

Género y argumentos de género en el Poder Judicial: Lo que muestran las sentencias judiciales en la Argentina¹

Dra. Andrea L. Gastron²

(Con la colaboración de la Abog. M. Angela Amante y el Lic. Rubén Rodríguez)

Resumen

El trabajo revisa los principales argumentos acerca de la necesidad de una mayor presencia de la mujer en el Poder Judicial y los aportes específicos que harían las juezas en relación con su género, e intenta responder de qué manera la participación femenina o masculina en los tribunales repercute en la resolución de los conflictos, en qué medida los magistrados argentinos emplean en sus sentencias argumentos de género, y si a través de la lectura de estas surge una perspectiva de género. Concluimos en que un aumento de la inserción femenina en los puestos de decisión judicial, si bien es importante desde el punto de vista de la legitimidad democrática y desde el punto de vista simbólico (efecto de demostración), es insuficiente para garantizar la incorporación de una mirada que tome en cuenta la situación de subordinación de la mujer en la sociedad: es necesario, además, que existan jueces que, actuando como parte de una estructura judicial consolidada, se comporten con conciencia de género.

Palabras clave: argumentos de género, perspectiva de género, sentencias judiciales, Poder Judicial.

Abstract

This paper reviews the main arguments in relation to the need of a greater female presence in the judiciary, and the specific contributions that women judges would bring in relation to their gender. It also tries to answer the following questions: the way in

¹ La presente investigación es parte del proyecto “Paradigmas y paradogmas del derecho: una visión desde el género acerca de la Justicia en la Argentina”, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Bs. As., 2006-9. Equipo de investigación: Andrea L. Gastron (directora), M. Angela Amante y Rubén Rodríguez (asesor estadístico).

² Abogada, Especialista en Sociología Jurídica, Doctora en Sociología (Universidad de Bs. As.), y Posdoctora en Estudios de Género (UCES). Actualmente, se desempeña como Docente Universitaria en niveles de grado y de doctorado en la Facultad de Derecho (UBA), y Profesora y directora de investigación en el Doctorado en Derecho Privado (UCES). andreaastron@hotmail.com

which female or male presence in courts has an influence on the resolution of judicial cases, to what extent Argentine judges use gender arguments in their judgments, and if a gender perspective arises thereof. We conclude that an increase in the number of women in judicial decision making positions, although it is important from the point of view of democratic legitimacy and from the symbolic point of view (demonstration effect), it is insufficient to guarantee the incorporation of a perspective that takes into account the subordination situation of women in the society: it is also necessary the existence of judges who behave with gender consciousness, working as an integral part of a consolidated judicial structure.

Keywords: gender arguments, gender perspective, legal judgements, Judicial Power.

Resumo

Esta comunicação revisa os argumentos principais acerca da necessidade duma presença feminina maior na magistratura, e as contribuições específicas que as juizas mulheres trariam com relação ao gênero delas. Igualmente tenta responder às seguintes perguntas: de que maneira a presença feminina ou masculina nas cortes têm uma influência na resolução de casos judiciais, à qué medida os juizes da Argentina empregam argumentos do gênero nas sentenças deles, e se uma perspectiva de gênero surge delas. Nós concluímos que um aumento no número de mulheres em posições judiciais da tomada de decisão, embora seja importante do ponto de vista da legalidade democrática e do ponto de vista simbólico (efeito da demonstração), é insuficiente para garantir a incorporação duma perspectiva que tome em consideração a situação do subordinação das mulheres na sociedade: além disso, é necessária a existência dos juizes que se comportam com consciência do gênero, trabalhando como parte integrante duma estrutura judicial consolidada.

Palavras-chave: argumentos do gênero, perspectiva de gênero, sentenças judiciais, Poder Judicial.

1. Introducción y planteo del problema

“La imparcialidad y la equidistancia no tienen el sentido de eliminar todo juicio moral (...), sino asumir una distancia en el momento de las decisiones que asegure que el juez no favorecerá a ninguna de las partes, en detrimento de la otra”. Con estas palabras concluye Beatriz Kohen (2005; 336) un informe sumamente ilustrativo acerca de las diversas posiciones teóricas con que suele justificarse la necesidad de una mayor presencia femenina en la magistratura, y con ellas abrimos aquí una investigación que corre en el mismo sentido.

El presente trabajo se propone, pues, responder algunas preguntas fundamentales sobre el tema, que se encuentran en estrecha vinculación, y que podríamos resumir en las siguientes: 1) de qué manera la presencia femenina o masculina en los tribunales judiciales argentinos repercute en la resolución de los conflictos; y 2) en qué medida los jueces y juezas de nuestro país emplean en sus sentencias argumentos de género, y si a través de la lectura de estas surge una perspectiva de género.

Estas preguntas no son neutras en un sentido valorativo, ya que se asocian a la cuestión relativa a la necesidad de que más mujeres ocupen cargos en la magistratura, entre otros espacios de poder. Y son realizadas en un contexto en el cual la presencia femenina en los puestos de decisión en la Argentina exhibe una mayor visibilidad (en 2007, por primera vez en la historia, una mujer, abogada, asume la presidencia de la Nación elegida por el voto popular³), pero aún no se encuentra absolutamente consolidada⁴.

El debate acerca de por qué es deseable que más mujeres impartan justicia no es nuevo dentro de los Estudios de Género: nace hacia la década de los 80, cuando la aparición de las mujeres en los puestos judiciales, si bien más numerosa, era bastante reciente en el mundo anglosajón⁵ (Kohen, 2008; 29 y sig.).

Sin embargo, aún estamos lejos de encontrar una respuesta unánime; en efecto, a poco de indagar sobre el tema, aparecen dos líneas argumentales muy marcadas (Kohen; 2005; 331).

2. El marco referencial de la investigación

2.1) El argumento de la legitimidad democrática

Una de las líneas teóricas señaladas pone el acento en la legitimidad del sistema democrático y la idea de representatividad, que, dicho sea de paso, se extiende a otros grupos desaventajados, además de las mujeres, como por ejemplo, personas de diferentes etnias, partidos políticos, religiones, grupos etarios o regiones geográficas.

La razón por la cual es necesaria la participación femenina en el Poder Judicial, así como de los demás grupos minoritarios mencionados, radica, según esta posición, en una mayor legitimidad que detentarían los fallos si quienes los emiten aportan a los procesos de deliberación judicial, diferentes perspectivas.

Así, por ejemplo, Sally Kenney (2007; 6 y 7) sostiene la necesidad de profundizar en los argumentos acerca de por qué diferentes agrupamientos sociales (como las personas de ambos sexos o los habitantes de todas las zonas⁶) deben estar ampliamente

³ Se trata de Cristina Fernández de Kirchner. Anteriormente, en 1975, la entonces vicepresidenta de la Nación, María Estela Martínez, asumió la presidencia por el fallecimiento de su esposo, el presidente Juan D. Perón. Su alejamiento del cargo se debió al Golpe de Estado de 1976.

⁴ En ambos casos, se trataba de esposas de recientes presidentes de la Nación. En una investigación sobre el Poder Legislativo argentino, se observó que, junto con los mecanismos tradicionales de acceso a la banca parlamentaria (la mayoría de los legisladores de ambos sexos exhiben un título profesional, y especialmente en derecho), aún persisten, para las mujeres, canales de acceso de tipo adscriptivo: de las 16 senadoras nacionales en 2002, al menos 8 reconocían vínculos familiares cercanos con líderes partidarios provinciales (Gastron, 2002; 7).

⁵ Este tipo de argumentos han sido frecuentemente empleados por autoras de origen estadounidense y europeo, pero aún son escasos en nuestro medio (constituyen honrosas excepciones las investigaciones de Paola Bergallo y Beatriz Kohen citadas en la bibliografía; de hecho, también son excepcionales los trabajos empíricos que tratan la cuestión, entre los que cabe destacar los de Felipe Fucito y María Inés Bergoglio). Por consiguiente, nos vemos obligadas a apelar en este punto a la bibliografía extranjera.

⁶ La autora cita, a modo de ejemplo, la composición delicadamente balanceada entre norteños y sureños en la Corte Suprema de Justicia norteamericana antes de la Guerra Civil; y, más recientemente, las razones//

representados en la Justicia. La autora enfatiza el importante rol simbólico que tienen las mujeres ocupando posiciones jerarquizadas en la estructura judicial, no solo respecto de las jóvenes estudiantes de derecho, sino también para todos los operadores jurídicos y el público en general.

Shirley Abrahamson (1998; 199), jueza de la Corte Suprema del estado de Wisconsin, EE.UU., en un artículo que se refiere precisamente a las diferencias de género en la Justicia norteamericana, es consciente de la importancia simbólica que poseen las magistradas en la estructura judicial. Según su opinión, en una cultura donde tradicionalmente los roles relevantes han sido ejercidos por varones, la presencia de las juezas desafía las convenciones y emite el mensaje de que las mujeres constituyen una parte importante de la profesión jurídica y del gobierno, dando a muchas un sentido de “empoderamiento”⁷. Asimismo el mensaje transmite que pueden lograr sus objetivos no solamente en el campo jurídico, sino también en otras áreas, que pueden ser vistas como una figura intelectual y de autoridad, que el valor de cada individuo se basa en sus méritos, y que la sociedad puede ser concebida como un espacio abierto, asignando iguales oportunidades a todos.

Otras autoras hablan, incluso, de la función educativa que tiene la presencia de mujeres juezas, al romper estereotipos sobre el rol tradicional femenino en la sociedad que detentan tanto los jueces y abogados varones como los abogados litigantes, jurados y testigos (Sherry, 1986a; 160; en McGlynn, 1998; 187).

Para esta línea teórica, es esencial definir un concepto de “representatividad” aplicable a la magistratura, para que no resulte contradictorio con la noción de meritocracia que caracteriza a toda carrera burocrática, como lo es la judicial.

Así, Barbara Perry trae a colación la caracterización del Profesor Walter Murphy (1973; 7; en Perry, 1991; 10), quien entiende que un Poder Judicial es representativo cuando está integrado por jueces elegidos teniendo en cuenta una variedad de criterios que permitan la inclusión de los más importantes subgrupos de la población en general.

