso sufrimiento de saber que lleva en su seno un feto desprovisto de cerebro y calota craneana, con "viabilidad nula en la vida extrauterina"....sufrimiento que se califica... como daño psicológico, que tiene visos de tortura".

El Dr. Bossert en su voto destaca que "Ese grave daño psíquico de la actora -que sin duda han de padecer quienes componen su grupo familiar, incluida su hija de doce años- representa una lesión a su derecho a la salud que se encuentra protegido por tratados de rango constitucional (conf. Art. 75 inc. 22, Constitución Nacional), art. 12. Incs. 1º y 2º de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que impone a los estados partes adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres el acceso a servicios de atención médica y el art. 12 inc. 2º del mismo tratado en cuanto dispone que los estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario; también el art. 10 inc. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 4 inc. I de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ley 153, art. 3º de dicha Ciudad."

XV. Las políticas públicas de la CSJN para determinar la incidencia de la violencia psicológica sobre la totalidad de casos de violencia

La Corte suprema de Justicia de la Nación ha creado una Oficina de Violencia Doméstica que a Oficina de Violencia Doméstica (OVD) con el objetivo de facilitar el acceso a justicia de las personas que, afectadas por hechos de violencia doméstica, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad.

La OVD trabaja de manera interdisciplinaria durante las 24 horas, todos los días del año. Brinda un real acceso a justicia a la ciudadanía, a la vez que se constituye en un servicio para quienes integran la magistratura, proveyendo los recursos necesarios para ejercer plenamente su labor jurisdiccional.

Además la OVD realiza estadísticas donde se monitorea el tipo de violencia que sufre la mujer. Estas estadísticas demuestran que la violencia psicológica es la violencia que más sufren las mujeres, como lo demuestran las últimas mediciones realizadas en Enero del corriente año que a continuación se grafican.

Las Políticas públicas en la Argentina para Juzgar con perspectiva de Género

Al inicio de la exposición señalábamos que para juzgar con perspectiva de género es necesario la educación jurídica de los operadores de todas las áreas del poder judicial en las cuestiones de género, tanto de funcionarios como de magistrados y empleados. Sin omitir ninguna materia ni jurisdicción porque como ya hemos demostrado con el análisis jurisprudencial la violencia de género se puede producir en cualquier área y no se circunscribe ni al ámbito penal, ni al de familia, ni al de violencia doméstica, ya que las violaciones de los derechos de las mujeres se puede producir en ámbitos tan disímiles como el electoral o el tributario.

En la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha creado la Oficina de la Mujer, que tiene a su cargo, realizar un mapa de género de la Justicia, mantener y actualizar una base de jurisprudencia y fundamentalmente dar cursos de género a la totalidad de los integrantes del poder judicial, desde el ordenanza hasta los magistrados de instancias inferiores y superiores de todos los fueros, para generar conciencia del tema, y sobre todo para lograr vencer los patrones socio culturales que sustentan la desigualdad entre hombres y mujeres.

Con el objetivo de incorporar la perspectiva de género en el Poder Judicial, la Oficina de la Mujer ha diseñado una herramienta de sensibilización con modalidad de trabajo en taller que apunta a la reflexión entre pares generando debate sobre temas específicos de género.

Para llegar a toda la población judicial de Argentina en el menor tiempo posible se recurrió al método de capacitar replicadoras/es, para lo cual se convocó a personas de todas las jurisdicciones y se las entrenó en el

uso de esta herramienta.

Entre los talleres que se dicta se encuentra el de Género que tiene como objetivo la elaboración crítica sobre el impacto diferencial para los varones y para las mujeres de cualquier acción, decisión, legislación, política o programa, con el objetivo de conseguir la igualdad.

Tiene un aspecto Teórico, otro práctico y otro normativo El Teórico: es dictado por datos por expositoras/es especializadas/os en la temática. Mientras que en el

Práctico se realizan ejercicios que permiten una reflexión autorreferencial sobre los contenidos teóricos. Y en el Normativo se busca una aproximación a las normas internacionales que rigen los derechos de las mujeres

XVI. Conclusión

A Juzgar con perspectiva de género es la única forma de lograr que las previsiones legislativas se concreten en respuestas judiciales justas, para las personas del género femenino que recurren a los tribunales a solucionar los problemas que la discriminación por el hecho de ser mujer les ha causado

b. Juzgar con perspectiva de género, no solo da una respuesta al problema individual sino que transmite a la sociedad toda el mensaje que las cuestiones de violencia contra la mujer no son toleradas no quedan impunes y deben ser reparadas.

c. El Poder Judicial debe impulsar un proceso de incorporación de la perspectiva de género en la Planificación Institucional y en los procesos internos para lograr la equidad de género tanto para quienes utilizan el sistema de justicia, como para los empleados, funcionarios y Magistrados que desarrollen su labor.

