

XVII JORNADAS Y

VII

**INTERNACIONAL DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA**

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS - UNNE**

Compilación:

Alba Esther de Bianchetti

2021

Corrientes - Argentina



XVII Jornadas y VII Internacional de Comunicaciones Científicas de la Facultad

de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas-UNNE / Karen Alicia Aiub ... [et al.] ;
compilación de Alba Esther De Bianchetti.- 1a ed compendiada.- Corrientes :
Moglia Ediciones, 2021.
552 p. ; 29 x 21 cm.

ISBN 978-987-619-393-1

1. Comunicación Científica. 2. Derecho. I. Aiub, Karen Alicia. II. De Bianchetti,
Alba Esther, comp.
CDD 340.072



ISBN N° 978-987-619-393-1

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

moglialibros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Noviembre de 2021

DEBER DE OBSERVAR LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Silvero Fernández, Carlos

Silvero, María Cruz

estudiosilvero@yahoo.com.ar

Resumen

La perspectiva o análisis de género es una herramienta para hacer visibles las desigualdades presentes en las relaciones entre mujeres y hombres. En particular, para conocer la influencia del género en la creación y aplicación del derecho, y por tanto de enorme incidencia en los derechos personalísimos que obliga al constante diálogo de fuentes derivado del plurijuridismo reinante, es su consecuencia incluir la perspectiva de género significa respetar el mandato constitucional de igualdad y no discriminación así como la obligación de remover los obstáculos que dificultan el disfrute de una igualdad real. La perspectiva de género es, en este sentido, una forma de preguntarnos si una determinada regulación lesiona el derecho a la igualdad de la diversidad que compone dicho universo.

Palabras claves: genero – igualdad – inclusión

Introducción

Sin duda que los movimientos antidiscriminatorios y antirracistas, en especial los feministas, han demostraron la falacia de la universalidad de los derechos humanos respecto del tratamiento igualitario e inclusivo de los derechos fundamentales del colectivo vulnerable de las mujeres y la diversidad de género, esto es así porque a pesar de la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, aprobada en el marco de la Revolución Francesa, las mujeres siguieron excluidas del disfrute de los derechos de ciudadanía no hasta hace mucho, y aún la paridad no es tal; la falta de protección frente a las vulneraciones de derechos fundamentales de las mujeres es evidente, recién aparece con fuerza en el Siglo XXI la perspectiva de género con carácter transversal y multidimensional.

Es de notar que nuestra primigenia Constitución no reconoce los derechos por ejemplo entre otros los derechos fundamentales referidos a la sexualidad y los derechos reproductivos de las mujeres, es decir el derecho al propio cuerpo y a la libertad sexual, tradicionalmente sometida a control, están solo garantizado en una ley, y no tienen la consideración de fundamentales.

Reseñó en el primer panel del Segundo encuentro internacional de mujeres constitucionalistas llevada a cabo en septiembre de 2020, organizado por la profesora Marcela I. Basterra y el Departamento de Derecho Público dijo *“No ignoramos que el derecho constitucional es la rama del derecho que seguramente es la de mayor importancia al momento de cambiar o de corregir problemas en las instituciones y también en las categorías básicas de una sociedad. Por lo tanto, incorporar las cuestiones de género desde el derecho constitucional nos trae remedios muchos más eficaces por la fuerza normativa que tiene incorporar esos remedios al constitucionalismo; discriminaciones estructurales que si van desde el constitucionalismo tienen una fuerza normativa absolutamente distinta”*,

En esa misma ocasión el profesor Daniel Sabsay (presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional) introdujo el panel, titulado *“El análisis de los derechos fundamentales con perspectiva de género”*. En este marco, expresó: *“Para nosotros desde la Asociación Argentina de Derecho Constitucional es un placer y un honor poder acompañar este tipo de reuniones”*. Y remarcó que *“solo cuando la pluralidad es la nota que se exhibe dentro de una asociación, de una universidad, de una escuela de pensamiento, de lo que fuera que implique un colectivo, es lo que aporta nuevas posibilidades de desarrollos y de abrir la cabeza”*; a su tiempo Cecilia Recalde se enfocó en el término *unfreedom* (falta de libertad) desde una perspectiva de género diciendo que *“La idea principal es que en las sociedades tiene que haber un grado de desarrollo humano tal que permita que se igualen las capacidades básicas para que, a su vez, estas den a las personas la libertad suficiente para elegir el tipo de vida que quiere llevar”*, introdujo y señaló que *“frente a esta idea de libertad, surgen dos otras nociones de falta de libertad y de ‘ilibertad’. La falta de libertad apunta más que nada a factores exógenos a la persona. Es decir, estamos ante la falta de libertad cuando una acción o un obrar estatal o no delimita mis derechos de manera tal que no los puedo ejercer”*.