En un sentido similar, Perry (1991; 10 y sig.) concibe, para el caso de los integrantes de la elite judicial, un concepto que ha sido empleado en diferentes investigaciones: el de representatividad *descriptiva*. En ella, lo importante es *quién* o *cómo* el/la representante *es*, más que lo que realmente *hace*. En este sentido, el/la representante no actúa “para” otros, sino que “simboliza”⁸ a otros (Pitkin, 1967; 61).

//que dio el Presidente Reagan al defender la necesidad de la participación en la Corte de personas provenientes del Oeste cuando se produjeron los nombramientos de los jueces Rehnquist, O'Connor y Kennedy. El Presidente Carter también utilizó argumentos alegando la necesidad de una composición diversa regional y de género en la Justicia.

⁷ Se han dado numerosas definiciones acerca de lo que el empoderamiento es. Muy interesante resulta la conceptualización que elabora Undurraga (2005) con una perspectiva práctica, desde la propia experiencia de mujeres chilenas en el acceso a la Justicia.

⁸ En inglés original, “stand for”: representar, significar, simbolizar, en este caso.

Una versión semejante, que fue elaborada por el Profesor Frederick Mosher (1982; 12-17; en Perry, 1991; 10/1) para los puestos burocráticos no elegidos electoralmente, también podría resultar de utilidad para el caso de la carrera judicial. El autor alude a la representatividad “pasiva” (entendida como un espejo o reflejo de características sociales), noción que de hecho ha tenido un papel importante en la selección de las mujeres que integran los puestos más altos de la carrera judicial en muchos casos, en contraposición con la representatividad “activa” (entendida como la prosecución vigorosa de los intereses de los representados), ajena al propósito de nuestro trabajo.

En fin, pareciera que la necesidad de dar una mayor legitimidad (formal) al Poder Judicial es un fenómeno vigente en los Estados de Derecho, instalándose el género, cada vez con más fuerza, en la lista de factores que se consideran importantes⁹ dentro de los órganos de gobierno representativo, junto con otros tales como la etnia o la religión¹⁰. En la Argentina, es altamente probable que este factor haya sido considerado por el presidente Kirchner en las nominaciones de dos mujeres para cubrir sendos cargos en la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Kohen, 2008; 19): las ministras Carmen Argibay (quien asumió sus funciones en febrero de 2005) y Helena Highton de Nolasco (quien se desempeña como tal desde junio de 2004)¹¹.

2.2) El argumento de la diferencia

La segunda posición argumental alude en cambio a otro tipo de ideas, mucho más controvertidas, que destacan el aporte específico que las juezas harían al mundo forense, marcando alguna diferencia con respecto a sus pares varones.

Estas ideas responden a una serie de preguntas muy interesantes: ¿en qué medida varones y mujeres desarrollan la función judicial de manera diversa?, ¿qué peso tiene para las mujeres la socialización profesional en una carrera tradicionalmente masculina?, ¿son reales las posibilidades de influencia de las juezas o, por el contrario, ellas terminan adaptándose a la cultura profesional predominante? (Kohen, 2008; 24).

Según algunas especialistas, las magistradas, por el hecho de pertenecer al sexo femenino, por haber sido socializadas y educadas como mujeres, por haber vivido experiencias de vida “intransferiblemente femeninas”, tienen una mirada propia, lo que a la postre concluye en una manera distinta a la masculina de administrar justicia.

⁹ Al parecer, existe una fuerte conexión entre la igualdad de género y el desarrollo de instituciones fuertes y democráticas (Kohen, 2008, 20).

¹⁰ Estos factores fueron también considerados por los presidentes norteamericanos para “balancear” las nominaciones a la Corte Suprema de Justicia, desde George Washington en adelante, siendo el primero de ellos en orden cronológico, la religión. Así, hubo una nominación de un juez católico romano por primera vez en 1836 (correspondió al juez Roger B. Taney), y más tarde, en 1916, una “vacante judía” (siendo su ocupante el juez Louis Brandeis). Los negros y las mujeres fueron quienes más tardíamente se incorporaron a la Corte Suprema estadounidense: Thurgood Marshall en 1967 y Sandra Day O’Connor en 1981 (Perry, 1991, 11 y sig.).

¹¹ Se trata de la primera vez en la historia judicial argentina en que son nombradas mujeres en la Corte Suprema de Justicia por un gobierno democrático. Con anterioridad, una sola vez una mujer ocupó el cargo de ministra de la Corte, la Dra. Margarita Argúas; lo hizo entre los años 1970 y 1973, siendo designada por el entonces mandatario de facto Roberto Levingston.

Esta línea teórica abreva especialmente en algunas interpretaciones de las ideas de Carol Gilligan en su famosa obra *In a Different Voice*, y sostiene básicamente que las juezas, debido a procesos de socialización diferencial y a sus experiencias de vida (no así a diferencias biológicas), diferirían respecto de sus colegas varones en los aportes que, como mujeres, hacen a la justicia¹². Estos aportes incluyen la necesidad, por parte de las mujeres, de llegar a decisiones morales basadas en una ética del cuidado para no dañar a otros, por contraposición a una ética de la justicia basada en normas abstractas.

Siguiendo y parafraseando a Gilligan, Carrie Menkel-Meadow (2002; 356/7) se pregunta qué ocurre cuando Portia¹³ habla en “una voz diferente”. Su respuesta pone el foco de los cambios en el sistema judicial, más que en las operadoras jurídicas, prediciendo que el fuerte crecimiento de la voz femenina en la profesión legal transformará el sistema adversarial en uno más cooperativo, menos “guerrero” o litigioso, un modelo más comunicativo, a cuya solución se llegue por acuerdo de las partes involucradas más que por la imposición de un extraño al conflicto, en el cual hay ganadores y vencidos. Ecos de esos cambios podrían verse en los modelos alternativos de resolución de conflictos judiciales, como la mediación.

La autora sostiene asimismo que, si bien las mujeres del derecho no hablan con una única voz sino con muchas, el creciente número de voces femeninas en el mundo jurídico cambiaría la sensibilidad y la escala de valores, afectando la cultura legal dentro de algún tiempo (Menkel-Meadow, 2002, 364).

La visión de que las mujeres tienen algo diferente que aportar al mundo judicial es compartida por muchas juezas en el mundo. Y específicamente, ha sido observada en investigaciones empíricas realizadas en EE.UU. y Nueva Zelanda (Malleon, 2007, 36/7).

Este pensamiento también posee una fuerte raigambre en el seno mismo del Poder Judicial argentino. En entrevistas en profundidad realizadas a juezas de nuestro país (Gastron, 1993; 63), surgieron en los discursos relatos de experiencias de vida como la que sigue:

La primera vez que me impresioné en serio fue cuando era secretaria de un juzgado penal, y el juez me llama y me dice: -“Hubo un homicidio. Bueno, vamos”. Cuando

¹² Dice textualmente la autora: “Dada la evidencia de que las mujeres perciben e interpretan la realidad social de manera distinta de los hombres (...), puede esperarse que las transiciones de vida que invariablemente provocan estas experiencias afecten a las mujeres de manera distintiva” (Gilligan, 1985, 277). Y más tarde, agrega: “Comprender cómo la tensión entre responsabilidad y derechos sostiene la dialéctica del desarrollo humano es ver la integridad de dos modos diferentes de experiencia (...). Mientras que una ética de la justicia procede de la premisa de igualdad -que todos deben ser tratados igualmente-, una ética de cuidado se apoya en la premisa de la no violencia: que no se debe dañar a nadie” (Gilligan, 1985; 281).

¹³ Portia es una de las primeras mujeres abogadas que aparecen nombradas en la cultura occidental. Ello tiene lugar en *El mercader de Venecia*, de W. Shakespeare, obra en la cual el personaje, disfrazado de hombre (única manera en que podía argumentar jurídicamente), se muestra como un doctor en leyes y elocuentemente pide clemencia cuando otros solo reclaman justicia (Menkel-Meadow, 2002, 344).

llegamos, había cuatro cadáveres en el piso, había que esquivarlos. Yo empecé a temblar. Era un hombre que quería matar a su mujer, habían discutido, y disparando mató también a dos empleados. Recién cuando llegamos nosotros con la policía, detrás de una puerta salió la mujer, que estaba encerrada, abrazada a los hijos. Cuando me vio que yo también era mujer, me abrazó y empezó a llorar. Y yo la abracé y empecé a llorar con ella. Por eso, me “cargaron” como un año en el juzgado.

Consistente con nuestros hallazgos, en una reciente investigación que indagó a los jueces de familia en la ciudad de Buenos Aires, Beatriz Kohen (2008; 129) comprueba en los discursos de varios magistrados la fuerte presencia de una concepción de la función judicial donde prevalece una “ética del cuidado”, tal como la describe Carol Gilligan.

2.3) Críticas al argumento de la diferencia

Esta posición teórica, comúnmente conocida como “feminismo de la diferencia”, ha sido acusada de esencialista desde ópticas críticas, las cuales consideran que la misma extrapola características biológicas de las mujeres a sus comportamientos sociales. Se han generado así intensos debates, entre otras razones porque muchos hallazgos empíricos desmienten la existencia de diferencias significativas de estilos y resultados de trabajo entre varones y mujeres juristas (Schultz, 2003^a, liv.).

No faltan contradicciones en las investigaciones realizadas hasta el momento, y ello obstaculiza la posibilidad de asumir conclusiones contundentes en este campo. Así, si bien por un lado se sostiene que habría una jurisprudencia femenina con énfasis en ciertas características tradicionalmente asociadas a la mujer, tales como conexión, subjetividad, y responsabilidad, más que en las “masculinas” autonomía, objetividad y derecho (Sherry, 1986b, 593; en McGlynn, 1998, 184), al mismo tiempo, se sostiene que las diferencias de género entre los jueces, si es que las hubiere, no son consistentes ni estadísticamente demostrables (Aliotta, 1995, 235; en McGlynn, 1998, 184).

Como sostiene Malleson (2007, 40), “el panorama empírico de las diferencias de género entre jueces es contradictorio y no es concluyente, y tal vez esté todavía en una etapa temprana y elemental. Lo mejor que puede decirse sobre la base de los trabajos de investigación hasta la fecha es que puede haber algunas diferencias en las decisiones en ciertas áreas”.

