

## **Incorporación de la perspectiva de género en la Reforma al Código Procesal Civil. Necesidad de contar con un Código Procesal de Familia autónomo**

### **Introducción**

Siguiendo la línea de trabajo de la Comisión que se ocupó de fundamentar la necesidad de contar con un Código Procesal en materia de Familia, considero relevante continuar el camino iniciado con la particularidad de profundizar algunas cuestiones como es la importancia de transversalizar la perspectiva de género en el Código Procesal.

En primer lugar, se analizará el alcance de la expresión “perspectiva de género” y su vinculación con lo normado en el artículo 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN).

En segundo término, se considerará la relación existente entre el Bloque de constitucionalidad y el ejercicio de su control, así como también el control de convencionalidad, a fin de evitar Responsabilidad Internacional.

En tercer lugar se hará referencia a aquellos institutos donde se visualiza con mayor facilidad la necesidad de contar con una mirada diferencial.

### **1. Perspectiva de género y su vinculación con lo normado en los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación**

Los artículos 1 y 2 del CCyCN prevén respectivamente, cómo deben ser resueltos los casos que rige este instrumento así como la interpretación que debe realizarse. Es importante ya que se fortalece la constitucionalización del derecho privado, y en especial el derecho de familia. Después de mucho tiempo, se logra que un Código Civil y Comercial prevea en su normativa las fuentes, aplicación e interpretación que debe realizarse. Lo importante de estos artículos es que no deja margen de dudas sobre la necesidad de contar, en especial en materia de derecho de familia, con un Código Procesal autónomo.

El artículo 75 inciso 22 de la Constitución, prevé una serie de instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad. Éstos

revisten distinto alcance cuya determinación es importante aclarar así como también aquellos instrumentos que aumentaron el bloque de constitucionalidad luego de la reforma a la Carta Magna en 1994, así:

- Artículo 75 inciso 22 :

**A) Instrumentos generales que consagran una serie de derechos: universales y regionales de carácter general.**

**B) Convenciones cuyo alcance es específico, así:**

1) Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

2) Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

3) Sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio.

4) Sobre los derechos del niño.

5) Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

• **Aumento de instrumentos en el Bloque de constitucionalidad:**

1) 1996: Convención Interamericana sobre Desaparición de Personas.

2) 2003: Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

3) 2014: Convención de las Personas con Discapacidad.<sup>1</sup>

**C) Instrumento Internacional de carácter Regional**

1) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de Belem Do Pará, ratificado por nuestro país en 1996, Ley 24.632

¿Por qué es necesario tener en claro esta enunciación? La respuesta la encontramos en la jerarquía que revisten estos instrumentos y la importancia en

---

<sup>1</sup> BAZÁN, Victor Conferencia de fecha 04 de marzo de 2017 sobre Control de Convencionalidad a propósito del caso Fontevecchia vs D'Amico c/Argentina, Fundesi, Editorial Rubinzal Culzoni.

saber cómo concretarlos en el caso a resolver. De nada sirve que el abanico legislativo de avanzada con la que cuenta nuestro país sea solo mero formalismo sin su debida aplicación. De no aplicar concretamente los instrumentos y demás legislación nacional y local en materia de familia, o bien, la relacionada con el derecho de familia - por ejemplo lo atinente a las leyes sobre violencia doméstica y violencia contra la mujer- seremos responsables internacionalmente por no efectuar correctamente el control constitucional y convencional pertinente.

La persona que tiene a su cargo la resolución de cuestiones de familia, debe impartir justicia, no juzgar a las personas. El juez o jueza debería considerar el derecho como protección, como escudo y no como espada. ¿A qué me refiero cuando hago esta reflexión?

Me refiero a la importancia de resolver con la mirada diferencial de género o lo que se expresa como la resolución de las cuestiones traídas a juicio con perspectiva de género. Y he aquí, la complejidad del tema. No basta con mencionar la necesidad de incorporar esta perspectiva sino que considero indispensable explicar de qué se trata y cómo es trabajar las cuestiones de familia con perspectiva de género. A tal fin es preciso distinguir qué es género, sexo, identidad de género u orientación sexual.

Debemos pensar el término desde su historicidad y desde su valor como categoría analítica y contraponer este concepto con otros, como el sexo, con los que suele intercambiarse y/o confundirse. Pensar en género, nos posiciona ante estructuras jerárquicas sostenidas social y culturalmente y sobre todo invisibilizadas, lo cual conduce a la naturalización.

