



La axiología y el género: una apuesta a la disputa respecto de los términos de la ley 23.109

Seminario Final

Nombre: Nicolas Javier Bonahora

DNI N° 38.737.695

Legajo VABG116184

Tutora: Belen Guilli

Tema: Modelo de caso (nota a fallo) – Cuestiones de género

- Fallo: Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social. Sala/Juzgado: II, “Reynoso Alicia Mabel c/ E.N. - Min. de Defensa - Fuerza Aérea Argentina | personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”. 06/05/2021.

Sumario: I. Introducción. II. Descripción de la premisa fáctica, historia procesal y resolución del tribunal. III. Reconstrucción y análisis de la *ratio decidendi*. IV. Marco legislativo, doctrinario y jurisprudencial. V. Postura del autor. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

El tema a partir del cual se dará lugar al presente modelo de caso es la desigualdad en materia de género como causal de negación de beneficios de la seguridad social. En concreto, sobre igualdad de género refiere Facio (2009) al decir que el compromiso con los derechos humanos supone que los Estados asuman obligaciones destinadas a garantizar que las mujeres puedan disfrutar del derecho a la igualdad y no discriminación en el goce de todos los derechos humanos; dado que, mediante la ratificación de los convenios internacionales pertinentes, los gobiernos quedan obligados a respetar, proteger y garantizar o cumplir este derecho.

En el plano del poder judicial, la intervención e interpretación de los instrumentos internacionales de protección a la mujer, permiten que actualmente se esté transitando un cambio profundo en cuanto a la perspectiva de género, y gran parte de ello se debe a la importante cantidad de pedidos de justicia instados por parte de las mujeres que exigen soluciones en condiciones de igualdad (Ibarra, 2021). Entre los instrumentos normativos más destacados en el tema, cabe mencionar que Argentina ratificó e incorporó con rango constitucional (art. 75, inc. 22) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹ cuyas disposiciones aportan -entre otros- un valor trascendental en materia de erradicación y prevención de violencia contra la mujer.

Los compromisos asumidos por el país frente a la lucha por las desigualdades de género, fue lo que más tarde condujo a la sanción de la ley n° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos

¹ Ley n° 23.179. (BO 03/06/1985)

en que desarrollen sus relaciones interpersonales.² Ambos plexos normativos son fundamentales en la creciente lucha en favor de la defensa de los derechos de la mujer, aunque sin embargo, ello no obsta a la persistencia de estereotipos fundados en criterios de desigualdad.

Estas diferencias son las aquí serán puestas en foco al valorar el principio de igualdad ante la ley (art. 16 Constitución Nacional, en adelante CN) pero desde un enfoque de género. En tal caso, esto explicita la necesidad de erradicar estereotipos fundados en la falsa creencia de una jerarquía superior de un sexo respecto del otro. Justamente, ello se hace notar al momento de dilucidar si las mujeres enfermeras que se desempeñaron durante el conflicto bélico del Atlántico Sur, poseen –bajo un estricto plano de igualdad de género- derecho a percibir los beneficios para excombatientes instituidos en la Ley 23.109 y el dec. 1244/98. Es oportuno destacar que la citada norma dispone que los beneficios estarán destinados a ex soldados conscriptos que participaron en las acciones bélicas desarrolladas en el Atlántico Sur entre el 2 de abril y el 14 de junio de 1982.

Estas nociones fueron puestas en tela de juicio en la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social en “Reynoso Alicia Mabel c/ E.N. - Min. de Defensa - Fuerza Aérea Argentina | personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”. 06/05/2021. Su estudio se basa en el pedido de una mujer que se desempeñó como enfermera durante el conflicto de Malvinas, y que solicitó se le otorgue una pensión en calidad de ex combatiente en los términos que prevé la Ley 23.109.