(1) Desde el punto de vista normativo, la problemática de la violencia contra las mujeres en las últimas décadas se ha transformado en un tema importante en la agenda de la comunidad internacional. En diciembre de, 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó la "Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer" (CEDAW), la cual entró en vigencia el 3 de septiembre de 1981. Conforme surge de sus fundamentos, este documento, hunde sus raíces en dos antecedentes de enorme importancia. En primer lugar, la Carta de las Naciones Unidas, que reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de los derechos del hombre y de la mujer. El segundo antecedente es la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo. Nos parece importante en este punto mencionar la Recomendación General N° 19 del Comité de la CEDAW, "La violencia contra la mujer", aprobada en el año 1992, en la cual se llama la atención a los Estados sobre la relación entre violencia y discriminación, debido a que el texto de la CEDAW no incluyó explícitamente en su articulado el tema de la violencia. Con posterioridad se suscribieron otros importantes documentos en la materia, como la Declaración y Plataforma de Acción de Viena, adoptada en 1993, en el marco de la "II Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos", la cual fue el punto de partida para que en diciembre de ese mismo año se aprobara en la Asamblea General de las Naciones Unidas, la "Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer". Un año después, en 1994, se aprueba la "Convención Internacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer", denominada "Convención de Belém do Pará". Dentro de este proceso, no podemos soslayar la creación en el año 1994, por parte de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, del cargo de Relator Especial sobre la violencia contra la mujer. Ese mismo año, también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó este cargo y en 1998 hizo lo propio la Comisión Africana de Derechos Humanos de los Pueblos. También en esta breve reseña de los instrumentos suscritos en la materia, debemos mencionar la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing -, de 1995 y la "Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer", del año 2000 - En el ámbito latinoamericano, se destaca la realización de la "X Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe", que se llevó a cabo en Quito, Ecuador, en la que suscribió un documento conocido como el "Consenso de Quito" y que incluyó un importante número de medidas dirigidas a intensificar la participación pública de las mujeres. En lo que respecta estrictamente al derecho Argentino, debemos señalar que sin perjuicio de que la "Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", adquirió a partir de la reforma del año 1994 jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), nuestra carta magna incorporó también una norma de suma importancia para la protección de los derechos de las mujeres. En efecto, el artículo 75, inc. 23, establece que 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. Por último, tenemos la ley 26.485, de "Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales", sancionada el 11 de marzo de 2009 y promulgada el 1° de abril del 2009. El dictado de esta ley se corresponde con lo dispuesto por el artículo 7° Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en cuanto establece que los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen (...), inc. c), Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir,

sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso.

(2) Caso Maria Da Penha Maia Fernández contra Brasil. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 16 de abril del 2001.

(3) Corte Suprema de Justicia de México "Protocolo para juzgar con perspectiva de género", pág. 14.

(4) Op. Citada, pág. 15.

(5) Op. Citada, pág. 17.

(6) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Sala V. Causa: 37.164. Autos: A.A.M. S/lesiones — sobreseimiento - Inst11/Sec133 — Sala V/26 Buenos Aires, 25 de junio de 2009. Son de destacar Los fallos de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en los autos "U., E. L. s/abuso sexual", causa 37.167 y autos "A., A. M. s/lesiones", causa 37.164, ambos del 25/6/2009, en donde la Sala revoca dos sobreseimientos y señala que, en actuaciones en donde se involucran hechos de violencia como los investigados, corresponde prestar especial atención a las pautas establecidas en la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres (B.O. 14/4/2009), toda vez que dicha normativa ha reconocido, como garantía de las víctimas, la amplitud probatoria en el procedimiento, correspondiendo por ello evaluar las pruebas ofrecidas de acuerdo al principio de la sana crítica y considerar las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes. Asimismo, sostiene la necesidad de que los magistrados presten especial atención a los fundamentos y objetivos de las políticas públicas que desde el servicio de justicia se vienen desarrollando para así garantizar una asistencia eficaz y oportuna de las víctimas, ello en consonancia con la ley antes mencionada y con las Acordadas 3/04 y 39/09 de Creación de la Oficina de Violencia Doméstica.

