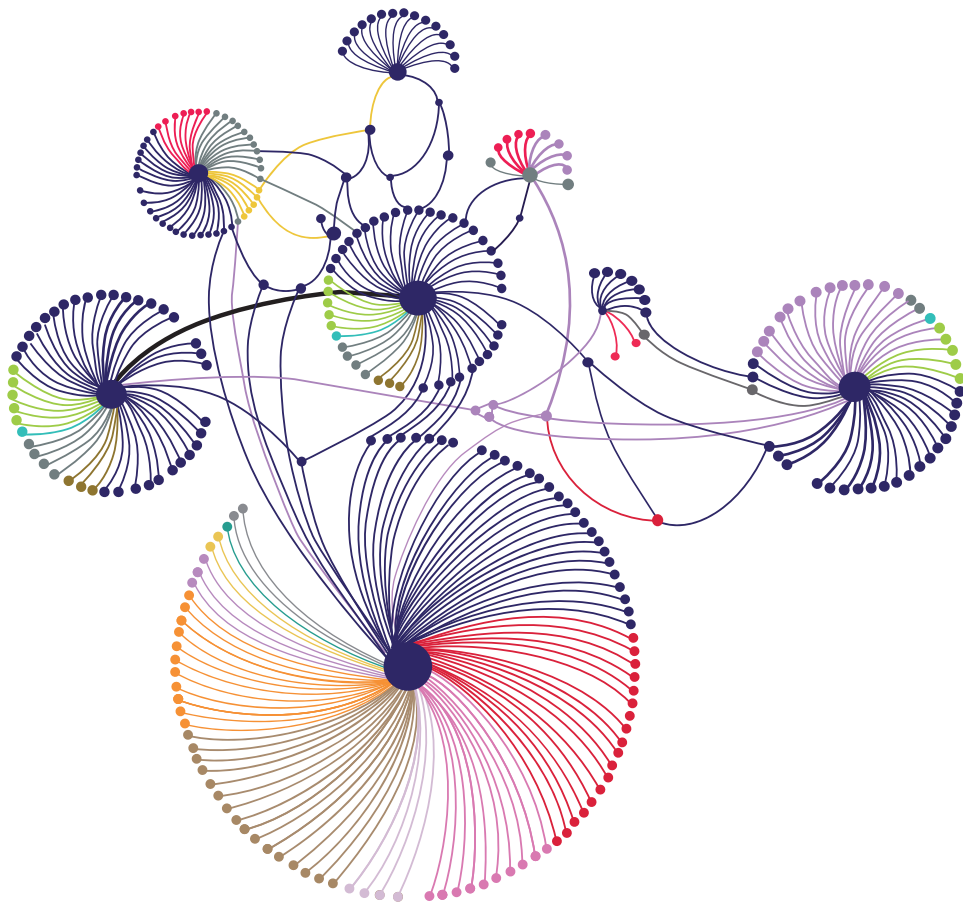


MIRADAS FEMINISTAS SOBRE LOS DERECHOS



Compiladoras **Diana Maffía, Patricia Laura Gómez, Aluminé Moreno**



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura



Miradas feministas sobre los derechos



www.editorial.jusbaire.gov.ar
editorial@jusbaire.gov.ar
fb: /editorialjusbaire
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320



Sello
**Buen
Diseño**
argentino

Miradas feministas sobre derechos / Mario Pecheny ... [et al.] ; compilado por Aluminé Moreno; Diana Maffía; Patricia Laura Gómez; prólogo de Diana Maffía; Patricia Laura Gómez ; Aluminé Moreno. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaire, 2019.
Libro digital, PDF - (Colección Institucional 2019)

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-768-069-0

1. Derecho. 2. Estudios de Género. 3. Feminismo. I. Pecheny, Mario II. Moreno, Aluminé, comp. III. Maffía, Diana , comp. IV. Gómez, Patricia Laura, comp. V. Maffía, Diana , prolog. VI. Gómez, Patricia Laura, prolog. VII. Moreno, Aluminé, prolog.
CDD 346.0134

© Editorial Jusbaire, 2019

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial

Presidenta:

Vanesa Ferrazzuolo

Miembros:

