

“Notas para una teoría feminista del Derecho, en los albores de los nuevos criterios interpretativos del código civil y comercial de la Nación”.

Maria Paula, Spina.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – Becaria UNL – Doctoranda en Derecho.

Área: Ciencias Sociales- Derecho.

Proyecto: “Mujeres víctimas de violencia psicológica, física y sexual. Sus trayectorias en el acceso a la justicia en la ciudad de Santa Fe en el período 2010-2013”. Directora del Proyecto: Sara Cadoche. Director tesis autora: Maximo Sozzo.

Introducción.

Los sistemas jurídicos han sido objeto de profundas transformaciones en las últimas décadas a raíz del fenómeno de la constitucionalización del Derecho. Entre las principales variaciones cabe mencionar la ruptura del legalismo formal y la irrupción del principalísimo, la juridización y judicialización de la constitución, la operatividad de los derechos humanos, el quiebre de la soberanía constitucional de los Estados, la incorporación de un amplio pluralismo cultural y axiológico, cuestionamientos a la legitimidad de la autoridad, a la concepción de la democracia ya no en términos formales sino sustanciales, y la rehabilitación de la razón práctica. (Vigo, 2011). En este contexto es que las tradicionales teorías acerca de la interpretación judicial ya no sirven para dar cuenta de las razones judiciales en el marco del Estado Democrático de derecho. Adquiriendo de este modo nuevamente un rol protagónico la argumentación jurídica, judicial y constitucional. Esta puede ser entendida como la exposición de razones o motivos que avalen una posición en cuestiones jurídicas debatidas o dudosas, a los fines de que la misma resulte más y mejor justificada. Los debates actuales en torno a la interpretación judicial, han superado ampliamente aquel modelo del silogismo jurídico, en su concepción positivista decimonónica, que concibe al juez como un operador mecánico. (Restrepo, G; 2009). Los procesos judiciales son entendidos como una actividad racional y discursiva compleja, que se integra a partir de diversas fuentes que son interpretadas a la luz de la miradas de cada juez y a la valoración que este otorga a cada uno de los componentes del caso (Restrepo, G; 2009). Dado este estado actual del debate en torno a la interpretación judicial, es que nos proponemos indagar sobre el rol que viene a cumplir aquí la perspectiva de género. Es decir a problematizar acerca de si esta se la debe entender como una regla vigente que siempre debe ser aplicada, como un principio, o tan solo como un componente ideológico que puede estar o no en el decisor judicial. La importancia de esta definición es fundamental para poder determinar si ciertas decisiones judiciales son fundadas y justificadas en el ordenamiento jurídico vigente. Este planteamiento se enmarca dentro de aquella discusión más amplia que refiere a la elasticidad del marco normativo constitucional, y al amplio margen de discrecionalidad que se les concede a los jueces en dicho ámbito.

La presente propuesta surge a partir de tres hechos que considero relevantes para poner en discusión los debates feministas y los núcleos fundamentales de la filosofía del derecho: 1) La obligación del Estado de incorporar la perspectiva de género a partir de lo establecido en el bloque de constitucionalidad argentino.

2) La sanción del nuevo código civil y comercial de la nación y en particular la incorporación de nuevos criterios interpretativos.

3) Los déficit y obstáculos que se observan para la efectiva aplicación de las reformas legales impulsadas por los movimientos feministas a nivel nacional e internacional; y la reflexión entonces necesaria acerca de la conveniencia o no de emprender alianzas estatales y de pensar al derecho como una herramienta del activismo feminista.

En este sentido es necesario reconocer que al uso estratégico del derecho por parte de los movimientos feministas se enfrenta el desafío de profundizar los cambios que tienen que ver con el componente estructural y cultural / axiológico de lo jurídico, lo cual necesariamente implica una lucha de poder, y política. Creo que se vuelve necesario reconocer los límites de las reformas efectuadas en el plano normativo, sino va acompañado de transformaciones estructurales al poder judicial, en obligaciones y exigencias claras y definidas al poder político. Esta obligación que el Estado argentino asumió de “incorporar la perspectiva de género”, implica un cambio de paradigma en el derecho que solo puede efectivizarse en la medida en que se den las reformas estructurales al “sistema jurídico en su conjunto”. En el presente trabajo analizaremos los nuevos criterios interpretativos del código civil y comercial de la nación tratando de dar cuenta de si estos son medios adecuados para incorporar la respectiva de género al nuevo código civil y comercial de la nación.

Objetivos.

El objetivo General es Contribuir a la comprensión de los nuevos criterios interpretativos del código civil y comercial de la Nación. Los objetivos Específicos de la presente propuesta son: 1) Describir el alcance de las obligaciones asumidas por el Estado argentino para garantizar la igualdad de género; considerando especialmente lo relativo a la administración de justicia, 2.) Describir los nuevos criterios interpretativos del código civil y comercial de la nación desde una perspectiva feminista queer e interseccional y 3) Establecer si los nuevos criterios interpretativos del código civil y comercial de la Nacional son un medio adecuado para garantizar los estándares internacionales sobre igualdad de género; y si la arquitectura general del código se ajusta a las obligaciones asumidas en relación a la igualdad de los géneros.