En su consecuencia la perspectiva de género constituyen también exigencias constitucionales y convencionales, basado en que todo enfoque desde el cual las decisiones de cualquier índole política, políticas públicas o pronunciamientos judiciales debieran tener una especial consideración a las particularidades que pudieren afectar la igualdad de las personas y del ser humano cualquiera sea su identificación de género, en razón de que la Constitución y los tratados internacionales con jerarquía constitucional o supralegalidad contemplan desde distintos aspectos los deberes y obligaciones estatales destinados a sostener dicha igualdad que ha sido acrecentada por esa normativa internacional, esto es así a luz del art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional (CN) que ordena como deber al Estado el de 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 favor de las mujeres, en concordancia con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, con jerarquía constitucional, conforme el art. 75 inc. 22 CN, también podemos citar la Ley N° 26.485 de protección integral para

prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Ésta última tiene, entre sus objetivos, promover y garantizar la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida; el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia; las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos; y la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres (art. 2), también comprende la lucha para prevenir y sancionar la violencia simbólica y mediática contra las mujeres; en este mismo orden de ideas, la perspectiva de género, también comprende a las personas LGBT+, y allí podemos mencionar a los “Principios de Yogyakarta” sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, elaborados en el marco de Naciones Unidas, que establece, entre otras cuestiones, que todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género (principio 2). En materia de derechos fundamentales, la perspectiva de género, comprende de identidad como principio de autopercepción, es decir de que cada persona, desde su niñez, tenga garantizado el derecho a construir su identidad de género de acuerdo con su vivencia interna e individual del género y por el otro el de Libre desarrollo personal, es decir que defiende que cada persona tiene diferentes maneras de percibirse y expresarse y no todas tienen las mismas expectativas sobre su corporalidad. Con ambos se busca eliminar los condicionamientos a la libre construcción de la expresión de género; a su tiempo la Ley N° 26.657 de Salud Mental, que prohíbe la patologización de elección o identidad sexual, en tal sentido OMS reconoció que la homosexualidad es una variación natural de la sexualidad humana y se rechazan las terapias de cambio de orientación sexual, aunque dan cuenta que aún pero persisten el estigma y la discriminación en los servicios de salud; incluso se ha instaurado el Día Internacional contra la Homofobia y la Transfobia, instaurado como fecha el 17 de mayo para conmemorar el día en 1990 cuando la OMS eliminó la homosexualidad de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE), momento en que los especialistas destacaron el consenso generalizado de que la homosexualidad es una variación natural de la sexualidad humana y no se puede considerar como una condición patológica; es por ello que La resolución reconoce que el estigma y la discriminación tienen efectos reales y adversos en la salud de las personas LGBT, señaló la Directora de la OPS/OMS, Carissa F. Etienne *“Estas crean barreras que van desde la negación pura y simple de la atención, a la atención deficiente o suposiciones erróneas acerca de las causas de sus problemas de salud”*.

Como dijimos entre los antecedentes más importantes sobre la temática debemos destacar en el orden legal las disposiciones de la CEDAW, artículo 1, 1979; el Comité CEDAW y Comité por los Derechos del Niño. Recomendación Conjunta, N° 16 c) (2014) Naciones Unidas, la Ley 26.485/2009, la Ley 26.522/2009, y la Ley 23.522/1988; además del actual CCYC que impone el dialogo de fuentes art. 1, 2 y 3, afirma que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

Materiales y método

El presente trabajo forma parte de una serie de investigaciones sobre legislación nacional y comparada, más el análisis de textos de doctrina especializada, que venimos haciendo como investigadores integrantes del PEI de referencia, que en su conjunto conforma un acercamiento teórico sobre los puntos nodales sobre el cambio de paradigma en cuestiones perspectiva de género en cuando de derechos personalísimos se trate.

Resultados y discusión

Debemos tener en cuenta sobre la problemática planteada lo que establece La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) define en su artículo 1° a la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre el hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. La Constitución Nacional, en el capítulo cuarto, artículo 75, inciso 22, establece que los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional. La convención de la CEDAW fue ratificada por Argentina en 1985, a través de la Ley 23.179.

En mismo sentido, en el marco de las Recomendaciones Generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, en el octavo período de sesiones de 1989 (documento A/44/38), se establece la necesidad de implementar medidas de acción positiva de manera de garantizar la igualdad efectiva de derechos. En la Recomendación general N° 13, se convoca a los Estados Partes a que “Consideren la posibilidad de estudiar, fomentar y adoptar sistemas de evaluación del trabajo sobre la base de criterios neutrales en cuanto al sexo” y que “Apoyen, en lo posible, la creación de mecanismos de aplicación y fomenten los esfuerzos... por lograr la aplicación del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor”. En ese mismo orden de ideas el Comité de Derechos Humanos ha interpretado, en su Comentario General sobre la no discriminación y la situación de las mujeres y la recomendación N° 5 de la CEDAW, que: “...el principio de igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de la población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la

población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población...”.