Alberto Maques

Alejandro Fernández

Lidia Ester Lago

Carlos F. Balbín

Silvina Manes

Alejandra García

Editorial Jusbaire

Edición: Martha Barsuglia; Francisco Berreta; María del Carmen Calvo; Analía Córdoba; Daiana Fernández

Corrección: Daniela Donni; Mariana Palomino; Florencia Parodi

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Carla Famá; Esteban J. González

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Saira* del tipógrafo argentino Héctor Gatti para la fundidora Omnibus-Type y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades 2019

Presidente

Alberto Maques

Vicepresidente

Alejandro Fernández

Secretaria

Lidia Ester Lago

Consejeros

Raúl Alfonsín

Silvia Bianco

Vanesa Ferrazzuolo

Anabella Hers Cabral

Darío Reynoso

Marcelo Vázquez

Administrador General

Luis Hernando Montenegro

ÍNDICE

Introducción	
Diana Maffía, Patricia Laura Gómez y Aluminé Moreno.....	11

Capítulo 1. Genealogías y construcción de conocimiento

70 años de <i>El segundo sexo</i> . Algo para celebrar	
María Marta Herrera.....	17
Feminismos en la academia jurídica argentina	
Malena Costa Wegsman.....	33
Juicio a la justicia patriarcal. Hacia una justicia feminista, antirracista, originaria, comunitaria y popular	
Claudia Korol.....	49

Capítulo 2. Igualdad y no discriminación

El Código Civil y Comercial de la Nación - Ley N° 26994.	
Patriarcado, género y derecho	
Nelly Minyersky.....	65
Coparentalidad - (des)igualdad. Hacia un feminismo emancipador en el derecho de las familias	
Marisa Herrera.....	93
El derecho a la vivienda adecuada y las mujeres: tendencias desde el derecho internacional de los derechos humanos	
María Victoria Ricciardi.....	123

Capítulo 3. Reconocimiento de sujetos de derechos y otras formas de uso del derecho

De “CHA” a “ALITT”: una nueva manera de entender el derecho	
Laura Saldívía Menajovsky.....	139
El concepto de travesticidio/transfemicidio y su inscripción en el pedido de justicia por Diana Sacayán	
Diana Maffía y Alba Rueda.....	165

Testigo modesto conoce Hombrehembra: el testimonio experto como medio para la introducción válida del conocimiento situado en los procesos por violencia de género y prejuicio LGBTTTIQ Luciana Sánchez.....	189
---	-----

Capítulo 4. Desafíos jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana

La biotecnología en la esfera reproductiva humana Patricia Digilio.....	209
El Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) en Argentina. Usos, ética y regulación al principio de la vida Lucía Ariza.....	225

Capítulo 5. Debates en torno al aborto

Qué nos dice el debate sobre aborto en 2018 sobre la clase política y el espacio público en la Argentina Mirna Lucaccini, Luca Zaidan y Mario Pecheny.....	245
Buenas prácticas y desafíos en el diseño de marcos normativos respetuosos del derecho de las personas con discapacidad a brindar su consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo Sofía Minieri.....	265
El fallo “F.A.L.” en el debate legislativo sobre aborto: un precedente desaprovechado Felicitas Rossi.....	283

Capítulo 6. Autonomía de los cuerpos y construcción de ciudadanía

Género y bioética. Reflexiones para la construcción de ciudadanía en salud de niñxs y adolescentes trans María Victoria Schiro.....	299
Mujeres bajo custodia médica: derechos, autonomías y violencias Cecilia Canevari.....	317

Capítulo 7. Violencia institucional y violencia de género como cruces peligrosos

La violencia institucional de mediar la supervivencia de la progenie. La Ley N° 13944 y soluciones alternativas a la dignidad humana Sandra Verónica Guagnino	335
Las mujeres en la política: violencia contra las mujeres en lugares de poder Natalia Gherardi y Lucía Martelotte	351
Violencia institucional y violencia de género: articulaciones y debates pendientes Laurana Malacalza	375

Capítulo 8. Trata de personas con fines de explotación sexual

Responsabilidad del Estado y trata de personas Marcela V. Rodríguez	395
A diez años de la Ley de trata: avances y desafíos Soledad de León	413

Introducción

Diana Maffía, Patricia Laura Gómez y Aluminé Moreno

Durante esta última década se han producido cambios notables, tanto en la sociedad como en el Poder Judicial. El movimiento de mujeres se ha erigido en el actor social más visible de la política, el feminismo jurídico ha desplegado un desarrollo y una creatividad notables, la formación en género abarca todas las disciplinas académicas y desde distintas áreas del Estado se promueven políticas públicas y herramientas para producir equidad y acceso a los derechos. Es una ciudad (un país, un mundo) en plena transformación.