Metodología.

Se trata de una investigación cualitativa, descriptiva y explicativa. En cuanto a los métodos de recolección de datos se trabajo a partir del análisis documental. (Unidades Informantes Normativas jurídicos – penales, doctrina, Jurisprudencia, Actos Administrativos, Estadísticas, Actores calificados, Notas periodísticas, Discursos pronunciados por Agentes estatales, Informes producidos por actores estatales o no estatales, Páginas web sitios gubernamentales oficiales. Materiales campañas gráficas).

Resultados.

Bobbio en su obra “El problema del positivismo jurídico” se propone entre sus objetivos dilucidar los diversos significados o dimensiones en que pueden entenderse el positivismo, esto es como un modo de acercarse al estudio del derecho, como una determinada teoría o concepción del Derecho o como una determinada ideología de la Justicia. La propuesta del presente artículo es pensar al feminismo en estas tres claves o dimensiones, es decir el feminismo como modo de acercarse al derecho, el feminismo como teoría del derecho y los feminismos como una determinada ideología de la justicia para presentarlo como una teoría “pospositivistas”. Para Bobbio desde la acepción del positivismo jurídico como modo de acercarse al derecho positivista es quien asume frente

al derecho “una actitud a- valorativa u objetiva o éticamente neutral: es decir que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables y no la mayor o menor correspondencia con sistema de valores. La mentalidad que el positivismo rechaza es la de quien incluye en la definición de derecho elementos finalistas.”.(Bobbio, 42). En este sentido los feminismos, en cualquiera de sus variantes rechazan la posibilidad de una actitud objetiva, a- valorativa o éticamente neutral. Proponiéndose por el contrario una práctica finalista del derecho siguiendo a Alda Faccio “quiere entender la sociedad con el objeto de desafiarla y cambiarla; su objetivo no es el conocimiento abstracto sino el conocimiento susceptible de ser utilizado como guía y de informar la práctica política feminista”. A continuación exponemos algunos de los principales resultados obtenidos en relación a la perspectiva de género y los nuevos criterios interpretativos del código civil y comercial:

1. La interpretación y aplicación del derecho sexista y patriarcal considerando el bloque de constitucionalidad argentino es invalida; se encuentra por fuera del marco de “juridicidad”.
2. Lxs operadores judiciales tienen la obligación, asumida internacionalmente por el Estado Argentino de incorporar la perspectiva de género.
3. El Estado Argentino tiene la obligación de incorporar como una dimensión de la racionalidad jurídica la perspectiva de género; lo cual no se agota en la modificación de leyes discriminatorias o en la incorporación de legislación que contenga acciones afirmativas, sino que necesariamente requiere de reformas estructurales en la justicia y en las facultades de derecho.
4. Los nuevos criterios interpretativos del código civil y comercial si bien no han incorporado explícitamente la “Perspectiva de género”, debe considerarse que esta se encuentra implícita a partir de la adhesión de la Argentina a la CEDAW. Y esto no debe ser entendido como un principio, o mandato de optimización dependiente de la discrecionalidad judicial sino que implica una regla de aplicación obligatoria en todos los casos, y que atraviesa tanto a la interpretación de los hechos, como de las normas, y de las conexiones o conclusiones obtenidas.
5. La perspectiva de género debe ser una exigencia de idoneidad para quien se desempeñe en cualquier de los Poderes de los Estados, pero especialmente en el poder judicial y en los espacios de máxima jerarquía. Dado los múltiples compromisos asumidos por el Estado de garantizar una justicia con perspectiva de género y el acceso a esta de las mujeres y otrxs..
6. En función de lo mencionado anteriormente y a raíz de considerar que este nuevo marco jurídico introducido a raíz de los movimientos feministas ; requiere necesariamente operadores con perspectiva de género; lo cual implica un cambio de paradigma radical respecto del derecho decimonónico y androcéntrico del SXIX; y en gran medida también del SXX. Por ello y para asegurar esta nueva revolución y cultura jurídica feminista deben desarrollarse los mecanismos de evaluación de los operadores judiciales y generar mecanismos de control, que permitan denunciar de un modo sencillo y efectivo las interpretaciones y aplicaciones sexistas del derecho.
7. En virtud de lo expuesto en el punto precedente considero que los derechos humanos de las mujeres, niños, niñas, transexuales y otrxs, no puede quedar supeditada a la capacitación voluntaria de los operadores judiciales. Sino que efectivamente deben darse reformas de tipo estructural que implique una democratización en serio del derecho. Más de la mitad de la población no puede seguir esperando 10, 20, 30 , 40 años para efectivo acceso a sus derechos y a la justicia, dependiendo de un recambio generacional de operadorxs. En este sentido es que considero fundamental el componente de

“Responsabilidad” establecido en la resolución 33 de la CEDAW sobre acceso a la justicia de las mujeres. Deben establecerse sanciones efectivas para aquellxs operadorxs de la justicia que no incorporan la perspectiva de género.