**Sexo.** Al dar una definición simple de sexo, decimos que se refiere a la condición biológica de nacimiento y así hablábamos de sexo masculino y sexo femenino sin ninguna referencia a los distintos matices que podrían aparecer en

esta dicotomía. Ahora bien hay trabajos biologicistas recientes que hablan de cinco tipos de sexos<sup>2</sup>:

a) Cromosómico (XX/XY/XXY/XYY); b) Gonadal (responsable de la conformación de ovarios y testículos); c) El definido por los órganos internos y externos; d) El hormonal y e) El cerebral, que se articula mediante estructuras y funciones del sistema nervioso central.

Los estudios también hablan del sexo en 3G que incluye genética, gónadas y genitales.

En Medicina, particularmente hay una falta de incorporación de lo cultural. Ejemplo, aparición en las “soluciones” quirúrgicas destinadas a normalizar los cuerpos. La intervención de la medicina suele llegar antes de conocer el deseo y la expresión propia de las personas implicadas. De hecho, en una gran mayoría de casos la asignación de sexo se decide en función de las posibilidades de reconstrucción quirúrgica.

**Género.** Cuando hablamos de género estamos nombrando las construcciones culturales de lo masculino y lo femenino. Puede definirse como el conjunto de creencias, rasgos personales, actitudes, sentimientos, valores, conductas y actividades que diferencian a hombres y a mujeres a través de un proceso de construcción social, histórico y en ese proceso se jerarquizan los rasgos y actividades que ejercen los varones, atribuyéndoles mayor valor.

Se trata, entonces de una categoría cuya utilidad política radica en ser un instrumento para analizar las relaciones, los roles y las construcciones que se edifican a partir de la relación entre hombres y mujeres, y cómo estas distintas construcciones son percibidas por el imaginario social y la desigualdad que pueden aparejar.

La división fundamental entre varones y mujeres, entre lo masculino y femenino, se prolonga a objetos y prácticas. Jugar al fútbol es cosa de varones, preparar la comida es cosa de mujeres, hasta los colores tienen género. Hay un

---

<sup>2</sup> FAUR, Eleonor y GRIMSON, Alejandro, *Mitomanías de los sexos*, Editores Siglo XXI, Buenos Aires, 2017, p. 34 y 35.

deber ser que se establece antes de nacer. Por ejemplo, no le regalaríamos un escaquin celeste a una madre embarazada de una nena. Se nos impone un modo de ser varón o un modo de ser mujer. Exigimos estos comportamientos de un modo absoluto. Así, esperamos que la mujer tenga el parto con dolor, si no lo tiene no sabemos qué pasa. Esperamos que el varón tenga poco dolor y el dolor es muy personal no tiene que ver con el género ni con el sexo. Los estereotipos sobre qué es de ellos y qué es de ellas trascienden las desigualdades de cualquier tipo e impregnan nuestra visión del mundo. Ver a una mujer hacer alguna cosa de hombres, incomoda, genera rechazo. Construimos una jaula para nosotros mismos, de hierro, sólida.

Pero cabe preguntarnos si persiste idéntica. Claro que no, estamos en una época de transición. Una época en que todos los estereotipos de género tambalean. Hay torneos de fútbol femenino, grandes chef varones, hombres paseando sus hijos con el cochecito, papás presentes en las reuniones escolares, entre otros ejemplos.<sup>3</sup>

Si no se parte de entender el concepto de género, no se puede comprender una legislación que garantiza derechos que son comunes a hombres y mujeres y que requieren de una legislación especial.

Quienes imparten justicia no pueden ignorar la existencia de patrones socioculturales que aún, a pesar de los avances en materia legislativa, persisten y otorgan roles desiguales a los hombres y a las mujeres.

**Identidad de género.** Es el concepto que se tiene de uno mismo como ser sexual y de los sentimientos que esto conlleva. Esta identidad se relaciona directamente con cómo vivimos y sentimos nuestro cuerpo desde la experiencia personal y cómo lo llevamos al ámbito público, es decir, con el resto de las personas. En síntesis, la identidad de género alude a la manera en que una persona se asume a sí misma, independientemente de cómo la perciben los demás.

---

<sup>3</sup> FAUR, Eleonor y GRIMSON, Alejandro, *Mitomanías de los sexos*, op cit, p. 12 a 20.