Desde el inicio de nuestras funciones en el Observatorio de Género en la Justicia, nos encontramos con ese movimiento generador de oportunidades y decidimos apostar a la incidencia de publicar una colección de reflexiones que nos ayuden a comprender la actualidad. Un libro siempre es un desafío, tanto para quienes lo leen como para quienes lo escriben. Cuando se trata de una compilación, esa apuesta es aún mayor porque se trata de una construcción colectiva entre diferentes cosmovisiones, con la variada multiplicidad de posiciones frente a la construcción de conocimiento, así como del uso del Derecho y de reflexión sobre el ejercicio de los derechos.

Es un desafío intelectual para quienes escribieron cada uno de los capítulos –y para nosotras al concebir este volumen–, organizarlo en secciones temáticas. Las preguntas que orientaron la convocatoria fueron cómo dar cuenta de las interseccionalidades que condicionan el ejercicio de los derechos por parte de distintos sujetos, y cuáles son los debates recientes que tienen lugar a partir del cuestionamiento más intenso del androcentrismo jurídico y la visibilidad de la exclusión de quienes permanecen subalternizados por sesgos de género.

Con este punto de partida, el abordaje de cada uno de los veintiún artículos que estamos presentando aporta análisis críticos e innovadores.¹ Cada uno de ellos está guiado por la necesidad de encontrar herra-

1. Las referencias bibliográficas completas se encuentran a pie de página. En algunos casos los/las autores/as han incluido una sección final de bibliografía citada y consultada.

mientas para un ejercicio más pleno de la ciudadanía en condiciones de igualdad y no discriminación para todas las personas, libre de condicionamientos sexuados en el goce de los derechos. Esta aspiración obedece a que la noción hegemónica de igualdad en nuestro andamiaje jurídico se presenta como igualdad de *iure*, es decir como un reconocimiento formal de los derechos de las mujeres y otros grupos subalternizados, que generalmente no se corresponden literalmente con la vida diaria y en algunas oportunidades, obstaculiza el ejercicio de derechos. Contrariamente a lo que podría suponerse desde una posición de neutralidad valorativa, las diferencias entre las personas no llevan necesariamente a una organización social más rica y diversa a partir de los aportes de todos los sujetos intervinientes, sino que tiene el sentido de una jerarquización masculina que se universaliza y se manifiesta como la organización androcéntrica de las relaciones sociales, es decir, la ubicación de (un cierto tipo de) hombre en el centro/cúspide de las jerarquías.

Esta forma androcéntrica de organización de lo social y lo jurídico excluye especialmente a las mujeres pero no de manera exclusiva, sino que también lo hace con los varones que no forman parte de la hegemonía. Así se conforma un arquetipo viril que se erige como sujeto universal del derecho y se generaliza sin dejar huellas de las contradicciones y exclusiones sobre las que se sostiene. Se define desde el *Andros* de la democracia griega, es decir el varón, adulto, libre, ciudadano, propietario, heterosexual y, actualmente, caucásico, occidental y alfabetizado. El sentido del Observatorio de Género en la Justicia es precisamente investigar las barreras en el acceso a los derechos basadas en el género, y cambiar la mirada androcéntrica de efectores y efectoras de justicia, para garantizar una función de igualdad central en la definición de la condición de ciudadanía.