(7) BEAUVOIR, Simone de "El segundo sexo", Aguilar, Madrid, 1981, p. 247.

(8) Del Mazo, Gabriel Revista "La violencia de género contra las mujeres y la influencia de los patrones socioculturales". Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año 4, número 1, mes de enero/febrero de 2012, pág. 8, bajo el título.

(9) Para profundizar en los conceptos teóricos sobre la perspectiva de género, puede consultarse el Curso Auto-formativo en línea del IIDH: "Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos" En. www.iidh.ed.cr/CursosIIDH. Visitado: 20 junio 2015.

(10) LAMAS, Marta, "La perspectiva de género" en "Revista de Educación y Cultura", en el sitio <http://www.latarea.com.mex>.

(11) BOURDIEU, Pierre, "La dominación masculina", Editorial Anagrama, Barcelona, 5ta. Ed. 2007, p. 21.

(12) LAMAS, Marta, Cuerpo: diferencia sexual y género, Taurus, México, 2002.

(13) Corte Suprema de Justicia de México "Protocolo para juzgar con perspectiva de género", pág. 48.

(14) Corte Suprema de Justicia de México "Protocolo para juzgar con perspectiva de género", pág. 64.

(15) Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva SRL y otros s/ amparo", C.S.J.N., 20/5/14. Comentada por Dobarro, Bibiana y Gabriel Del Mazo en "Derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de género en el acceso al empleo. el caso "Sisnero" en Revista de Derecho de Familia y de Las personas Ed LL octubre 2014.

(16) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/11/1999, D. de P. V., A. c. O., C. H., LA LEY 1999-F, 671, LA LEY 2000-B, 24 con nota de Germán J. Bidart Campos y nota de Andrés Gil Domínguez, DJ 2000-1, 544, RU 2000-2, 8, ED 185, 455, Colección de Análisis Jurisprudencial Derechos humanos y garantías - Director: Juan Antonio Travieso - Editorial LA LEY, 2002, 236 con nota de Verónica Spaventa, Colección de Análisis Jurisprudencial Teoría General del Derecho - Director: Eduardo Angel Russo - Editorial LA LEY, 2002, 435 con nota de Inés M. Weinberg; Emilio Gallegos, Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho de Familia - Marcos M. Córdoba, 270, AR/JUR/2901/1999

(17) Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa "Una voz autorizada del ámbito regional manda no discriminar en razón de la orientación sexual" Publicado en: LA LEY 28/03/2012, 1, LA LEY 2012-B, 1254 Cita Online: AR/DOC/1328/2012.

(18) Ientile, Verónica M. El caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile" y el proceso de reparación en lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Publicado en: RCyS 2012-VI, 269 Fallo Comentado: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012-02-24, Atala Riffo y Niñas c. Chile.

(19) Corte Suprema de Justicia de la Nación, S., M. G. y. otros c. Tadelva SRL y otros s/ amparo. 20/05/2014, Publicado en: LA LEY 10/06/2014, 7 P.q.-S. LA LEY 30/06/2014, 5. LA LEY 2014-D, 56. ED 258, 194. Sup. Const. 2014 (julio), 85. LA LEY 2014-D, 218. IMP 2014-8, 219. Sup. Const. 2014 (agosto), 59 con nota de Emilio A. Ibarlucía. DJ 17/09/2014, 11 con nota de Gonzalo Cuatango. LA LEY 2014-E, 202. DJ 01/10/2014, 23. DFyP 2014 (octubre), 199 con nota de Viviana Mariel Dobarro y Carlos Gabriel Del Mazo. DT

2014 (octubre), 2720, Cita online: AR/JUR/15946/2014.

(20) Corte IDH, "Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México", Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.