Por su parte, las críticas alcanzan también a la interpretación de los hallazgos. De hecho, la locución misma de “voz diferente” ha sido cuestionada. ¿Diferente de qué, o de quién?, se preguntan muchas. Es evidente que, si la mencionada diferencia alude a la voz que llevan los varones, deberíamos concluir entonces que los jueces varones son la norma. La idea de que las mujeres tengan estas características diferentes es demasiado determinista, se arguye, e implica asumir que ellas constituyen una categoría homogénea, que piensan lo mismo, que tienen las mismas experiencias y que actuarán en el mismo sentido (McGlynn, 1998; 185), lo cual, se sabe, no refleja la realidad en absoluto.

Más aún: de aceptarse esta diferencia, quedaría seriamente perjudicado el principio mismo de coherencia judicial, pudiendo resultar a nivel individual en una sentencia injusta, y legitimándose así que la suerte de la decisión dependerá del resultado del sorteo que define qué juzgado intervendrá (Abrahamson, 1984, 492; en Malleson, 2007, 43).

Por otro lado, desde el feminismo radical, se ha sostenido que los atributos “femeninos” no son adquiridos naturalmente ni constituyen “voz femenina” alguna, que tras la mencionada “diferencia” se reflejan valores considerados inferiores dentro de la cultura hegemónica, que todo ello no constituye sino el producto de la dominación masculina, que controla el comportamiento a través del Estado y produce un acceso diferencial a los recursos y una distribución desigual del poder en las instituciones sociales (MacKinnon, 1995, 428 y sig.).

En fin, que tanto el derecho como la magistratura estarían tan imbuidos de los valores masculinos de objetividad e igualdad formal¹⁴ que queda demasiado poco lugar para que las mujeres puedan hacer alguna diferencia (Ehrlich Martin y Jurik, 1996, 217).

3. Repercusiones del sexo de los jueces en la resolución de los conflictos

3.1) Metodología de trabajo

Con el fin de conocer si el sexo del juez influye a favor o en contra de los actores según su sexo en la resolución de los casos, realizamos un análisis descriptivo cuantitativo de sentencias judiciales emitidas en la Argentina. Nuestro interés se centró en descubrir qué relaciones estadísticas aparecen en diversos temas que, por la índole del asunto que se discute, podrían estar vinculados con la condición femenina o masculina del magistrado y de las partes en conflicto.

Buscamos asociaciones, a fin de responder a tres preguntas básicas en relación con nuestra población de análisis:

- 1) ¿Cuántos hay? O sea, una cuantificación de las variables consideradas;
- 2) ¿Quiénes son? Es decir, una aproximación al perfil de los actores; y
- 3) ¿Qué relaciones hay entre ellos?

Nuestro universo de análisis fue definido a partir de una búsqueda que filtró un total de 2468 fallos, obtenidos de una base de datos que posee más de 46.000 sentencias judiciales de todo el país, tanto en el orden federal como provincial (ordinario)¹⁵.

¹⁴ “Abstract equality” en el original en inglés.

¹⁵ En la Argentina, siguiendo el modelo norteamericano, existe un doble orden judicial: la Justicia nacional, con atribuciones en todo el territorio de la República respecto del conocimiento de los asuntos mencionados en la Constitución (competencia federal), y la Justicia ordinaria o común, que ejerce sus funciones a través de los órganos judiciales que cada provincia debe crear y organizar con prescindencia del gobierno central y cuya competencia abarca el conocimiento de todos los asuntos regidos por el derecho común y local, con las limitaciones establecidas por el artículo 75 inc. 12 CN.

La muestra finalmente seleccionada, de 106 casos, fue no probabilística, de tipo razonado. Los criterios de selección de los fallos fueron los que a continuación se detallan.

a) Asunto de la carátula: consideramos únicamente situaciones judiciales en las que se debatieran temas vinculados con el género, y cuyo resultado fuera dicotómico¹⁶, es decir, donde la ganancia de una de las partes en juicio implique la pérdida de la otra. De este modo, fueron considerados casos sobre aborto, concubinato, convenciones matrimoniales, incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, delitos contra el estado civil, delitos contra el honor, delitos contra la honestidad, delitos contra la integridad sexual, delitos de instancia privada, derecho a la intimidad, derecho a la salud y a la integridad personal, derecho a la vida, derecho de visitas, discriminación, divorcio vincular, esponsales, matrimonio y separación personal.

El criterio de división de la dicotomía y por lo tanto el de la codificación en términos de ganancias o pérdidas está directamente vinculado, en nuestra definición operacional, con la resolución del tema principal del fallo y con el asunto de la carátula. En las relaciones de conflicto jurídico, no existen las dicotomías absolutas, sino una predominancia de derechos gananciosos, en la que coexisten contradictoriamente pérdidas de derechos reclamados.

Por ejemplo, en un juicio donde ambos progenitores reclaman la tenencia de hijos menores de edad, el asunto (la carátula del expediente) dirá: “Divorcio vincular”. La resolución judicial otorgará la tenencia a la madre (resultado favorable a la mujer), pero al mismo tiempo esta deberá tolerar la visita de tantas veces por semana del padre de los niños, o perderá el derecho a la manutención por parte de su ex-esposo. Eso forma parte de las pérdidas de las partes gananciosas.

Las dicotomías jurídicas la mayor parte de las veces plantean que existe un ganador respecto de la reclamación principal, que al mismo tiempo es perdedor de otros derechos reclamados pero no adjudicados.

Inversamente, la parte perdedora (en el ejemplo, el padre) ha perdido la tenencia de sus hijos, pero ha ganado el reconocimiento del derecho de visita y de no aportar a la manutención de su ex esposa.

¹⁶ La lógica dicotómica es una lógica binaria: presencia = 1, ausencia = 0. Es la condición excluyente de la lógica formal aristotélica. La asignación de las unidades de análisis a las categorías puede ser excluyentes o no excluyentes. En este último caso los códigos a asignar podrán ser: 1, 2, 3, etc. hasta un número limitado. El conflicto judicial es un conflicto humano es decir es complejo y multidimensional y subyace a él una lógica borrosa, una lógica difusa donde los límites entre las transiciones de un continuo entre 0 y 100 son vagos. Para la lógica borrosa existe entre el blanco y el negro la gama de grises. Para la lógica dicotómica es blanco o negro. Un fallo sentencia la resolución del conflicto en términos de ganancia dominante para una de las partes según el derecho principal reclamado, y por lo tanto, de pérdidas dominantes para la otra. Pero la dicotomía contiene en cada uno de los términos polares excluyentes la contradicción: la parte dominante ganadora también pierde otros derechos, y la parte predominantemente perdedora también gana otros derechos. Quizá la racionalidad jurídica tenga un modo binario, dicotómico de resolver lo borroso, difuso del conflicto humano.

Lo que nos permite trabajar empíricamente en derecho con resultados dicotómicos es que la naturaleza misma de la demanda ya implica una dicotomía: necesariamente, los tribunales darán o no tenencias, otorgarán o no adopciones, autorizarán o rechazarán abortos, etc.

b) Cobertura temporal: la búsqueda fue realizada teniendo en cuenta los años comprendidos entre 2003 y 2007, concentrándose la mayor cantidad de los fallos revisados en 2005 y 2006. No incluimos el tiempo como una variable de análisis, por lo cual no es posible realizar una lectura de tipo evolutivo de los datos obtenidos.

c) Fuero judicial¹⁷: teniendo en cuenta la competencia por asunto, la búsqueda realizada incluyó una gran variedad de fueros, tales como los fueros civil, civil y comercial, criminal y correccional, de casación penal, de familia, del trabajo, contencioso administrativo, de la seguridad social, correccional de menores, de instrucción y faltas, etc. No obstante ello, si bien el fuero nos permitió la identificación de los casos, no constituyó una variable de análisis, dado que la mayoría de los casos finalmente seleccionados pertenecían al fuero civil.

d) Número de jueces por caso: consideramos fallos de tribunales tanto unipersonales (jueces de 1ª instancia) como colegiados (cámaras de apelación, superiores tribunales provinciales)¹⁸. El ámbito judicial tampoco fue considerado como una variable de análisis, puesto que la mayoría de los casos provenían de tribunales colegiados.

e) Ámbito jurisdiccional: las sentencias consideradas incluyeron la Justicia federal y ordinaria/provincial, en todo el país, en las tres instancias judiciales (juzgados de primera instancia, cámaras de apelación o tribunales de 2ª instancia, y superiores tribunales provinciales).

f) Sexo del juez o de los jueces intervinientes: el sexo de los jueces, varón o mujer, fue tratado como una variable de análisis independiente, teniendo en cuenta que nuestro interés es detectar la relación entre el sexo del juez y de las partes en el voto judicial.

La variable dependiente fue el resultado del fallo, o sea, si resultó favorable al varón o a la mujer, o desfavorable al varón o a la mujer, actores de los casos. Esta circunstancia fue posible de detectar porque solo fueron considerados fallos con resultados dicotómicos, y donde las partes fueran de distinto sexo.

¹⁷ En la Argentina, la competencia de la Justicia se distribuye por razón de lugar, materia o asunto, persona, grado u oficio, turno y monto.

¹⁸ El número de jueces intervinientes es, en general, un indicador de la jerarquía judicial: a mayor número de jueces, mayor es la jerarquía por razón de grado. Así, los juzgados de primera instancia están a cargo de un solo magistrado; las Cámaras de apelación, en las zonas geográficas de mayor densidad poblacional, se distribuyen la tarea en salas, que están integradas por tres miembros cada una; y tanto la Corte Suprema de Justicia nacional (en la actualidad integrada por siete miembros, debido a la renuncia de dos de ellos), como los tribunales superiores provinciales, son pluripersonales. Hay excepciones: en la Provincia de Buenos Aires, los tribunales del fuero de Familia son colegiados, aunque sean de 1ª instancia.

A partir de los fallos y las variables de análisis, se construyó una matriz de datos, con la cual fue procesada la información, empleando el paquete estadístico SPSS.