Nuestra intención es ofrecer un panorama de estos avances para dar a conocer su enorme diversidad. En consonancia con ello, acordamos el respeto por las distintas formas de lenguaje inclusivo y a lo largo de este libro se presentan varias estrategias de uso, cuidando la voluntad de quienes escribieron los artículos. Los análisis presentados se encuentran organizados en ocho secciones que no son exhaustivas ni excluyentes, interactúan en un diálogo intelectual en movimiento y queremos mantener esa vitalidad. Los hemos dividido en: Genealogías y construcción de conocimiento, Igualdad y no discriminación, Reco-

nocimiento de sujetos de derechos y otras formas de uso del Derecho, Desafíos jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana, Debates en torno al aborto, Autonomía de los cuerpos y construcción de ciudadanía, Violencia institucional y violencia de género como cruces peligrosos, y Trata de personas con fines de explotación sexual.

Cada uno de los textos contempla una perspectiva de género, teniendo en cuenta que esta no se circunscribe a distinciones binarias entre varones y mujeres definidos en términos de genitalidad. Cada escrito se inscribe en los profundos cambios que se están registrando en nuestras sociedades, otorgando una nueva dimensión al movimiento feminista, tanto en el plano cultural como en las dimensiones jurídicas y políticas. Estos puntos de partida visibilizan la diversidad de intereses e interpretaciones de distintos sujetos y actores sociales y, lo más importante, dan el puntapié inicial para la discusión sobre el reconocimiento, respeto y articulación de las diferencias. Aquí es donde se presenta el más relevante desafío para la construcción de instituciones democráticas.

Por ello, va nuestro profundo reconocimiento a cada una de las autoras y autores que aceptaron el desafío de reflexionar y compartir sus ideas sobre los derechos y que hacen posible la concreción de este volumen. Su confianza supone un reto de articulaciones y sinergias muy importante. También va nuestro agradecimiento a Celeste Moretti y Roberta Ruiz por el relevamiento y la sistematización de contenidos, y a Juan Manuel Ontivero por su trabajo de edición sobre los textos originales. El compromiso y dedicación que pusieron a lo largo de todo el proceso de compilación, corrección y edición hacen posible este libro. A la Editorial Jusbairens por su respaldo permanente en la difusión del trabajo del Observatorio de Género en la Justicia, y al Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, sus Consejeras y Consejeros, y su Presidencia, por el estímulo durante tantos años para fortalecer una mirada de género y derechos humanos en nuestra justicia local.

Es nuestro deseo que *Miradas feministas sobre los derechos* sea una herramienta para quienes entienden que el *derecho* es lo que está conforme a las reglas, a las normas y a las leyes, como su propia etimología latina lo indica. Pero también para quienes así entendiéndolo, se rebelen cuando esas mismas reglas suponen exclusión, desigualdad o inequidad para los sujetos subalternizados.

Capítulo 1
Genealogías y construcción
de conocimiento

70 años de *El segundo sexo*. Algo para celebrar

María Marta Herrera*

Apenas recibí la invitación a participar en esta compilación, me sentí muy honrada como toda vez que a una le ofrecen el espacio para poder expresarse, y en especial sobre Simone de Beauvoir. Enseguida, cual torbellino de ideas, empecé a pensar con entusiasmo qué iba a escribir de todas mis lecturas y devaneos filosóficos con ella. La euforia me duró poco y una gran duda ocupó su lugar: ¿Cuál era el sentido de escribir sobre los 70 años de la publicación de *El segundo sexo*? Después de todo lo que se había investigado, publicado, ¿qué hay de nuevo para decir? Recordé la resistencia de mis estudiantes cuando compartimos la lectura de esta obra: que su feminismo igualitarista era insuficiente; que no pudo escapar a su condición de clase a pesar de considerarse marxista, que su perspectiva europea no daba cuenta de nuestra realidad argentina y latinoamericana... Pero había, hay una certeza. Me reconozco feminista con todas sus vicisitudes, y entonces, la figura de Simone de Beauvoir se me presenta de forma ineludible para pensar mi genealogía dentro del movimiento.

Según el *Diccionario de uso del español* de María Moliner, conmemorar significa: “Servir para guardar el recuerdo de cierto suceso”. Entonces, va adquiriendo sentido el propósito de conmemorar la publicación de *El segundo sexo* luego de 70 años, ya que la pregunta que articuló toda su obra resurge palpitando con toda vitalidad. ¿Qué es una mujer?, en nuestro presente, en Argentina. La pregunta existencial que todas nos debemos en tanto es por nuestra condición de mujer o sujetos feminizados que somos violentadas, disminuidas, maltratadas, asesinadas en un sistema patriarcal que goza de muy buena salud.