(21) ARTICULO 86. Código Penal de la Nación - Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

(22) Corte Suprema de Justicia de la Nación. Corte Suprema de Justicia de la Nación F., A. L. s/medida autosatisfactiva. 13/03/2012 Publicado en: LA LEY 15/03/2012, 6. LA LEY 2012-B, 198. LA LEY 21/03/2012, 3 con nota de Alberto B. Bianchi; Walter F. Carnota; Julio Chiappini; Carlos Enrique Edwards; Andrés Gil Domínguez; Ricardo Alberto Grisetti; Jorge Nicolás Laferrière; Eduardo A. Sambrizzi. LA LEY 2012-B, 241 con nota de Alberto B. Bianchi; Walter F. Carnota; Julio Chiappini; Carlos Enrique Edwards; Andrés Gil Domínguez; Ricardo Alberto Grisetti; Jorge Nicolás Laferrière; Eduardo A. Sambrizzi. LA LEY 23/03/2012, 7. Sup. Penal 2012 (abril), 59. LA LEY 2012-B, 522. DPyC 2012 (abril), 61 con nota de Jorge E. Buompadre; Andrés Gil Domínguez; Carolina A. Vanella. LA LEY 07/05/2012, 10 con nota de Jorge W. Peyrano; Javier Anzoátegui. LA LEY 2012-C, 89 con nota de Jorge W. Peyrano; Javier Anzoátegui. Sup. Penal 2012 (mayo), 12 con nota de Alejandro O. Tazza; Adrián Tellas. LA LEY 2012-C, 113 con nota de Alejandro O. Tazza; Adrián Tellas. Sup. Const. 2012 (mayo), 43 con nota de Ursula C. Basset; Verónica M. Ientile. LA LEY 2012-C, 203 con nota de Ursula C. Basset; Verónica M. Ientile. DPyC 2012 (mayo), 28 con nota de De Javier A. Luca; Mónica Pinto; Julieta Di Corleto. DJ 16/05/2012, 19 con nota de Manuel Alejandro Améndola. JA 23/05/2012, 3. DJ 11/07/2012, 26 con nota de Natalia Monasterolo. Sup. Penal 2012 (agosto), 62 con nota de Juan José Benítez. LA LEY 2012-E, 144 con nota de Juan José Benítez. LLP 2012 (mayo) Cita online: AR/JUR/1682/2012.

(23) Ientile, Verónica M Un fallo de la Corte Suprema que nos recuerda lo que queda por resolver. Publicado en: Sup. Const. 2012 (mayo), 47, LA LEY 2012-C, 207 Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2012-03-13 ~ F., A. L. s/medida autosatisfactiva

(24) Se recomienda lectura del fallo y notas al mismo de CSJN, González de Delgado, Cristina y otros v. Universidad Nacional de Córdoba, 19/09/2000; fallos: 323:2659. La Ley Cita on line: AR/JUR/1393/2000.

(25) Corte Suprema de Justicia de la Nación González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nac. de Córdoba. 19/09/2000 Publicado en: LA LEY 2000-F, 128 con nota de Andrés Gil Domínguez; Germán J. Bidart Campos. LLC 2000, 1314. Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Daniel Alberto Sabsay, Editorial LA LEY 2005, 116 con nota de Pablo Luis Manili. DJ 2001-1, 883. ED 2000/10/19, 17. Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Daniel Alberto Sabsay, Editorial LA LEY 2005, 334 con nota de Patricio Alejandro Maraniello, Cita Fallos Corte: 323:2659, Cita online: AR/JUR/1393/2000.

(26) Corte Suprema de Justicia de la Nación Caso Gorgona G., G. A. s/ causa n°14.092. 23/04/2013 JA 2013-II, 769. JA 29/05/2013, 56. DJ 05/06/2013, 23. Sup. Penal 2013 (junio), 27 con nota de Delfina M. Wullich; Alejandro H. Ferro. LA LEY 2013-C, 449 con nota de Delfina M. Wullich; Alejandro H. Ferro. Sup. Penal 2013 (julio), 26 con nota de Mauro Lopardo; Pablo Rovatti. LA LEY 2013-D, 144 con nota de Mauro Lopardo; Pablo Rovatti. DPyC 2013 (julio), 66 Con nota de Mario Alberto Juliano y Gustavo L. Vitale. LA LEY 2013-E, 449 con nota de Llera, Carlos Enrique. Sup. Penal 2013 (Octubre), 35 Con nota de Llera, Carlos Enrique. JA 2013- III, 809. DPyC 2014 (agosto), 107 con nota de Mariano Patricio Maciel.