Es de vital importancia reseñar que la Argentina ha propuesto en cuanto a sus Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), incluye promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer; por último, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo afirma en su Guía Práctica para la incorporación de la perspectiva de género en el trabajo legislativo que “consagrar la igualdad real implica, entre otras cosas, adoptar medidas de acción afirmativa para corregir injusticias y favorecer el empoderamiento de las mujeres”; por estos motivos, es necesario entonces, generar instrumentos específicos que garanticen el monitoreo del Estado de sus acciones y políticas en la administración pública nacional, de modo de garantizar el cumplimiento efectivo de la equidad de género y la no discriminación, persistente hoy. Son los principios que emanan de las convenciones, leyes y tratados vigentes hoy en nuestro país en materia de derechos humanos los que han guiado el espíritu de este proyecto y las desigualdades actualmente existentes entre los géneros las que fundamentado su necesidad.

Un dato importante surge de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación publicó la última versión del Mapa de Género de la Justicia Argentina. El documento releva la distribución entre varones y mujeres de la totalidad de los cargos del sistema de justicia de nuestro país en el año 2019. Al igual que en años anteriores, se observa que si bien el sistema de justicia está conformado por un 56% de mujeres, su participación disminuye en las posiciones superiores. La proporción femenina es mayoritaria en el personal administrativo (61 %) y en el funcionariado (61 %), se reduce entre magistrados, defensores y fiscales (44 %), y es aún menor entre las máximas autoridades judiciales (28 %), mostrando una base mayoritariamente femenina y una cúpula mayoritariamente masculina. En la justicia federal y nacional se evidencia la baja presencia de mujeres en altos puestos, donde son mujeres sólo el 25 % del total de camaristas. Lo anterior implica que hay tres varones camaristas por cada mujer camarista. Para el año 2019, la mayoría de los cargos de magistratura estaban ocupados por varones: en la justicia federal y nacional eran varones el 69 % de los magistrados, y en los poderes judiciales, el 57 %, siendo la brecha de género aún mayor en la justicia federal y nacional que en la provincial.

En concreto el hallazgo observado que es necesario visibilizar la problemática de género que es transversal a todos los derechos fundamentales, por lo tanto en todo fallo, en toda cuestión, ella deberá estar presente para la interpretación y aplicación del plurijuridismo actual mediante un dialogo de fuentes con perspectiva de género.

Conclusión

Actualmente resulta inconcebible e inconstitucional la omisión de la perspectiva de género en toda cuestión que refiera a derechos fundamentales cuando el sujeto es una mujer o pertenece a un colectivo de diversidad de género,

Alesso, Laura y Neder, María Guadalupe (2021) -Proceso Judicial con perspectiva de vulnerabilidad- disponible en <https://revistas.ubp.edu.ar/index.php/rdys/article/view/20> (Consultado el 08/04/2021).

CIDH Caso Baldeón García, supra nota 4, párr. 81; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, supra nota 4, párr. 154; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 25, párr. 111.

Hiralde, German (2015) "El Proceso en 'el tiempo de los vulnerables'", en Civil Procedure Review, v. 6, n. 3: 105-128, sept.-dec., 2015 ISSN 2191-1339, p.109, www.civilprocedurereview.com (Consultado el 08/04/2021).

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, aprobadas en Brasilia, marzo de 2008.

Silvero Fernández C. y Danuzzo R. S. (2019)- REVISTA ACADÉMICA: ENSEÑANZA DEL DERECHO EDICIÓN ESPECIAL: “A 25 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL” PAG. 283 Y SGTES- Editorial Contexto- Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas – UNNE.

Silvero Fernández C. y Fernández María E. (2018)- 3º Congreso Internacional Vivienda y Ciudad: Debate en torno a la Nueva Agenda Urbana | Córdoba, Argentina | Junio 2018 GÉNERO Y DERECHO A LA INCLUSIÓN EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS URBANAS EN EL AMGR (CHACO-ARGENTINA).

Silvero Fernández, Carlos (2021) – Nueva ley de alquileres- con aportes de Martha Altabe de Lertora- Ed. Contexto

Silvero Fernández, Carlos (2021) Contratos teoría y práctica- Ed. Contexto

Filiación: Investigadores del PEI FD 2020/14 Denominación: Los Derechos Personalísimos. Su Reconocimiento Normativo y La Efectiva Tutela En Los Fallos Judiciales Posteriores Al Código Civil y Comercial. Periodo: 2020-2022 Director: María Susana Sur.