* Especialista en Educación en Géneros y Sexualidades por la Universidad Nacional de La Plata. Profesora en Filosofía por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Docente en ambas universidades. Investigadora en el proyecto *Biopolíticas y violencias: aportes para una filosofía del cuerpo*. Desde 2004, integra el grupo de Estudios de Filosofía Feminista (Fi.Fe). Publicaciones más recientes: *¿Biopoder para dominarte mejor?* (2018), *Cuerpo y libertad en Simone de Beauvoir* (2018), *Amor romántico y monogamia: una conjunción acrílica y peligrosa* (2016), *Avances y retrocesos en el análisis de la violencia contra las mujeres* (2016).

Simone de Beauvoir indicó en su obra la potencia crítica del propio punto de partida que no podemos soslayar en la búsqueda de nuestra libertad, pero a su vez el imprescindible acompañamiento político, colectivo de otras mujeres, quizás también para ella, de algunos varones.

El segundo sexo sigue siendo una herramienta para poder poner en palabras los conflictos que nos atraviesan y que a pesar de los logros alcanzados en derechos y en leyes, el acceso a la educación de todo tipo, la paridad política, etcétera, sigamos constatando la precariedad de la libertad alcanzada, el control sobre nuestros cuerpos sin una educación sexual y sin la despenalización del aborto, los femicidios que no cesan. A pesar de los avances innegables en la condición de las mujeres en estos 70 años, lamentablemente no podemos dar por superados los mecanismos que según Beauvoir hacían de las mujeres *el segundo sexo*.

La idea de inscribir a Beauvoir en una genealogía feminista argentina permite también recuperar una historia y una memoria de mujeres que la leyeron y que vieron profundamente transformadas sus vidas, su manera de comprender su situación. Mónica Tarducci, al cumplirse los 50 años de *El segundo sexo*, quiso recuperar el impacto sobre lo que había significado la lectura de la obra de Beauvoir en los años 50, realizando entrevistas a algunas mujeres de esa época. El testimonio de una de ellas refleja la influencia del libro y nos permite establecer un vínculo con nuestro pasado para poder comprender las luchas de las mujeres que nos precedieron.

Yo tenía desde hace tiempo algo (yo digo que era feminista sin ser feminista). Yo sabía que algo andaba mal. No sólo lo sabía, sino que peleaba por eso, y peleaba mal porque no tenía elementos. Yo ya era feminista, lo que me faltaba era el andamiaje ideológico, y eso me dio Simone de Beauvoir. Por lo menos me dio los parantes para que yo después pusiera los andamios. Cuando yo lo leí, fue como si todo se hubiera ordenado, de repente aquí en mi cabeza, y dije “ah! claro, la cosa es así”. Yo tenía un rompecabezas con este asunto, con las cosas que estaban mal en la política, en la sociedad, en la cultura, en todo... Leerla a Simone fue como si me hubieran corrido un telón, un telón traslúcido (yo veía algo a través de ese telón, pero eran sombras) y de repente, vi todo muy claramente. Me volví loca. Por ahí tengo la primera edición que salió acá, toda marcada...¹

1. Tarducci, Mónica, “¿Pero lo leíste en los cincuentas, o más adelante?: Memorias de la primera edición argentina de *El Segundo Sexo*”, en *Revista Doxa, Cuadernos de Ciencias Sociales*, Año X, N° 20, 1999, p. 7.

Por primera vez, estamos en condiciones de inscribirnos en una, nuestra historia del feminismo con todas sus complejidades, tal como observa Alejandra Ciriza: “no vivimos en un mundo de varones como invitadas especiales, privilegiadas, interlocutoras elegidas, como de alguna manera lo era Beauvoir”,² sino que tenemos gracias a ella y a otras ancestras, pares mujeres con las cuales entrar en diálogo, haciendo más ancho nuestro mundo.

Es decir, nuestros logros del presente no nos pertenecen únicamente a nosotras, sino que hay otras mujeres que nos precedieron, que trataron de dar voz a las opresiones que sufrieron, que al fin y al cabo, con diferentes matices, siguen siendo las nuestras. Honrar sus luchas da sentido a conmemorar los 70 años de la publicación de *El segundo sexo* y a repasar cómo es que se convirtió en un hito fundamental del feminismo.