Frente a tales hechos se advierte la existencia de un problema jurídico de laguna axiológica; este tipo de conflictos se da debido a que la solución que prevé cierta norma, “*es inadecuada porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía tener en cuenta*” (Alchourrón & Bulygin, 1993, p. 93). En el caso, esto se observa en el hecho de la mujer actora se enfrenta la dificultad de que se le reconozca su pretensión debido a que el legislador que redactó los términos del art. 1 de la ley 23.109, lo hizo, en principio, para beneficiar únicamente a los hombres (en sentido masculino). De así aceptarse, esto se confrontaría con el principio de igualdad que emana de la CN, pero al mismo tiempo, vulneraría los términos del bloque normativo que propende a la erradicación de estereotipos que afecten los derechos de la mujer.

² BO 14/04/2009

Resta destacar que la relevancia del decisorio puesto en consideración se enmarca en que éste reconoce la viabilidad en el otorgamiento de los beneficios para excombatientes instituidos en la ley 23.109 y el decreto 1244/98, en favor de mujeres. Dicho reconocimiento marca la existencia de un novedoso estándar de juzgamiento que se exhibe en favor de la defensa de los derechos de la mujer y la abolición de estereotipos de género, una cuestión que hasta hace pocos años atrás hubiera sido impensada.

II. Descripción de la premisa fáctica, historia procesal y resolución del tribunal

Tras instar gestiones administrativas que terminaron de modo infructífero, la señora Alicia Mabel Reynoso demandó al Estado Nacional - Min. de Defensa - Fuerza Aérea Argentina con el objeto de que se le reconociera el derecho a percibir los beneficios para excombatientes instituidos en la ley 23.109 y el decreto 1244/98, por su desempeño personal militar en calidad de enfermera de la Fuerza Aérea Argentina, en el Hospital de campaña reubicable de Comodoro Rivadavia, durante el conflicto bélico del Atlántico Sur (Guerra de Malvinas).

En primera instancia, el tribunal de grado negó a la accionante su condición de veterana de Malvinas. El juez *a quo* exigió que la demandante hubiera prestado efectivamente servicios en plena contienda, que hubiera combatido en batalla.

La señora Reynoso apeló la sentencia. Por lo que fue el turno de la sala 2° de la Excelentísima Cámara Federal de la Seguridad Social el expedirse sobre los argumentos de la accionante.

Luego de valorar los elementos vertidos al proceso, y de modo unánime, la Alzada resolvió otorgar el beneficio instituido en la ley 23.109 y el decreto 1244/98, asumiendo que la accionante mujer poseía el carácter de excombatiente por haberse desempeñado en calidad de enfermera de la Fuerza Aérea Argentina durante el conflicto bélico desplegado en la guerra de Malvinas.

III. Reconstrucción y análisis de la *ratio decidendi*

Para así resolver y poniendo como eje la problemática axiológica planteada entre lo normado por la ley 23.109³ y decreto 1244/98, respecto de lo estipulado por la CEDAW y ley 26.485, los jueces asumieron que las exigencias del decreto 1244/98 en cuanto al

³ Ley N° 23.109. Beneficios a ex combatientes, (BO 01/11/1984)

carácter de ex combatiente en acciones bélicas ponía al descubierto un caso de desigualdad normativa.

Este desequilibrio afectaba los derechos de la demandante al impedirle la obtención del reconocimiento, por no haber intervenido directamente en combate, lo cual a todas luces contrariaba las nociones proteccionistas que emanaban de la ley 26.485 que postula "la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género" (art. 2, inc. "e").

Esto además afectaba el principio de igualdad garantizado en el art. 16 de la CN., que debía ser analizado en relación con otras mujeres enfermeras a las que efectivamente se les reconoció la condición de veteranas de guerra por haber cumplido funciones de enfermería a bordo de los buques hospitales. A su respecto la CSJN había sostenido que el principio de la igualdad ante la ley fue precisado como una obligación de tratar legalmente de un modo igual a los iguales en iguales condiciones (CSJN, "Arranz, Pedro Andrés c/ Hearts Corporation", Fallos 222:352, 1985).