8. Es necesario dar las discusiones sobre qué tipo de feminismo y de perspectiva de género es el que subyace al derecho argentino. Tratando de desmontar aquellas lógicas, feminismo moralizante, esencialista y victimizante. Al construir un sujeto universal, unitario, a histórico bajo la categoría de la “mujer”, se excluye del ámbito de tutela a quienes no se identifican con este arquetipo de la mujer victimizada. “El género es, por lo tanto, una ficción reguladora, por cuanto reafirma una definición de mujer prescriptiva”. (Iglesias Skulj, 2013: 100).

9. En la medida en que el activismo feminista se proponga utilizar el derecho como una herramienta de transformación, de emancipación; se vuelve fundamental trabajar sobre estas dimensiones de lo jurídico que exceden ampliamente la dimensión normativa. Es necesario fortalecer los discursos en torno a los feminismos como teoría del derecho, como modo de acercarse al derecho y como teoría de la justicia.

10. El nuevo código civil y comercial de la Nación contiene un vacío en relación a la agenda para la igualdad de lxs géneros proyectada por la comunidad internacional y asumida por la Argentina. Es fundamental destacar por un lado el retroceso que la protección del derecho a la vida desde la concepción implica en el marco de la lucha por el aborto seguro, legal y gratuito; y por otro lado la ausencia de institutos y disposiciones relativas a familia, vivienda, reparación de daños de personas que han sido víctimas de violencia doméstica.

Conclusiones

A diferencia de otros códigos recientemente sancionados en el plano internacional, el nuevo código civil y comercial no hace una referencia expresa en sus criterios interpretativos a la incorporación de la perspectiva de género. Considero que en el contexto actual hubiese sido de interés incorporarlo como un método de interpretación, partiendo de la premisa de que la perspectiva de género no involucra sólo a las mujeres, y mucho menos solo en los casos de violencias, más vinculados al derecho penal; sino por el contrario esta necesariamente debe ser tenida en cuenta en cuestiones de familia, de vivienda, de derechos civiles y económicos. Consideramos además que si bien es una exigencia de nuevo código civil y comercial de la nación que las decisiones judiciales sean conforme a los tratados de derechos humanos y a la constitución nacional incorporado así la igualdad de género; todavía no se han operado las reformas necesarias en las dimensiones estructurales y culturales del universo jurídico necesarias para garantizar que a partir de la teoría principalistas lxs operadores garanticen la incorporación de la perspectiva de género; consideramos que esto se apoya en una ficción que oculta el uso estratégico y la ideología patriarcal imperante en lxs operadores y en la cultura jurídica argentina.

Bibliografía básica

Bergallo, Paola, "Un Techo de Cristal en el Poder Judicial. La Selección de los Jueces Federales y Nacionales en Buenos Aires", en Cabal, Luisa y Motta, Cristina: Más allá del Derecho, Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 2006, 145/217.

Boigeol, Ane, Las Mujeres y la Corte. La difícil implementación de la igualdad de sexos en el acceso a la magistratura, Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires, Año 3, Número 6, Primavera, 2005, ISSN 1667-4154, págs. 3-25.

Birgin Haydée y Kohen Beatriz Compiladoras, "Acceso a la Justicia como garantía de igualdad. Instituciones, Actores y Experiencias Comparadas", Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, Ed. 2006. Birgin Haydée Compiladora "El Derecho en el Género y el Género en el Derecho", Editorial Biblos Colección Identidad, Mujer y Derecho, Ed. 2000.

González, Manuela G. y Olga Salanueva, "La enseñanza y el género en la Facultad de Derecho de La Plata", Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires. Año 3, Número 6, Primavera 2005, ISSN 1667-4154, págs. 225-244.

Kohen, Beatriz, "Más Mujeres a la Justicia. Los Argumentos más frecuentes", Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires, Año 3, Número 6, Primavera 2005, ISSN 1667-4154, pág 331-337.

Montalbán Huertas, Inmaculada, "Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional", Premio "Rafael Martínez Emperador", 2003, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, ed 2004.

Restrepo, Gabriel Mora y Fernando M. Toller Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces: Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias...26 agosto 2009.

Rodríguez, Marcela V., bajo su dirección Raquel Asensio, Mariana Alvarez, Romina Faerman, Patricia Rodríguez Bernal, "Reformas Judiciales, acceso a la justicia y género", Editores del Puerto S.R.L., 2007.

Vigo Rodolfo L, Manuel Atienza "Argumentación Constitucional. Teoría y Práctica", en Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, n° 42, México, 2011