Haciendo un poco de memoria...

En 1949, Simone de Beauvoir publica *El segundo sexo*. El libro provoca un escándalo entre los circuitos intelectuales, literarios y el público en general. En apenas dos años, había recopilado toda la información de la época que le resultaba pertinente para responder a la pregunta: ¿Qué significa ser una mujer? Pregunta que le resultó hartamente irritante e innecesaria al inicio de su pesquisa, desde el momento en que no pensaba que fuera relevante en tanto intelectual, filósofa, novelista que era. Dicha pregunta surge, como ella misma lo relata en numerosas ocasiones, en el intercambio con Jean-Paul Sartre, su compañero de vida y de sus aventuras intelectuales. Es él quien le señala que a pesar de sus privilegios no ha sido educada como varón. Simone de Beauvoir queda estupefacta frente a ese hecho: vive en un mundo diseñado para y por los varones y en donde las mujeres, no importa su condición social, son *El segundo sexo*.

Durante muchos años se consideró a Simone de Beauvoir como discípula de Sartre, el filósofo y, por lo tanto, quien inspiró y guio a su discípula y ella, en todo caso, “sólo” una novelista. El público en general y el ámbito académico en particular ignoraron la importancia de Beauvoir como pensadora, mientras que sobreestimaron la influencia

2. Grau Olga; Castillo, Alejandra, “Somos herederas de Simone de Beauvoir”, entrevista con Alejandra Ciriza, en *Revista Nomadías*, N° 15, julio de 2012, p. 236.

de Sartre en ella. Si bien a esta altura de las investigaciones han quedado sobradamente probadas la originalidad e independencia del pensamiento de Beauvoir con respecto a Sartre, también quedó manifiesto que, en su caso, se trató de dos filósofos en diálogo cotidiano que intercambiaban sus escritos, se comentaban, y que en numerosas ocasiones dieron cuenta de dicha influencia recíproca, tal como dice Eva Gothlin.³ Es cierto que ambos estaban inspirados en Hegel, Husserl, Heidegger y Marx, pero los entendían y los aplicaron a sus perspectivas de manera diferente. Por ejemplo, Heinämaa⁴ coincide en que Beauvoir no aceptaba convertirse en el filósofo, entendido como un constructor de sistemas, un creador genial que trabaja independientemente de la tradición o contra ella. Para ella la filosofía era búsqueda de la verdad y de sus pruebas. Una manera de interrogarse con los otros. De ahí que se reconociera inscrita en la tradición de Descartes, es decir, en la búsqueda de una filosofía que parte de la propia conciencia en un camino de autocrítica radical, pero que dicho camino no puede ser recorrido en la soledad cartesiana; “pensar no consiste en un monólogo interno, es una cooperación y es pues algo que depende esencialmente de los otros, de sus pensamientos expresados en palabras y en textos”.⁵ Este es el punto de convergencia entre filosofía y literatura que Heinämaa recupera en la autobiografía de Beauvoir: “la filosofía no puede descuidar la experiencia vivida y su expresión a través de la palabra y la escritura que es el único lugar de la trascendencia y la intersubjetividad”.⁶

Entonces, el reconocimiento del pensamiento de Beauvoir cobró un nuevo impulso a partir de los 50 años de la publicación de *El segundo sexo*. Los encuentros académicos y los homenajes se multiplicaron por todas partes, mostrando la vigencia y permanencia de su obra, quizás de manera subterránea pero siempre viva, tanto en el movimiento feminista como en los ámbitos académicos. *El segundo sexo* era y había sido, desde el momento de su aparición, una obra señera para miles de mujeres en

3. Gothlin, Eva, “Beauvoir et Sartre: deux philosophes en dialogue”, en Delphy, Christine y Chaperon, Sylvie (dir.), *Cinquantenaire du Deuxième Sexe, Colloque international Simone de Beauvoir*, París, Eds Syllepse, 2002, pp. 113-120.

4. Heinämaa, Sara, “Les sources phénoménologiques: le corps vécu et ses expressions”, en Delphy Christine y Chaperon, Sylvie (dir.), *op.cit.*, pp. 48-55.