En esta inteligencia, la Cámara criticó lo que catalogó como "*un nuevo caso de invisibilización de la mujer en un mundo de hombres, otro intento de escamotearle al género su porción de protagonismo histórico*" (C.N.A.S.S., Reynoso Alicia Mabel c/ E.N. - Min. de Defensa - Fuerza Aérea Argentina | personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg., (2021), Consid. 5°). En este punto, los jueces incluso rememoraron escritos y documentales que daban cuenta del valor de la labor desempeñada por las enfermeras en el campo de batalla.

A partir de cada pieza valorada, los jueces fueron sumamente contundentes en el sentido que debía desenvolverse el final del conflicto suscitado: aplicando perspectiva de género; una herramienta que según los mismos era un paso necesario para evitar que se pensara que solo el combate físico otorgaba a las personas el carácter de excombatiente, respecto de lo que finalmente manifestaron: "*Pensar en un combate físico solamente, y excluir la labor de la enfermera no solo lleva a invisibilizar su contribución al esfuerzo bélico, sino que a su vez prolonga la pervivencia de estereotipos en la sociedad*" (C.N.A.S.S., Reynoso Alicia Mabel c/ E.N. - Min. de Defensa - Fuerza Aérea Argentina | personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg., (2021), Consid. 7°)

IV. Marco legislativo, doctrinario y jurisprudencial

Como se marcó oportunamente la sentencia puesta en consideración adolece de una problemática jurídica denominada laguna axiológica, puesto que lo normado por el art. 1 de la ley 23.109, en principio solo beneficiaría a los varones, lo cual sería contrario al principio de igualdad asumido desde una mirada de género. En este contexto es oportuno tener en cuenta que las lagunas axiológicas se producirían:

...cuando, pese a la existencia en el sistema jurídico de referencia de una solución para cierto caso, tal solución es considerada axiológicamente inadecuada debido a que la autoridad normativa no ha tomado como relevante cierta distinción que debería haber sido tomada en cuenta. (Rodríguez, 1999, p. 349)

Ivanoff (2021) explica al respecto, que tales circunstancias implican que este tipo de procesos sean tenidos como verdaderos “casos difíciles”, dado que éstos constituyen un problema para la justicia puesto que ponen en evidencia la precariedad del sistema, pero también son considerados un desafío para la actividad jurisdiccional, en tanto pueden ser asumidos como una oportunidad para que los jueces demuestren las fortalezas y debilidades de las que está dotado el sistema. *“En casos de esta índole el juez crea derecho a través del dictado de una norma determinada antes inexistente ya que el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva”* (Ivanoff, 2021, p. 28).

De ello se desprende la importancia de analizar el conflicto enunciado con anterioridad. Así puede verse que según la doctrina de Poderti (2010) en lo normado por el art. 1 de la ley 23.109 existe un vacío legal notorio que impactó en la calidad de los beneficios que tendrían que haber gozado rápidamente sus destinatarios puesto que tuvieron participación en la guerra, lo cual se tradujo en una afectación a personas incluidas en un colectivo social altamente vulnerable.

La cuestión en disputa demanda necesariamente comprender que desde el estricto orden constitucional, el principio de igualdad de trato remite a la noción de que este principio parte de una realidad que no es igual, y opera mediante la imposición de un tratamiento igualitario a las personas que se encuentran en iguales circunstancias; una verdadera prohibición general de trato desigual entre sujetos en situaciones iguales (Cerdá Martínez-Pujalte, 2005). En tal caso, su configuración viene a convertirse en una limitación al poder político para evitar discriminaciones arbitrarias (Alonso Regueira, 2013).