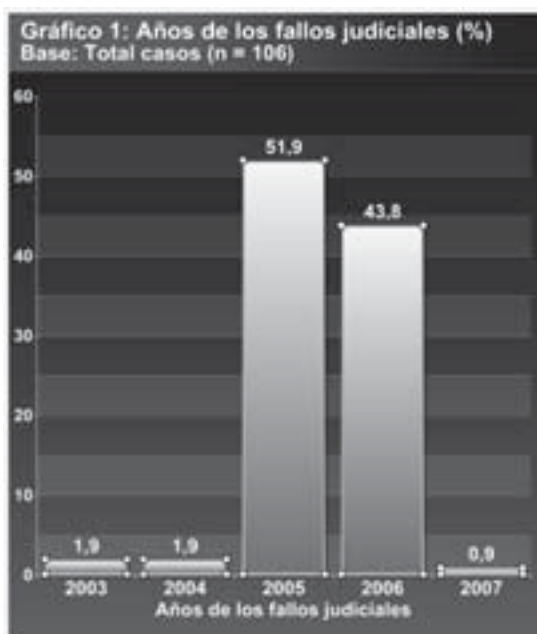
El plan de análisis incluyó el procesamiento de distribuciones de frecuencias (univariadas) y tablas de contingencia (bivariadas), a las que se aplicó la prueba X^2 (Chi cuadrado) como *test* de la hipótesis de independencia.

3.2) Resultados empíricos obtenidos

Con los datos recolectados, diferenciamos según las frecuencias analizadas, en dos tipos: univariadas y bivariadas.

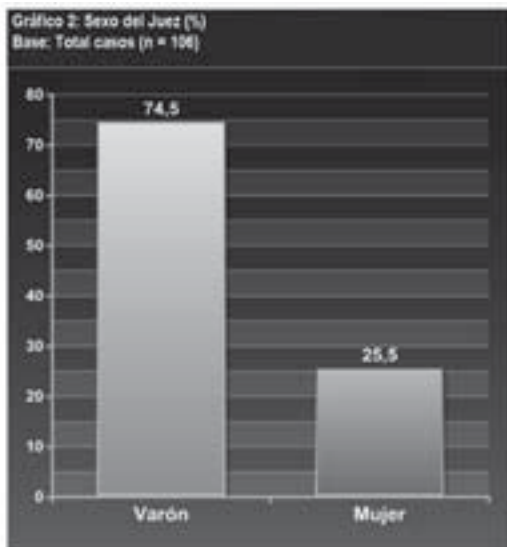
Para las *distribuciones de frecuencias univariadas*, fueron considerados los siguientes atributos correspondientes a cada caso: el año, el sexo del/os jueces, el tipo de tribunal, el voto del/os jueces y el resultado-asunto relevante.

Según el año del juicio, observamos que la mayor cantidad de fallos provienen de 2005 (el 52%) y 2006 (el 43%), concentrando la suma de ambos el 96% de los fallos relevados.



Según el sexo del juez, observamos en todos los casos un mayor porcentaje de jueces varones.

Así, en los fallos analizados, el 75% de los jueces son varones, y el 25% restante, mujeres.

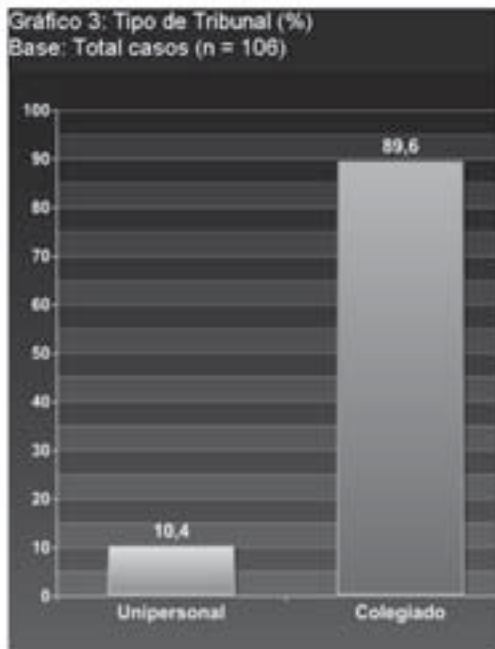


Estos datos son congruentes con los índices actuales de participación femenina en el Poder Judicial argentino en general.

En él, si bien se observa un aumento significativo de mujeres que ocupan puestos en la judicatura desde la reinstauración de la democracia en el país, en 1983, las cantidades de magistrados de ambos sexos distan de haberse equiparado en términos cuantitativos.

En efecto, los estudios existentes muestran que, por ejemplo, la participación cuantitativa de las mujeres en la magistratura federal y nacional con asiento en Buenos Aires aumentó sensiblemente entre 1988 y 2003, con ascensos del 5 al 22% en el fuero federal y del 14 al 33% en el nacional; a partir de la década de los noventa, sin embargo, se produjo una disminución en el ritmo de crecimiento que mostraba la década anterior, y en el lustro 1999-2004, el promedio disminuyó en el Poder Judicial Nacional de Buenos Aires, o creció a un promedio del 2% en cinco años, en el caso de la Justicia Federal (Bergallo, 2006).

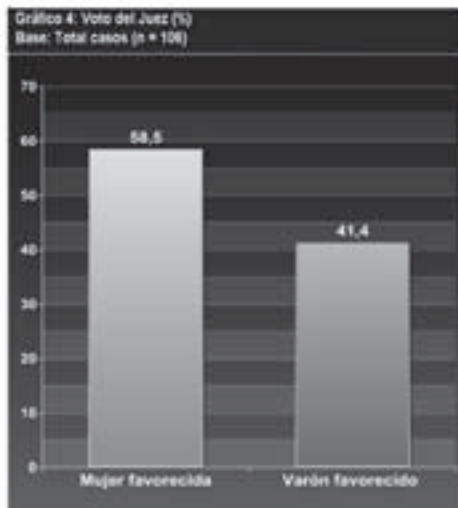
Según el tipo de tribunal, la gran mayoría de los fallos (el 90%) fueron extraídos de tribunales colegiados, mientras que solo el 10% restante procedió de tribunales unipersonales.



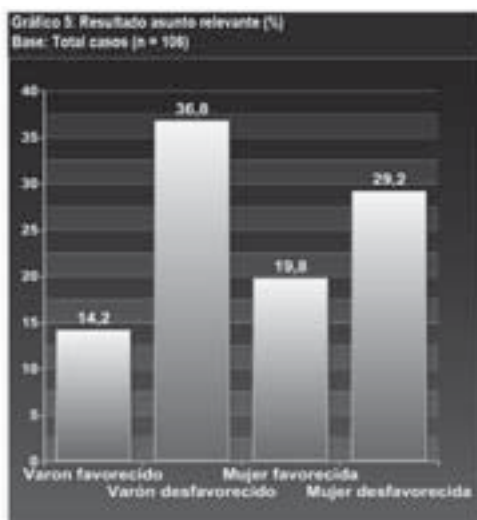
Esto se debió a la mayor facilidad en el acceso a nuestra fuente de información, dado que las bases de datos disponibles que son más frecuentemente consultados por los juristas, contienen un índice mucho mayor de fallos de tribunales colegiados (debido a la mayor jerarquía de los fallos provenientes de tribunales de alzada, todos ellos colegiados, por sobre los tribunales de 1ª instancia)¹⁹.

Si consideramos la variable voto del juez, observamos que los porcentajes de mujeres y varones favorecidos en los fallos analizados es muy similar, ascendiendo al 59% para las mujeres favorecidas, y al 41% para los varones favorecidos.

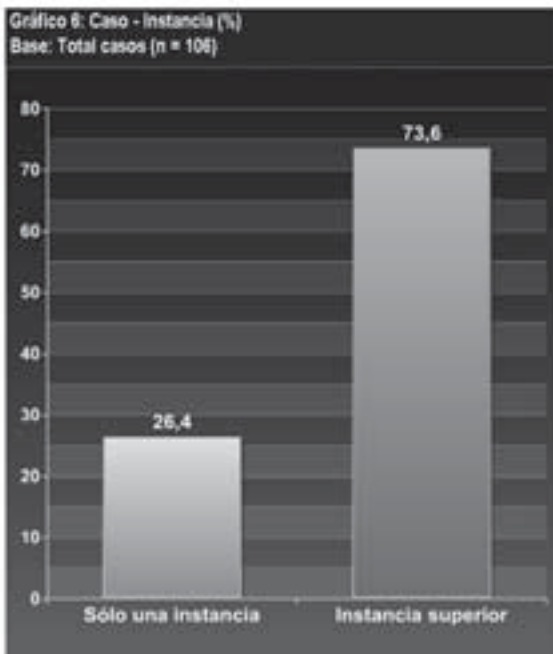
¹⁹ Debe considerarse que el acceso a los expedientes judiciales es sumamente limitado y sujeto a la discrecionalidad judicial, dada la índole privada de los asuntos seleccionados para la muestra.



Teniendo en cuenta ahora la variable asunto relevante, se observan porcentajes similares para varones y mujeres favorecidos y desfavorecidos: 14% y 19% para los primeros, y 37% y 30% para los segundos, respectivamente.



Según los datos obtenidos en la relación caso-instancia, observamos que, para la muestra seleccionada, en el 73,6% de los casos se resolvió con fallos pertenecientes a instancias superiores (Tribunales Superiores Provinciales, Cámaras de Apelación), mientras que el 26,4% de los fallos pertenecían a una instancia única (Tribunales de 1ª Instancia).



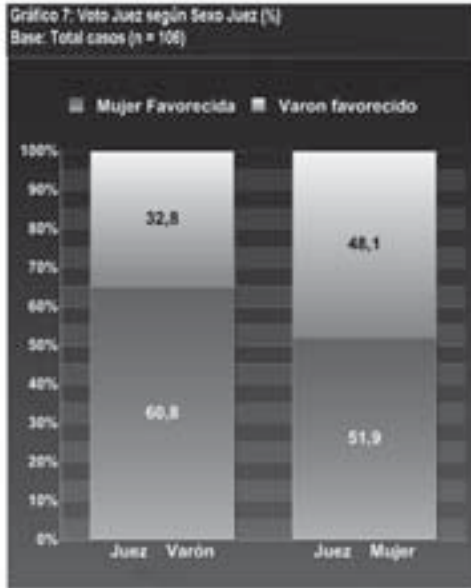
Llegado a este punto, nos propusimos indagar cómo se distribuyen los varones y mujeres favorecidos y desfavorecidos, y si esta circunstancia está influida o no por el sexo de los jueces, el resultado del asunto relevante, el caso-instancia y/o el tipo de tribunal.

Para responder a ello, analizamos las *distribuciones de frecuencias bivariadas* mediante tablas de contingencia, teniendo en cuenta varios factores, que a continuación detallamos.