(27) Corte Suprema de Justicia de la Nación Buenos Aires, 1 de noviembre de 2011 "Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple Para acceder al dictamen de la Procuración General de la Nación ingrese a: http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2009/gw/9/1_421_1_xliv_1.pdf

(28) En el caso Leiva, después de la Sentencia de la Corte Suprema la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca dictó una nueva sentencia resolvió por mayoría hacer lugar al recurso solicitado por la defensa de Cecilia Leiva, y absolverla del delito de homicidio simple contra su pareja. En esta sentencia los jueces Cippitelli y Guillaumondegui entienden que se dan los elementos para que se configure el supuesto de legítima defensa. Para así decidir analizan la normativa específica de la materia en cuestión, destacando los instrumentos internacionales (CEDAW y Convención de Belém do Pará) y a la Ley 26485 y a las Reglas de Brasilia. Al analizar el artículo 34 6) del Código Penal, el juez Cippitelli señala que "en un contexto de violencia doméstica, la mujer se encuentra entrampada en un círculo donde la agresión es siempre inminente, precisamente porque es un círculo vicioso del que no puede salir, porque tiene miedo a represalias, sabe que en cualquier momento la agresión va a suceder, los celos siempre existen, con lo cual la inminencia está siempre latente, generalmente no se formulan denuncias por miedo -repárese aquí lo manifestado por Leiva en debate, al expresar que sólo lo denunció una vez, porque estaba amenazada por Suárez-, la víctima de violencia se va aislando y muy pocas

veces cuenta todo lo sucedido, ya sea por miedo o por vergüenza. Por su parte el juez Guillamondegui agrega que la "agresión ilegítima debe ser interpretada en el contexto de violencia doméstica en la que se encuentra inmersa. A su vez, retoma doctrina donde se señala que "no será irracional la defensa... de quien emplea un arma blanca... frente a quien la agrede a golpes de puño, si la superioridad física del agresor le impide detenerle con igual medio." Asimismo, Roxin advierte que "ninguna esposa tiene por qué soportar malos tratos con-tinuos (incluso leves), que denigran su dignidad y la convierten en objeto de la arbitrariedad del marido. Una mujer que es apaleada casi a diario por su marido por motivos insignificantes, ya no le debe la solidaridad de la que él mismo hace tiempo que se ha desligado; por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse." Corte de Justicia de la Pcia de Catamarca Fecha 31/05/2012 Caso Leiva, María Cecilia p.s.a. Homicidio Simple -Capital <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=2888&plcontempl=3&aplicacion=app>

(29) Corte Suprema de Justicia de la Nación Feole, Renata Rosa c/ Arte Radiotelevisivo s/ despido. F. 441. XXXVI.

(30) Corte Suprema de Justicia de la Nación, De Lorenzo, Amelia Beatriz c. D.G.I. 17/06/2009 Publicado en: PET 2009 (setiembre-427), 11. IMP 2009-19 (octubre), 1546. JA 2009-IV, 373 Cita online: AR/JUR/25597/2009.

(31) Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Autos: Pellicori, Liliana S. c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo. Fecha: 15-11-2011.Cita: IJ-L-790. Cita CSJN: P.489.XLIV.

(32) Corte de Justicia de la Provincia de Salta,M., J. A. s/rec. de casación s/ recurso de casación. 16/10/2012.Publicado en: DFyP 2013 (noviembre), 44 con nota de Graciela Medina Cita online: AR/JUR/78868/2012.

(33) MEDINA, Graciela "Responsabilidad del Estado por omisión" Publicado en: DFyP 2013 (noviembre) se puede consultar en www.gracielamedina.com.

(34) 28, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11/01/2001, T., S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, LA LEY 2001-A, 189, Colección de Análisis Jurisprudencial Teoría Gral. del Derecho - Ricardo A. Guibourg, 378, DJ 2001-1, 523, LA LEY 2001-B, 185, LA LEY 2001-E, 264 con nota de Marcela I. Basterra, N° 1, 11, ED 2001/03/13, 2, Derecho Civil - Parte General - Director: Julio César Rivera - Editorial LA LEY, 2003, 132, con nota de Leopoldo Peralta Mariscal, DJ 2001-3, 374 con nota de Jorge J. A. Del Azar; Justina M. Díaz, AR/JUR/3002/2001.