En este proceso que implica adoptar criterios de equidad de género hay un elemento que es necesario individualizar, y esto es el efecto de la transversalización de las cuestiones de género sobre cada aspecto de la vida de las personas. En tono con ello, cabe advertir que el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) (2017) tiene dicho que la transversalización del género se traduce en la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación y de oportunidades a todas las políticas públicas de modo tal que se garantice el acceso a todos los recursos en igualdad de condiciones, se planifiquen las políticas públicas teniendo en cuenta las desigualdades existentes, y se identifiquen y evalúen los resultados e impactos producidos en el avance. En tal sentido, es importante tener en cuenta que adosado a una mirada actual de los derechos humanos, el principio de igualdad debe ser empapado de lo que es la mirada de perspectiva de género.

Por ello el respeto del principio de igualdad no escapa a las disposiciones vertidas en el preámbulo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Dicho acuerdo dispone explícitamente que los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

Lo propio aporta la ley 26.485 en tanto postula que todo accionar desplegado por funcionarios y agentes pertenecientes al Estado y que de algún modo obstaculiza o impida a las mujeres el acceso a políticas públicas o a ciertos derechos previstos por ley, debe ser entendido como un acto de violencia institucional contra las mujeres (art. 6, inc. b). Válido es entonces el razonamiento expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Internas de la Unidad n° 31 SPF y otros s/ habeas corpus” (2020) donde un grupo de mujeres privadas de su libertad reclamó la falta de cobro de las asignaciones familiares dependientes de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) por el hecho de estar privadas de su libertad.

En tal sentido, la Corte postuló que el derecho al otorgamiento por parte del Estado de los beneficios de la seguridad social, con carácter integral e irrenunciable, estaba consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Incluso en iguales términos el tribunal hizo también referencia a la situación de violencia institucional desde donde expuso que la condición de mujer privada de libertad no podía ser valorada para la denegación o pérdida de planes sociales, subsidios, servicios o cualquier otro beneficio

acordado o al que tenga derecho a acceder. Esta valoración permite comprender la gravedad de efectuar discriminaciones infundadas y basadas en valoraciones subjetivas y ajenas a los preceptos más fundamentales en los que se erige la ley: la igualdad.

Otro ejemplo interesante en donde se observa una clara antagonía normativa en donde el género es un eje medular de la cuestión, es el registrado en la causa “C. G. E. c/ Caja de Jubilaciones Pensiones y Retiros de Córdoba s/ Amparo ley 4915” resuelta por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Córdoba (2022). Allí, una mujer que fue responsable del homicidio de su esposo solicitó se le otorgue la pensión por fallecimiento del mismo, pero la misma le fue en principio denegada por no cumplimentar con los requisitos establecidos en la Ley N° 8024 en tanto la misma excluye a los causahabientes en caso de indignidad para suceder o por desheredación de acuerdo con las disposiciones del Código Civil (actual art. 2281 del Código Civil y Comercial).

Sin embargo, tras apelarse la decisión de grado, la alzada se expidió a favor de la peticionante luego de afirmar que la aplicación de la causal de exclusión sin considerar el panorama fáctico (esto era, la condición de la actora de mujer víctima de violencia de género) contrariaba las disposiciones de la ley 26.485. Pues esto la colocaba en una situación de ‘hipervulnerabilidad’ que a fin de cuentas justificaba la declaración de ilegitimidad del acto administrativo que rechazó el beneficio de pensión por fallecimiento del cónyuge.

Es oportuno tener presente la necesidad de seguir criterios jurídicos razonables e igualitarios puesto que *“Los estereotipos distorsionan las percepciones y, en la práctica judicial, conducen a decisiones que, en lugar de basarse en los hechos relevantes, se fundan en creencias y mitos preconcebidos”* (Piqué & Pzellinsky, 2015, p. 228). Circunstancia de la cual se torna necesario el deber de enmendar las leyes que contienen disposiciones discriminatorias –ya sea implícitas o explícitas- parece ser un paso necesario para proteger los derechos humanos y promover la justicia y la igualdad de género (Gordon, 2019).