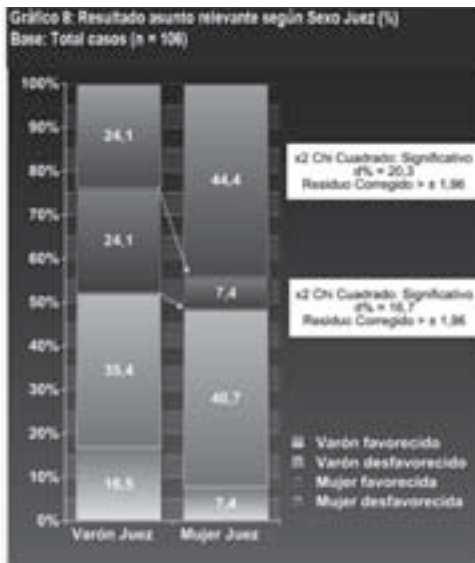
Según el voto de los jueces, construimos tablas de contingencia para jueces varones y mujeres.

Observamos así que el 61% de los jueces varones favorecen a las mujeres con sus fallos, mientras que sus colegas mujeres favorecen a las actoras femeninas en el 52% de los casos.

Los jueces varones favorecen a los actores de su mismo género en un 33%; en cambio, las juezas favorecen a los varones en un 48% de los casos.



Según el resultado asunto relevante, construimos tablas de contingencia para jueces varones y mujeres. En ellas, se ve de qué manera el sexo del juez puede o no estar influyendo en la tendencia a favorecer o desfavorecer a las partes según su sexo.



Las juezas tienden en mayor proporción a desfavorecer a las mujeres, a diferencia de los jueces, quienes tienden a favorecer a las mujeres (con una leve menor predominancia).

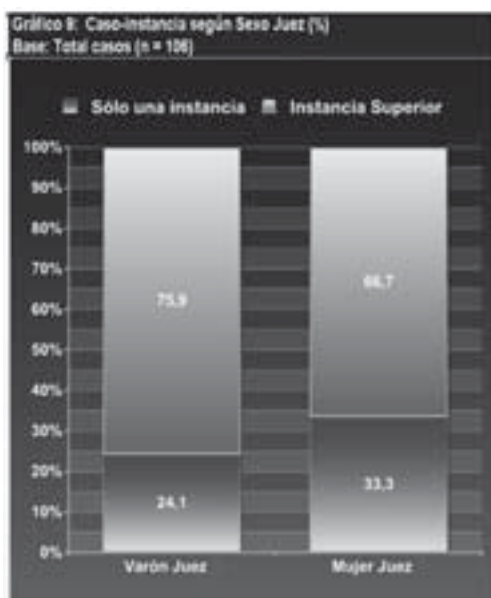
La diferencia porcentual ($d\%:16,7$) entre los magistrados varones (24 %) que favorecen con sus fallos a las mujeres es estadísticamente significativa respecto de las juezas mujeres (7%).

Inversamente, también es estadísticamente significativa la $d\%$ (20,3) entre las Juezas que desfavorecen con sus fallos a las actoras de su mismo sexo (44%), respecto de sus colegas varones (24%).

Sin embargo, estamos en el límite de la significación estadística (nótese que los residuos corregidos para este caso llegan al 1,9 y -1,9 para varones y mujeres respectivamente).

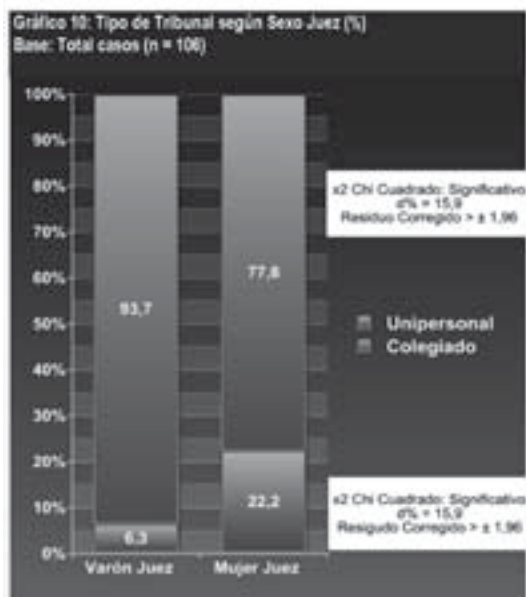
En resumen, el sexo del juez influye diferencialmente solamente para la mujer, favoreciendo o desfavoreciendo, según el sexo, pero no así para el varón, para quien el sexo del juez resulta independiente.

Según el caso-instancia, construimos tablas de contingencia para los jueces según su sexo.



Analizando la tabla correspondiente a la relación caso-instancia según el sexo del juez, resulta que el 76% de los jueces varones y el 67% de las juezas resuelven con fallos que pertenecen a una instancia superior.

Teniendo ahora en cuenta el tipo de tribunal, construimos tablas de contingencia para los jueces, según su sexo.



En ellas, observamos en primer lugar que la presencia de mujeres juezas en los tribunales de 1ª instancia es significativa con respecto a su presencia en los tribunales de alzada.

De este modo, de los casos analizados, el 22% de las mujeres son juezas de 1ª instancia, mientras que los jueces varones de igual jerarquía judicial alcanzan solo al 6%.

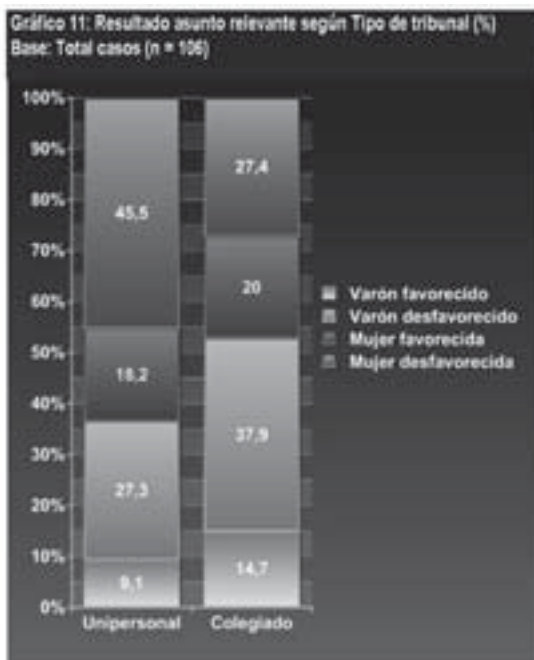
En segundo lugar, la presencia de jueces varones en los tribunales colegiados es realmente significativa, alcanzando una cifra que llega al 94%: 9 de cada 10 jueces en tribunales colegiados son varones.

Por ello, para la prueba estadística de significación chi cuadrado de Pearson, el sexo del juez no es independiente del tipo de tribunal (unipersonal o colegiado) al que pertenece.

La diferencia porcentual ($d\%:15,9$) entre tribunales colegiados con juez varón (94 %) y el mismo tipo de tribunal con jueza mujer (78%) es estadísticamente significativa.

Complementariamente, la $d\%$ (15,9) entre los tribunales unipersonales con jueza mujer (22%) y el mismo tipo de tribunal con juez varón (6%) es estadísticamente significativa, y se rechaza la Hipótesis de independencia entre las variables.

Por último, consideramos la relación que es resultado entre el asunto relevante y el tipo de tribunal: el 46% de los fallos de tribunales de 1ª instancia no favorecen a la mujer, mientras que los tribunales colegiados tienen ese mismo resultado en un 27%.



Los varones resultan más desfavorecidos por los Tribunales colegiados (37,9%) que por los tribunales unipersonales (27,3%), no siendo estas diferencias significativas.

4. Los argumentos de género en las sentencias judiciales

4.1 Metodología de trabajo

En esta segunda etapa de la investigación, el diseño implementado es fundamentalmente cualitativo-descriptivo. Con el fin de conocer en qué medida los jueces argentinos emplean argumentos de género en sus sentencias, y si en ellas aparece una perspectiva de género, procedimos a la búsqueda y selección de fallos de jurisprudencia. Lo hicimos partiendo del mismo universo de análisis que en el punto 3, a los cuales se sumaron otros fallos que tuvieron trascendencia, tanto en los medios académicos y profesionales como en los medios masivos de comunicación, teniendo en cuenta el tema en análisis, llegando a analizar el contenido de 2196 sentencias judiciales.

La muestra así obtenida, no probabilística, descriptiva y de tipo razonado, incluyó finalmente un total de 105 fallos. Los criterios de selección de nuestras unidades de análisis fueron los detallados en el punto 3.1, pero en ciertos casos no se tuvieron en cuenta las limitaciones temporales del punto 3.1.b).

Es decir que esta muestra de fallos solo coincidió parcialmente con la muestra de la etapa anterior de la investigación.

El procesamiento de la información incluyó la confección de un cuadro que agrupa los pronunciamientos judiciales según el asunto de que traten, bajo la siguiente clasificación: Aborto, Adopción, Alimentos, Concubinato, Delitos contra la integridad sexual, Derecho a la intimidad, Derecho a la vida, Derecho de visitas, Discriminación, Divorcio vincular, Filiación, Patria potestad y Separación personal.