Con relación al grupo colectivo LGBTIQ (lesbianas, gays, bisexuales, trans, intersex y queer), también hay estereotipos. Con esto quiero decir que también se definen: modos de ser lesbiana, modos de ser gays, modos de ser trans. Hay discusiones en torno a las transitividades entre las categorías.

Nuestra mirada está formateada para ver siempre dos, varón y mujer, y si no desplazamos o ampliamos nuestra lente no podremos captar las complejidades que existen en el mundo real.

El derecho no crea las identidades de género. El derecho se ocupa, las formatea. El fenómeno de identidad de género no es algo que el derecho haya inventado sino que se trata de una construcción social. Excluir a la multiplicidad de identidades de género es básicamente vedar el ejercicio de un derecho protegido.

Con el análisis de estos conceptos estaríamos en condiciones de decir que las desiguales relaciones entre hombres y mujeres y la consiguiente subordinación femenina y el cuestionamiento al concepto binario socialmente instalado de género son parte de una concepción heteropatriarcal y capitalista predominante y son funcionales a su mantenimiento.

Los y las juezas tienen el oficio de impartir justicia; solucionar conflictos y hacer visibles a las personas.

Se espera que quien es nombrado juez o jueza tenga capacidad para superar no solo estereotipos imperantes en la sociedad sino también sus propios estereotipos, los personales- que suelen ser los de más difícil identificación.

**Perspectiva de género** se refiere a la modificación de las estructuras y sistemas de las organizaciones, dirigida a generar una igualdad formal y real entre hombres y mujeres. La incorporación de esta perspectiva descansa en el convencimiento que las políticas no son neutrales, que tienen impactos diferenciales para hombres y mujeres, lo que hace necesario identificar estas diferencias para lograr relaciones más igualitarias.

Conforme lo expresado en este punto, considero relevante no solo hacer mención en la necesidad de incorporar la perspectiva de género sino de contar con un espacio del Código Procesal donde se defina el alcance que la expresión género y perspectiva de género revisten para que no haya ningún tipo de confusión, además de generar distintas interpretaciones en el alcance de cada una de las expresiones.

Como dice la Dra Graciela Medina<sup>4</sup>:” *sin perspectiva de género en la sociedad, fracasaremos en la lucha por la igualdad real de las mujeres. Sin perspectiva de género en la justicia, el Estado deberá responder internacionalmente por el incumplimiento de las convenciones internacionales*”.

## **2. Bloque de Constitucionalidad y Convencionalidad.**

### **Responsabilidad Internacional**

A fin de evitar responsabilidad internacional, las y los jueces, así como toda persona que tiene que resolver cuestiones de familia \_en especial temas relacionados con violencia doméstica y violencia contra la mujer\_ o bien, aquellas situaciones donde debe resolverse asuntos relacionados con niñas, niños y adolescentes, debe prestarse especial atención a la Convención de Belem Do Pará de aplicación regional, Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), de aplicación universal. Es importante destacar que esta última, a través de su Comité CEDAW, dicta Recomendaciones Generales las que, a su vez, son importantes porque interpretan y/o aclaran el alcance que tienen los distintos artículos que forman parte del instrumento internacional. Así y solo a título de ejemplo, mencionamos las Recomendaciones Generales N° 19 de 1992, donde la discriminación contra la mujer es considerada una violencia contra la mujer desde la perspectiva de los derechos humanos; N°

---

<sup>4</sup> MEDINA, Graciela, Videoconferencia sobre “La Violencia contra la Mujer. Caracterización. Conceptos relacionados. Genero. Sexo. Sexualidad. Estereotipos sociales. Patrones Socioculturales”, emitida el 6 de junio de 2017, en Curso sobre Violencia de Género y Violencia Doméstica. Responsabilidad por Daños, Fundesi, Rubinzal Culzoni.

28 de 2010, Discriminación de la mujer por motivos de género y la N° 33 del año 2015 sobre Acceso de las mujeres a la Justicia.

Con relación a la Convención sobre los derechos del niño, no solo está la Convención propiamente dicha sino también el Protocolo Facultativo al que hay que referirse cuando existen casos donde los niños, niñas o adolescentes sean parte o sus intereses estén en conflicto.

Además de la legislación nacional y local especial no se debe dejar de lado la importancia que reviste prever en el Código Procesal las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

La persona que resuelve los asuntos sometidos a su jurisdicción debe hacerlo mediante una decisión razonablemente fundada, conforme lo establece el artículo 3 del CCyCN. A tal fin, tendrá que interpretar de manera dinámica y armónica el abanico normativo constitucional (art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), Convenciones internacionales de carácter regional y demás leyes nacionales y locales referidas al asunto a resolver.