V. Postura personal del autor

Ante la necesidad de valorar la conducta de los jueces en cuanto al modo en que resolvieron la problemática de laguna axiológica fundada en la confrontación entre los términos del art. 1 de la ley 23.109, respecto del principio de igualdad que emana de la

CN así como en relación al bloque normativo que propende a la erradicación de la violencia contra la mujer, es que se parte por subrayar la trascendencia de que el país haya ratificado normas provenientes del derecho internacional tales como la CEDAW.

Desde esta óptica puede asumirse que Argentina es un país cuya legislación vigente implica que sus órganos jurisdiccionales tienen el deber de adoptar las decisiones necesarias -y acordes a cada caso- a los fines de erradicar y subsanar actos de violencia contra la mujer. Ciertamente no se trata de una labor sencilla, puesto que en ello se vincula el lograr adecuar el desarrollo de cada litigio bajo la premisa de las normas que rigen la materia de género.

Así, y con foco en el caso bajo examen, se está en condiciones de asumir que si una norma acaso resulta violatoria del principio de igualdad entre los géneros, no solo viola una disposición de raigambre constitucional (art. 16 CN). También vulnera las máximas que propenden concretamente a evitar que se vulneren los derechos de la mujer.

Esto implica de algún modo tener presente que el compromiso con los derechos humanos que existe a nivel constitucional y convencional supone que los Estados asumen la obligación de garantizar a las mujeres que éstas puedan disfrutar del derecho a la igualdad y no discriminación (Facio, 2009). Lo antedicho recae en las nociones que emanan por ejemplo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW) cuyas disposiciones aportan -entre otros- un valor trascendental en materia de erradicación y prevención de violencia contra la mujer, y en lo normado por la ley 26.485 sancionada con el objeto de dar cumplimiento a los objetivos y compromisos asumidos por el país en la materia.

Así entonces, si se pretendiera aceptar que la ley 23.109 solo puede ser aplicada a los hombres (en sentido masculino) que combatieron durante el conflicto de Malvinas, pero no a las enfermeras que se desempeñaron en dicha labor en el mismo campo geográfico durante aquellos días, se daría lugar a un avasallamiento de los derechos de las mujeres, pues se daría a su trabajo un carácter infra valorado respecto al de sus pares masculinos. Esto debe ser valorado en relación a la postura de aquellos quienes, como Ibarra (2021), plasman la idea de que actualmente se esté transitando un cambio profundo en cuanto a la perspectiva de género, y que en ello lo realmente notorio es la realidad de esta nueva justicia de género exige soluciones en condiciones de igualdad.

Es igualmente propio dejar en claro que el vacío legal que durante mucho tiempo circundó a lo normado por el art. 1 de la ley 23.109, se tradujo en una afectación a personas incluidas en un colectivo social altamente vulnerable, lo que a su vez demanda del reconocimiento de que el principio de igualdad opera mediante la imposición de un tratamiento igualitario a las personas que se encuentran en iguales circunstancias, y que ello –tal y como lo postula Cerdá Martínez-Pujalte (2005)- es una verdadera prohibición general de trato desigual entre sujetos en situaciones iguales.

Así las cosas, y con asiento en la jurisprudencia antes puesta en comentario, es que se cataloga de acertada la decisión adoptada por los jueces como un medio apto para poner fin a la problemática axiológica. Pues tal configuración evita que se genere un acto discriminatorio en contra de la mujer, a la vez que prioriza la adopción de criterios de equidad de género mediante la transversalización de las cuestiones de género sobre la legislación nacional.

VI. Conclusiones

A modo de cierre del tema que motivó a estas páginas, cabe reseñar la trascendencia de la decisión adoptada por los jueces, puesto que esta sentencia constituye un fiel reflejo de una realidad evolucionada del derecho. Mediante esta sentencia (y por más simple que ello parezca) la justicia reconoce la supremacía de la equidad de género en materia legislativa, lo cual sin dudas da cuentas de que este país da muestras reales de estar cumpliendo con las disposiciones que emanan de la ley 26.485 así como de la CEDAW.