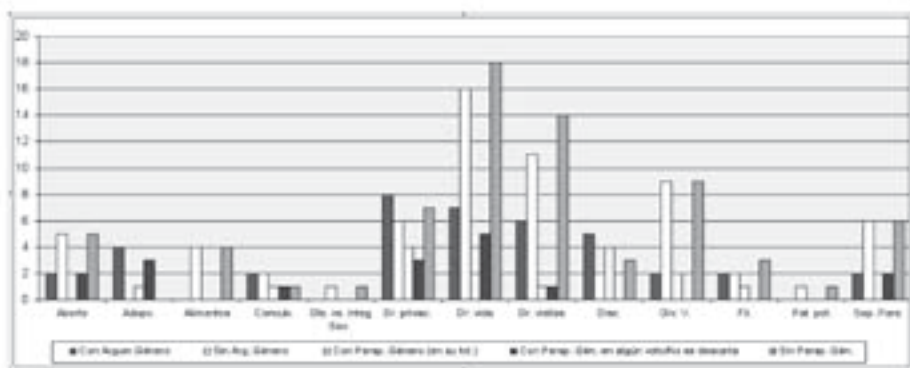
Cuadro 1: Cantidad total de fallos sometidos a análisis de contenido y de la muestra final según el asunto del expediente²⁰

Asunto	Cantidad total de fallos	Cantidad total de la muestra
Aborto	41	7
Adopción		4
Alimentos		4
Concubinato	39	4
Convenciones matrimoniales	4	0
Delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar	36	0
Delitos contra el estado civil	262	0
Delitos contra el honor	135	0
Delitos contra la honestidad	21	0
Delitos contra la integridad sexual	90	1
Delitos contra la libertad	1	0
Delitos de instancia privada	155	0
Derecho a la intimidad	164	14
Derecho a la salud y a la integridad personal	238	0
Derecho a la vida (incluye Tejerina x 2)	338	23
Derecho de visitas	102	17
Derecho laboral	2	0
Discriminación (incluye Alberti 1ª y Cámara)	295	7
Divorcio vincular	75	11
Filiación		4
Impugnación a la paternidad	1	0
Matrimonio	276	0
Patria potestad	3	1
Separación personal	197	8
Total	2196	105

Acompañamos ahora el gráfico correspondiente a la información detallada de los casos analizados en la muestra final. En él, se consideraron la carátula del expediente, y la existencia de argumentos de género y perspectiva de género detectable por parte del Tribunal.

²⁰ Los espacios en blanco en los rubros de Adopción, Alimentos y Filiación en la cantidad total que se observan en el cuadro se deben a reagrupamientos posteriores efectuados con el fin de evitar la duplicación de información, y para una mejor organización de los datos.

Gráfico 12: Argumentos de género y perspectiva de género en los fallos analizados (detalle)



4.2) Resultados obtenidos

La muestra resultante, de 105 sentencias judiciales, fue sometida a una revisión que incluyó, como estrategia metodológica, el análisis de contenido por parte de los integrantes del equipo de investigación, a los fines de conocer en qué medida los magistrados utilizan argumentos de género, y si se puede deducir la adopción de una perspectiva de género por parte de los jueces.

El procesamiento de la información resultó, de este modo, en una triangulación de investigadores, por lo que cada investigador pudo confrontar sus análisis con los de otros investigadores que operan otros métodos sobre el mismo corpus de datos textuales.

Dice Cea D’Ancona (1998; 49-50) que “este tipo de triangulación sería equivalente a lo que se conoce, en la actualidad, por equipos interdisciplinarios: la realización de una misma investigación por un equipo de investigadores (procedentes de distintas áreas de conocimiento o especialistas en distintas metodologías) que observan un mismo objeto de estudio desde diferentes puntos de vista, en función de la disciplina científica a la que pertenezcan”.

El principal aporte de la doble triangulación de métodos cualitativos y cuantitativos y de investigadores es sumar validez convergente (Cea D’Ancona, 1998; 48) al análisis de contenido de los fallos.

A los fines de la presente investigación, **agrupamos como argumentos de género aquellas afirmaciones realizadas por los jueces en sus sentencias donde aparezca planteada la temática femenina o de género, cualquiera sea la valoración que se haga de los roles sociológicamente relevantes de mujeres y varones, tanto positiva como negativa.**

Si tenemos en cuenta el número de sentencias analizadas, observamos argumentos de género en un 38% (40 fallos); sin embargo, esta cantidad descende abruptamente cuando la unidad de análisis se traslada a los votos considerados individualmente, ya

que en aquéllos emitidos por tribunales colegiados (de los que proviene la mayoría de los casos estudiados), los argumentos de género aparecen de forma aislada, no como argumentación mayoritaria del tribunal²¹.

Asimismo, tuvimos especial cuidado en la detección de las menciones que realizan los jueces de las normas que aluden a la temática femenina o de género de manera específica, tales como, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer²², la Constitución Nacional y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus partes pertinentes (v. g., en medidas de acción positiva, etc.), la Ley N° 474 de la Ciudad de Buenos Aires que crea el Plan de Igualdad Real de Oportunidades y de Trato entre Mujeres y Varones, etc.

En este sentido, son excepcionales las sentencias, aún con presencia de argumentos de género, donde expresamente se citan algunas de las normas arriba mencionadas.

Gráfico 13: Argumentos de género en los fallos analizados (resultados totales)



Definimos como perspectiva de género por parte del tribunal, a las consideraciones teóricas realizadas en cualquiera de las partes de una sentencia, a través de las cuales se considera el lugar de subordinación femenino dentro de la estructura de poder en las sociedades actuales.

Esta variable es sumamente reveladora, dado que muestra claramente en qué medida los jueces y juezas hacen explícita en las sentencias su conciencia de género, y no coincide, ni en su definición teórica ni operacional, con la argumentación de género.

Así, observamos en algunas sentencias la existencia de argumentos de género, pero no como fundamento de una postura favorable a la mujer, o que tuviera en cuenta su posición social, sino para legitimar la posición contraria.

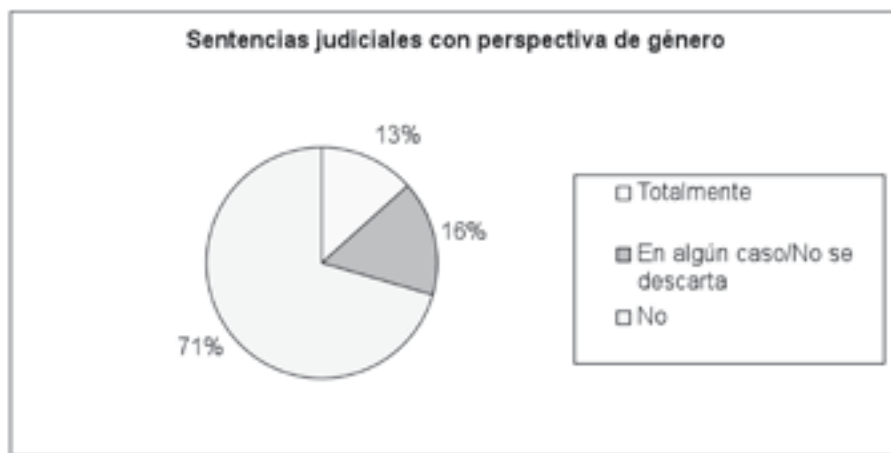
Por ejemplo, en la resolución judicial de un pedido de autorización para abortar luego de la violación en una menor de edad, se hizo mención al derecho a la vida del

niño por nacer (con referencia explícita a la normativa nacional e internacional de los derechos del niño) y su prevalescencia por sobre el derecho a la salud de la madre, pero omitiéndose citar la legislación vigente sobre los derechos de la mujer.

No es extraño encontrar en las resoluciones tribunales locuciones tales como “instinto maternal”, “buena madre de familia”, “interés superior del menor”, “actitud natural de una madre”, “maternidad responsable”, “protección de la familia”, “sexo débil”, etc.

En resumen, observamos la incorporación una perspectiva de género en 31 casos analizados, pero en más de la mitad de ellos (17 casos) aparece en el voto aislado de algún magistrado dentro de un tribunal colegiado, o bien de una manera poco clara.

Gráfico 14: Perspectiva de género en los fallos analizados (resultados totales)



Este dato nos permite conjeturar, pese las limitaciones metodológicas del presente estudio (que se encuentra en una etapa exploratoria), que la perspectiva de género dista de haberse consolidado como ideología en la organización judicial argentina: cuando surge refleja la posición individual de algunos de sus miembros.

Para finalizar, extractamos a modo de ejemplo, de los votos de los magistrados, algunos párrafos donde resultan evidentes las contradicciones en asuntos de género.

Un estudio de caso

Datos del expediente

Lexis Nexis: N° 35003763

Tribunal: Sup. Corte Bs. As.

Fecha: 31/07/2006

Partes: R., L. M.

Publicado: SJA 20/12/2006. JA 2006-IV-210.

Palabras clave: DELITOS CONTRA LAS PERSONAS - Aborto - Aborto no punible - Abuso sexual de menor débil mental - Pedido de autorización

Argumentos de género

1. *La jueza de Menores dicta sentencia a fs. 59/69. Si bien descarta toda duda respecto de la existencia del abuso sexual del que habría sido víctima L. M. R. (fs. 63 vta./64), pone de relieve que no es para ella admisible reparar esa agresión injusta “con otra agresión injusta contra una nueva víctima inocente como es el bebé” (fs. 64 cit.). En síntesis, con fundamento en normas de los pactos internacionales (arts. 4.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos; 6.1 y 2 y reserva de la Argentina al art. 1 Convención de los Derechos del Niño), de la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) y de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (arts. 12 inc. 1 y 36) resuelve no hacer lugar a lo que entiende ha sido una petición judicial para efectuar prácticas abortivas en la persona de la menor y, como medida de protección al niño por nacer y a la menor, ordena la concurrencia mensual a dicho órgano con constancia médica de control de embarazo y oficia a la Subsecretaría de Minoridad a efectos de arbitrar todos los medios necesarios para la protección de la salud física y psíquica de la menor de autos y del niño por nacer (fs. 59/64 vta.).*

2. *Que la Dra. Griselda M. Gutiérrez, titular de la Asesoría de Incapaces n. 4, solicitó que “se rechace el pedido de interrupción del embarazo y se arbitren los medios necesarios para amparar la salud psicofísica de la menor durante y después que se produzca el nacimiento (fs. 54/55)”.*

Afirmó en su presentación que algunos supuestos de aborto “están alcanzados por una excusa absolutoria, (y que) ellos podrán ser opuestos en una investigación penal luego de cometido el hecho, pero no corresponde a ningún juez adoptar una decisión previa”. Que ante la confrontación entre el derecho a la salud de la madre y el derecho a la vida del niño por nacer debe prevalecer esta última y a tal fin dejó planteada “la inconstitucionalidad de toda norma de carácter penal que se quiera invocar para justificar un aborto como el peticionado en autos, donde no está en peligro la vida de la madre, por importar una grave violación de derechos de base constitucional, en especial el derecho a vivir”.