### **3. Casos del Derecho de Familia donde la mirada diferencial es importante**

Si bien la perspectiva de género debe leerse en todos los ámbitos del derecho de familia, quizá los casos que podríamos mencionar como más ilustrativos o de fácil visualización son:

a) Violencia doméstica; b) Violencia contra la mujer: La agresión a una mujer es una violencia estructural que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos; c) Estructuras de cuidado: Históricamente la estructura de cuidado del hogar, de la descendencia y demás parientes está a cargo de la mujer, a pesar de los avances en los derechos de las mujeres; d) Efectos del divorcio, en especial lo relacionado a la compensación económica; e) Adopción, vinculado a los sujetos que pueden solicitar o inscribirse; f) Régimen de responsabilidad parental y comunicacional, entre otros.

La incorporación de esta perspectiva descansa en el convencimiento que las políticas no son neutrales, que tienen impactos diferenciales para hombres y mujeres, lo que hace necesario identificar estas diferencias para lograr relaciones más igualitarias.

La igualdad de trato prevista en el artículo 16 constitucional no requiere que el Estado trate a todas las personas del mismo modo. “Tratar igual” no significa “tratar a todos los individuos como si fueran los mismos”. El Estado está, constitucionalmente, facultado para tratar a las personas de modo diferente, siempre que ese trato diferente se funde en un criterio justificado, objetivo y razonable.

El principio de igualdad ante la ley refleja el principio de no discriminación, según el cual la igualdad de trato ante la ley se encontrará violada siempre que no sea posible superar el test de razonabilidad, test que algunas categorías (las sospechosas), se presume, *a priori* no pueden superar.

Esta visión individualista de la igualdad ante la ley que establece la posibilidad de hacer distinciones basadas en criterio razonables, tiene por objeto impedir que las decisiones estatales se realicen sobre la base de prejuicios y visiones estigmatizantes de grupos de personas.

Las acciones afirmativas se corresponden con un “trato (estatal) diferente fundado en la identificación de ciertos grupos a cuyos miembros, exclusivamente por su calidad de tales, se les reconocen prerrogativas o tratos especiales que no les son reconocidos a miembros de otros grupos. En este punto, este tipo de acciones irían en contra de la igualdad desde la perspectiva individualista, es decir, la igualdad como no-discriminación.

Owen Fiss, Robert Post y Catherine A. MacKinnon<sup>5</sup> proponen una visión diferente de la igualdad ante la ley. Una versión de la igualdad que no es de tipo individualista y que, por lo tanto, tampoco se asocia exclusivamente al principio de no – discriminación. Fiss denomina a esta versión “estructural”, y tiene

---

<sup>5</sup> SABA, Roberto, “(Des) Igualdad estructural” en *El derecho a la Igualdad Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexos, 2007 p. 70 y sgtes.

fuertes parentescos con lo que Post denomina una versión sociológica de la igualdad.

Fiss y MacKinnon rechazan la versión de la igualdad asociada a la idea de no discriminación por no incorporar el “dato” sociológico de la situación social de las mujeres como grupo desplazado por otro grupo. La versión de la igualdad estructural no adhiere sólo y exclusivamente a la idea de no discriminación, sino a un trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginado. A partir de la reforma constitucional en 1994, el reconocimiento de las acciones afirmativas vino a confirmar que la concepción de igualdad como no sometimiento debe complementar la idea de igualdad como no discriminación y, de este modo, esta versión combinada de la igualdad ante la ley es la que debe guiar nuestra interpretación del artículo 16 de la Constitución Nacional y la resolución de casos en los que esa igualdad se encuentra vulnerada por actos u omisiones del Estado o de los particulares. La incorporación del artículo 75 inciso 23, y su implícito reconocimiento de la igualdad como no sometimiento, sumada al camino que la Corte ha empezado a transitar con la idea de “no perpetuación de la inferioridad” de grupos es la interpretación que del artículo 16 de nuestra constitución debiéramos realizar.

### **Conclusión**

La reforma al Código Procesal Civil es necesaria pero también oportuna para la creación de un Código Procesal de Familia autónomo que responde a los principios generales del Código de Fondo pero tiene principios propios del Derecho de Familia y es en éstos donde debe quedar implícita y explícitamente incorporada la perspectiva de género con el alcance que se desarrolló en este trabajo.

**María Laura Ciolli**