El principio de igualdad, así como las nociones de género que propenden a evitar actos discriminatorios contra la mujer, imponen la adopción de medidas consuetudinarias que breguen por tal reconocimiento. Si los jueces no se hacen eco de ello, entonces su accionar es violatorio de las normas antes mencionadas, lo que a todas luces debe ser subsanado.

La transversalización del género se traduce entonces en la llama aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación, pero ello necesita además de una justicia que tenga en cuenta las desigualdades existentes, y se exteriorice mediante decisiones que eviten violar las máximas que imperan en materia de género e igualdad. Sea que se trate de enfermeras o soldados, ambos grupos de individuos son merecedores

de los beneficios impuestos por la ley 23.109, puesto que ambos se encuentran resguardados de modo igualitario y equitativo a los ojos de la ley.

La perspectiva de género no es una moda ni mucho menos una cuestión que pueda ser dejada de lado por tratarse de hechos sucedidos en la historia del país. Muy por el contrario, las cuestiones de género materializan la idea de que se cumple con las disposiciones de la ley 26.485, en consonancia con el principio de igualdad impuesto por la Carta Magna.

Resta entonces poner en claro la necesidad de que los jueces ajusten su accionar al mandato que brega en materia de género, para que sus conductas no impliquen una violación a los derechos constitucional y convencionalmente consagrados. Si bien aún este enfoque se encuentra en pleno desarrollo, lo cierto es que ya existen claras muestras de su reconocimiento a nivel judicial, pues como bien lo afirma la doctrina de Gordon (2019), es necesario enmendar las leyes que contienen disposiciones discriminatorias para así proteger los derechos humanos y promover la justicia y la igualdad de género.

VII. Referencias

Doctrina

- Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1993). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alonso Regueira, E. M. (2013). *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino, 1a ed.* . Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho.
- Cerdá Martínez-Pujalte, C. M. (2005). Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n° 50/51*, pp. 193-218.
- Facio, A. (2009). El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres. *Instituto Interamericano de Derechos Humanos* , pp. 66-80.
- Gordon, E. (2019). Caja de Herramientas de Género y Seguridad. *Género y justicia*, pp. 1-76.
- Ibarra, C. (2021). Reflexiones sobre el derecho a la seguridad social con perspectiva de género. *La Ley*, pp. 25-27.

- Ivanoff, E. (2021). *Lagunas axiológicas en Derecho*. Recuperado el 15 de 06 de 2023, de <http://repositorio.ub.edu.ar/bitstream/handle/123456789/9545/Ivanoff.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Piqué, M., & Pzellinsky, R. (2015). Obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 14, N° 2*, pp. 223-230.
- Poderti, A. (2010). Legislación pos-bélica para los ex combatientes de la guerra de las Islas Malvinas. *V Congreso de las relaciones internacionales*, pp. 1-9.
- Rodríguez, J. L. (1999). Lagunas axiológicas y relevancia normativa. *Universidad Nacional de Mar del Plata*, pp. 348-370.
- UNICEF. (2017). Perspectiva de género. *Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas*, pp. 1-34.

Legislación

Constitución Nacional Argentina

Código Civil y Comercial de la Nación

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), Ley n° 23.179, (BO 03/06/1985).

Beneficios a ex combatientes, Ley N° 23.109, (BO 01/11/1984).

Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Ley n° 26.485, (BO 14/04/2009).

Jurisprudencia

C.S.J.N., "Arranz", (1952).

C.N.A.S.S., "Reynoso", (06/05/2021).

C.A.C.A. de Córdoba, "C. G. E.", (2022).

CSJN, "Internas de la Unidad n° 31 SPF", (2020)