3. *La permisión en estos casos de una conducta que en otra situación se cataloga como indudablemente criminosa trae reminiscencias de concepciones afortunadamente superadas, como la que propiciaba el aborto para ocultar una inexistente deshonra, en el caso del aborto pomposamente llamado honoris causa, que en realidad solo encubría u sentimiento de intolerancia familiar y social ante el milagro de la maternidad; que consideraba la reputación solo desde el prisma de la hipocresía; y que priorizaban antes que la solidaridad social activa las consecuencias sombrías que podían aquejar a la madre y al hijo que vendrá, por el abandono de sus semejantes. No menos repudiable es nominar la acción de matar a un tercero inocente como aborto ético, como algunos lo llaman, siendo que la violación proviene de un tercero, o propiciarlo con fundamento en causas “socioeconómicas”, calificando a la criatura por nacer de una carga socioeconómica cuando paradójicamente la sociedad sí acepta -lo que de ninguna manera critico-, pero sí califico como flagrante desigualdad en el trato que los victimarios sean alojados y mantenidos por la sociedad toda*

en institutos carcelarios. Sería bueno reparar en que entre aquellos y estos media una gran diferencia: los delincuentes produjeron un grave daño. El nasciturus ninguno.

Perspectiva de género

Párrafos en los que se adopta:

1. En ocasión de la audiencia con la adolescente también hemos tomado contacto con su madre, quien lúcida y con plena comprensión de la situación adversa que les toca vivir concede el consentimiento que requiere la normativa para la efectivización del aborto. Ella es quien mejor conoce a su hija pues ambas viven solas, la cuida, la baña, se ha preocupado para que asista a un colegio especializado en capacidades distintas y que en la actualidad se lamenta debido a que este problema que la aqueja está impidiendo que la adolescente concurra a talleres dirigidos a preparar a jóvenes especiales a adquirir alguna capacitación manual. Como vemos, esta mujer de lucha, sin duda, se desvive para cubrir las necesidades de la menor, dentro de los límites de sus posibilidades. Huelga decir, que es la persona que está en mejores condiciones de saber que es lo más beneficioso para la joven en estos momentos difíciles que compli- can su situación, de por sí, problemática.

2. Resulta contradictorio razonar que si el aborto se hubiera concretado no sería punible, pero que debido a una intervención innecesaria de la justicia se le impide a la incapaz acceder a esta posibilidad.

A mayor abundamiento resulta orientador lo dicho por el Comité de Derechos Humanos (Argentina, 3/11/2000) en la observación n. 14 que transcribo: “En cuanto a los derechos relacionados con la salud reproductiva, preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental. El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado”.

3. No puede ignorarse que la realidad actual ha puesto afortunadamente en crisis, a la luz del ideal de eliminar las discriminaciones, la desigualdad que antes era palmaria en cuanto a la carga que la filiación significaba para el hombre y para la mujer.

Antes la máxima mater certa est imponía la maternidad como agobio que pesaba casi exclusivamente sobre la mujer.

Hoy la posibilidad virtualmente absoluta de determinar la paternidad a través de las pruebas biológicas consagra simétricamente la vigencia del principio pater certo est, por lo que no se advierte que la existencia de los hijos limite únicamente la libertad de la madre, sino que coloca igual restricción en cabeza de ambos. Por otra parte ni la planificación familiar, a través de la regulación de los intervalos entre los nacimientos,

ni los llamados derechos sexuales y reproductivos pertenecen solamente al patrimonio del hombre, sino que existen en paridad de condiciones para ambos.

4. El sistema jurídico argentino carece de una regulación adecuada en la materia sobre la que se inserta esta litis. No se han instituido, al menos de manera integral y ex ante de todo riesgo de comisión de una infracción penal, determinaciones comprensivas de las vicisitudes y conflictos de la mujer embarazada y su familia.

Ese sesgo y aquella carencia son paralelos a los vacíos que se perciben en el concreto campo de los cometidos del Estado. En el drama bajo examen aquí, la menor encinta, ni bien su madre denunció la existencia del abuso sexual, pudo ser asistida por el Ministerio Público, tanto pupilar cuanto del área de atención a la víctima, y por los profesionales de la medicina. Actividad frustrada, según se ha visto, por la intervención de una agente fiscal, cuestión que claramente destacan la procuradora general en su dictamen y el voto de mis colegas preopinantes.

Pero el problema real puesto al desnudo en situaciones generalizadas de precariedad trasciende la resolución judicial de casos como el presente: reviste un carácter estructural.

Con estridentes declaraciones apenas se disimula la ausencia de políticas institucionales que atiendan el problema global de la maternidad y la niñez en su raíz. Escasa es la articulación entre los programas sanitarios con los educativos. La promoción de la sexualidad responsable en el marco de autodeterminación del proyecto personal de cada cual podrá figurar en algún texto legal (no parece muy claro que los efectos emergentes de la puesta en vigor de la ley 25673 hayan sido satisfactorios en este plano) o un renglón de la agenda gubernativa; pero difícilmente habrá de realizarse si no comienza a revertirse la marginalidad y la exclusión sociales.

Entre tanto, miles de abusos sexuales, varios de ellos intrafamiliares, y de abortos clandestinos, sobre todo de menores, dan cuenta del descolorido pero angustiante paisaje de la indiferencia ante el padecimiento y la declinación social.

Párrafos en los que no se adopta:

1. En el caso concreto que aquí se somete a decisión judicial, la progenitora de la menor madre requiere se determine “si es posible interrumpir este embarazo, dado que mi hija por la discapacidad que padece, no se encuentra en condiciones de traer un hijo al mundo, y tampoco podemos junto a mi otra hija hacernos cargo del bebé que está por nacer” (fs. 6). Luego la misma refiere ante la jueza interviniente que “por la salud de su hija no va a permitir que lo tenga. Que su hija no puede trabajar para mantenerlo y ella tampoco” descartando expresamente la entrega del bebé en adopción (fs. 51).

2. “Si se acude al sano equilibrio que emana de la verdadera justicia, se ha de concluir que, sin dejar de entender la reacción de la madre ante el hecho punible perpetrado

en persona suya, resulta jurídicamente inaceptable que el fruto de la concepción, también un ser humano, pague el delito con su vida cuando no ha sido el agresor, es decir que expie la culpa de un tercero y pierda, por decisión unilateral de la progenitora -en el presente caso aún más grave: su abuela- la oportunidad de vivir. Se confunde el acto de la violación o de la inseminación abusiva con la maternidad. Mientras la primera ocasiona daños muy graves que se proyectan en la vida futura de la víctima, a veces de modo irreparable, y lesiona de veras la dignidad femenina, el segundo en cuanto representa la transmisión de la vida a un ser humano, dignifica y enaltece a la madre... Pero, aún admitiendo en gracia de discusión, que la prohibición legal del aborto en los eventos descriptos implica agravio a la dignidad de la mujer, este derecho no podría jamás entenderse como prevalente sobre el de la vida que está por nacer”.

3. *“Hemos tomado estas disposiciones del art. 112 del anteproyecto suizo de 1916. La primera disposición no necesita explicarse, pues cae de su propio peso que cuando el aborto es indispensable para la salud o la vida de la madre, no constituye delito”.*

“La segunda importa una verdadera innovación en la legislación criminal. Al referirse a este punto dice un distinguido profesor de Derecho Penal, citado varias veces en este informe, que es sumamente interesante la última redacción del anteproyecto de Código Penal suizo, que no figuraba en ninguna de las ediciones anteriores, habiendo sido introducido por la segunda comisión de peritos”.

“Es la primera vez -agrega- que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado. Gautier, comentando este artículo, apunta ya que en el caso del incesto ‘se podrían añadir consideraciones de orden étnico’, y que cuando ‘el embarazo sea el resultado de un atentado cometido sin violencia, contra una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia’, podría argüirse ‘más justamente aún que en caso de incesto, el interés de la raza. ¿Qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina? (Jiménez de Asúa, ‘La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas’, p. 206)”.

5. Conclusiones

El presente trabajo parte de la formulación de dos preguntas, estrechamente vinculadas. En primer lugar, si repercute de alguna manera el sexo femenino o masculino de los jueces en relación con el sexo de las partes respecto de la resolución de conflictos que se dirimen en los tribunales judiciales. O dicho de otro modo, si el resultado de juicios donde se involucran asuntos de género, a partir de los cuales identificamos nuestras variables de análisis, varía por el hecho de que quien lo decida sea varón o mujer.

En segundo lugar, nos planteamos en qué medida los jueces y juezas de nuestro país emplean en sus sentencias argumentos de género, cuando ello fuera pertinente, y si a través de la jurisprudencia argentina actual surge la adopción de una perspectiva de género por parte de los magistrados.

Estos problemas de investigación se formulan dentro del marco teórico de los Estudios de Género, sumando evidencia empírica a una cuestión sumamente controvertida y aún no resuelta: si las juezas realizan algún aporte distintivo a la administración de Justicia que tenga relación con su género.

El abordaje metodológico incluyó sendos diseños descriptivos, cuali-cuantitativo en el primer caso y cualitativo en el segundo.

Nuestro interés se centró, en el primer caso, en descubrir qué relaciones estadísticas aparecen en diversos temas que, por la índole del asunto que se discute, podrían estar vinculados con la condición femenina o masculina del magistrado y de las partes en conflicto.

En el segundo caso, el objetivo de investigación fue analizar en profundidad los argumentos mediante los cuales los jueces argentinos legitiman en sus sentencias los roles sociales de varones y mujeres, y si a través de ellos es viable realizar una lectura donde sea posible encontrar una perspectiva de género.

El plan de análisis previó la recolección de una muestra no probabilística, de tipo razonado, de fallos de jurisprudencia argentina, pertenecientes principalmente a los años 2005 y 2006, en los cuales se decidiera sobre asuntos que tengan relación con el género. Con ella procedimos al procesamiento de la información en distribuciones de frecuencias (univariadas) y tablas de contingencia (bivariadas), y la confección de gráficos con datos de expedientes judiciales y su clasificación según diversos ítems.

Entre los resultados destacables, observamos una relación entre el tipo de tribunal y el género del juez, existiendo una mayor presencia femenina en las instancias tribunalicias iniciales que en los cuerpos colegiados. La carrera judicial se inicia para la mujer argentina a través del ingreso y presencia en los tribunales de 1ª instancia.

Por otro lado, en el sistema judicial argentino, las mujeres resultan levemente más favorecidas por los fallos de los jueces varones que por los de las juezas. Esta relación es estadísticamente significativa: los jueces varones favorecen más en sus fallos a las mujeres que sus colegas del sexo opuesto. E inversamente, las juezas desfavorecen con sus fallos a las actoras de su mismo género.

Al igual que en el presente trabajo, investigaciones realizadas en otros países, como Brasil y Alemania, también dan cuenta de preferencias de género cruzadas (mujeres sentenciando hombres de forma más indulgente y viceversa) en procedimientos de divorcio o separación matrimonial (Shultz, 2003b; 315).

Si en la muestra escogida las juezas no favorecieron a las mujeres como sus pares varones, concluimos en que ello no necesariamente implica una actitud de conflicto de género entre jueza y actora, sino que, dadas las características del funcionamiento del servicio de Justicia, el propio asunto y la interpretación judicial del mismo puede haber ameritado no favorecerla.

Acerca del segundo problema de investigación planteado, y si bien la estrategia metodológica empleada no nos permite generalizar resultados, la información obtenida muestra que el empleo de argumentos de género en las sentencias en la Argentina es minoritario, aún en los casos donde, debido a la índole del asunto discutido, su aplicación resulta pertinente. Pero más excepcional aún es la adopción de una perspectiva de género, que surge más bien del enfoque individual de los jueces -y no necesariamente de las mujeres juezas-, más que como posición institucional consolidada dentro el Poder Judicial.

Ahora bien: ¿se deduce de todo ello la indiferencia del género del juez en la resolución de los conflictos?

La respuesta no es sencilla debido, entre otras causas, a las contradictorias evidencias encontradas en general, en esta área de investigación. **Las referidas contradicciones probablemente tienen su razón de ser en que remiten a preguntas básicas de los Estudios de Género y también de las ciencias sociales, en cuanto a las diferencias de comportamiento social entre varones y mujeres**, cuestión que en los planos teórico, ideológico, político y cultural, tiñe necesariamente cualquier hallazgo sobre el tema.

En concordancia con nuestros resultados, otros estudios existentes tampoco permiten concluir que las mujeres hablen a través de una voz distinta a los hombres o que sean género-sensibles en sus fallos.

Si bien aquí no fueron consideradas las características regionales propias, también parecen tener incidencia. Por ejemplo, se ha observado que el impacto de las juezas es más reducido en los países de derecho continental, y especialmente en los sistemas civiles latinoamericanos, que en los países del *common law* (Morgan, 1991, 121), donde el margen de discrecionalidad de los funcionarios judiciales es mayor.

Esto no es poca cosa: precisamente, estudios jurisprudenciales realizados en países vecinos, como Chile (Casas Becerra et al., 2007, 30) o Brasil (Bothelho Junqueira, 2003, 448/9), muestran que el efecto de las mujeres en la magistratura no es perceptible desde el punto de vista del género.

Probablemente entonces, la respuesta a la pregunta sobre las diferencias de género entre los jueces se encuentre a mitad de camino, y como sostiene Deborah Rhode (2003, 7), ellas no deban ser negadas, pero tampoco exageradas.

En todo caso, si de lo que se trata es de incorporar en la Justicia una forma de ver la realidad en que se visibilice el lugar subordinado de las mujeres en las sociedades patriarcales y las modalidades a través de las cuales esto se reproduce, la meta a alcanzar no es únicamente el aumento cuantitativo de la presencia femenina en la Justicia y el efecto simbólico en el sistema democrático (argumento de la representatividad); tampoco reside en la exhibición de un aporte específico femenino que, si existe, aún parece encontrarse bastante aislado en la maraña burocrática forense, no se sabe bien en qué consiste ni cómo medirlo empíricamente (argumento de la diferencia).

La inserción de mujeres en los puestos de decisión judicial es insuficiente para garantizar la incorporación de una perspectiva de género en la resolución de los conflictos jurídicos, porque el reclamo social y feminista es hacia un cambio de actitudes, no de cromosomas (L'Heureux-Dubé, 2001, 30; en Kohen, 2008, 66).

Una mayor representación numérica femenina en la Justicia es importante y necesaria desde el punto de vista de la legitimidad democrática y desde el punto de vista simbólico (efecto de demostración), pero de ninguna manera asegura que los intereses de las mujeres estén mejor representados.

De lo que se trata es de aumentar la presencia de juezas (o jueces) con conciencia de género: jueces que, a partir de una mayor identificación con los temas/problemas de las mujeres, sean capaces, por ejemplo, de considerar en sus fallos el lugar de subordinación femenino dentro de la estructura de poder en las sociedades actuales, y cómo este lugar condiciona las realidades de vida de las mujeres. **Mejor aún: aumentar la conciencia de género no solo en los jueces de manera individual, sino fundamentalmente en las organizaciones judiciales,** transformándolas en organizaciones que proyecten hacia todos los sectores sociales una idea clara de cuál es el rol que varones y mujeres deben cumplir en una sociedad más justa e igualitaria.

6. Bibliografía

Abrahamson, Shirley S. (1998), “Do Women Judges Really Make a Difference? The American Experience”, en Shetreet, Shimon (ed.), *Women in Law*, Londres, Kluwer Law, p. 195-216.

Aliotta, Jilda (1995), “Justice O’Connor and the equal protection clause: a feminine voice?”, en *Judicature*, 78, p. 232-235.

Bergallo, Paola (2006), “¿Un techo de cristal en el Poder Judicial? Selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires”, *paper: Jornada Académica: Ved en trono a la noble igualdad*, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Bothelho Junqueira, Eliane (2003), “Women in the Judiciary: a Perspective from Brazil”, en Schultz, Ulrike y Shaw, Gisela (ed.), *Women in the World’s Legal Professions*, Oxford: Hart, p. 437-450.

Casas Becerra, Lidia, con la asistencia de Leiva García, Carla y González, Juan Pablo Jansana (2007), *La mujer en el Poder Judicial*, Santiago, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (disponible en www.chile21.cl).

Casas, Lidia (2007), “La introducción de argumentos de género en las defensas penales de mujeres”, conferencia presentada en el Taller *La mirada de género en los tribunales de justicia penal*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Cea D'Ancona (1998), *Metodología Cuantitativa. Estrategias y técnicas de investigación social*, Madrid, Síntesis.

Ehrlich, Martin; Jurik, Susan y Jurik, Nancy C. (1996), *Doing Justice, Doing Gender*, California, Sage.

Gastron, Andrea L.; Amante, María Ángela y Rodríguez, Rubén (2008), “Un estudio descriptivo sobre jurisprudencia de género en la Argentina”, en *Revista Científica de UCES* (con referato), Buenos Aires, Vol. XII, N° 2 (e/p).

Gastron, Andrea L. (1993), *Situación actual de la mujer en el Poder Judicial argentino*, Buenos Aires: 1^{er} Premio “Coca-Cola en las Artes y las Ciencias”.

Gastron, Andrea L. (2002), “Vive la différence!?! Mujeres y varones en el Senado de la Nación”, ponencia en la *Jornada Internacional: Globalización y crisis de representación*, La Plata (publicación en CD).

Gilligan, Carol (1985), *La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino*, trad. Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica.

Kenney, Sally J. (2007), “Making the Case for Women Judges”, conferencia “The International Conference on Women in the Legal Professions Law Faculty”, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires (no publicado).

Kohen, Beatriz (2008), *El género en la Justicia de Familia. Miradas y protagonistas*, Buenos Aires, Ad Hoc.

Kohen, Beatriz (2005), “Más mujeres en la justicia: los argumentos más frecuentes”, en *Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires: Academia*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 3-6, p. 331-337.

L'Heureux-Dubé, Claire (2001), “Outsiders on the Bench: The Continuing Struggle for Equality”, en *Wisconsin Women's Law Journal*, 16.1, p. 15-30.

Mac Kinnon, Catharine A. (1995), *Hacia una teoría feminista del Estado*, trad. Eugenia Martín, Madrid, Cátedra.

Malleson, Kate (2007), “La justificación de la igualdad de género en la magistratura: por qué la diferencia no funciona”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 8.1, p. 35-56.

McGlynn, Clare (1998), *The Woman Lawyer making the difference*, Londres, Butterworths.

Menkel-Meadow, Carrie (2002), “Portia in a Different Voice: *Speculations on a Women’s Lawyering Process*”, Ngaire Naffine (ed.), *Gender and Justice*, Washington, Ashgate, p. 341-365.

Morgan, Martha I. (1991), “Juezas en las Américas: Compartiendo perspectivas sobre género y toma de decisiones”, en Tirza Rivera Bustamante (ed.), *Las juezas en Centro América y Panamá. Un enfoque ampliado con los casos de Chile y Estados Unidos*, San José, CR, CAJ, p. 113-123.

Mosher, Frederick C. (1982), *Democracy and the Public Service*, Nueva York, Oxford University Press.

Murphy, Walter F.; Tanenhaus, Joseph y Kastner, Daniel L. (1973), *Public Evaluations of Constitutional Courts: Alternative Explanations*, Beverly Hills, Sage Publications.

Perry, Barbara A. (1991), *A “Representative” Supreme Court? The Impact of Race, Religion, and Gender on Appointments*, Nueva York, Greenwood Press.

Pitkin, Hanna (1967), *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press.

Rhode, Deborah L. (2003), “Gender and the Profession: An American Perspective”, en Schultz, Ulrike y Shaw, Gisela (ed.), *Women in the World’s Legal Professions*, Oxford, Hart, p. 3-21.

Schultz, Ulrike y Shaw, Gisela (ed.) (2003a), *Women in the World’s Legal Professions*, Oxford, Hart.

Shultz, Ulrike (2003b), “Women Lawyers in Germany- Perception and Construction of Femininity”, Schultz, Ulrike y Shaw, Gisela (ed.), *Women in the World’s Legal Professions*, Oxford, Hart, p. 295-321.

Sherry, Suzanna (1986a), “The Gender of Judges”, *Law and Inequality*, 4, p. 159.

Sherry, Suzanna (1986b), “Civil virtue and the feminine voice of constitutional adjudication”, *Vanderbilt Law Review*, 72, p. 543-615.

Undurraga, Verónica (2005), “Acceso a la Justicia cuando las mujeres son víctimas de discriminación”, conferencia “Reunión de expertas y expertos: Una mirada al Acceso a la Justicia en los Países del Cono Sur”, organizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, en el H. Senado de la Nación, Buenos Aires.

Fuentes de información

www.lexisnexis.com.ar. Fecha de captura: Septiembre de 2006 a Abril de 2007.