5. *Ibíd.*, p. 55. Las traducciones de los artículos que corresponden al compendio publicado por los 50 años del libro *El segundo sexo* son de mi autoría.

6. *Ídem.*

sus vidas y fuente de inspiración para la construcción de un pensamiento feminista. En efecto, las nuevas lecturas e investigaciones sobre esta obra empezaron a cuestionar la manera en la que había sido invisibilizada la originalidad de su pensamiento e intentando formular algunas interpretaciones al respecto. En este sentido, una de las investigadoras más importantes en lengua castellana es Teresa López Pardina quien, a través de numerosas publicaciones y en su libro *Simone de Beauvoir: Una filósofa del siglo XX*, demostró el carácter innovador del pensamiento beauvoiriano en contraposición al sartriano. Especialmente, las diferencias se vuelven notorias en la comprensión de los conceptos existencialistas de libertad y situación y en cómo repercuten en la noción de sujeto, así como también el concepto de opresión y su relación con el otro/otra. Si se desandan estos conceptos en ambos filósofos, el recorrido es diferente. Sartre señala los problemas y los denuncia; en cambio, Beauvoir propone soluciones, planteando una jerarquía de situaciones, “presentando los flancos de ataque para eliminarlas: el actuar de manera que nuestra acción sea una situación óptima para la libertad de los demás”.⁷ Es decir, según López Pardina, Simone de Beauvoir se nos presenta como una filósofa moral mientras que Sartre lo hace como fenomenólogo.

Por otra parte, su hija Sylvie Le Bon de Beauvoir donó en 1990 los diarios de su madre de 1926 a 1930. Su análisis reveló valiosos antecedentes en su pensamiento que invalidaban la hipótesis de que su filosofía era dependiente de la de su compañero. Recordemos que Beauvoir conoció a Sartre en 1929. Simons, en el Colloque International “Cinquantenaire du *Deuxième Sexe*” organizado por Christine Delphy y Sylvie Chaperon, los sintetiza en cuatro puntos:⁸

1. No es cierto que no estuviera interesada en la investigación filosófica que dejaría sólo a Sartre sino que la filosofía fue el discurso que hiló todas sus investigaciones.

7. López Pardina, María Teresa, “Sobre algunos conceptos de la filosofía existencial en Sartre y en Beauvoir”, en *Actas de V Jornadas de Investigación en Filosofía*, La Plata, 2004. Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.105/ev.105.pdf (fecha de consulta: 18/10/2018).

8. Simons, Margaret, “Sartre est-il vraiment à l'origine de la philosophie du DS?” en Delphy, Christine y Chaperon, Sylvie (dir.), *op.,cit.*, pp. 105-112. En Herrera, María Marta, “Simone de Beauvoir, filósofa: algunas consideraciones” (en Cragnolati, Beatriz y Femenías, María Luisa (comp.), *Simone de Beauvoir. Las encrucijadas del otro sexo*, La Plata, Edulp, 2010, pp. 19-27), se encuentran detallados con mayor profundidad los pasajes mencionados de los diarios de Simone de Beauvoir.

2. El problema de la mujer como lo Otro no es una derivación del problema fenomenológico sartriano del conflicto de sí y del otro, sino algo que desde sus inicios en la filosofía era también su punto de partida.
3. La tesis de que “No se nace mujer, se llega a serlo” sería una ilustración de la afirmación sartriana “la existencia precede a la esencia” queda invalidada en sus afirmaciones sobre la construcción del género, previas a su encuentro con Sartre.
4. La explicación psicológica de las causas de la opresión de las mujeres no es un ejemplo de la noción de *mala fe* de Sartre. Por el contrario, es más bien una posición superadora de dicho concepto.

En este capítulo no podemos dar cuenta de todos los resultados de las investigaciones que han reconocido el valor de su pensamiento, pero sin duda, hoy podemos ver en el tratamiento que tuvo Simone de Beauvoir, en la época de la publicación de *El segundo sexo* y posteriormente, un ejemplo paradigmático de cómo la historia de la filosofía “ubicó” a aquellas mujeres que se atrevieron a incursionar en la filosofía, legitimando la desigualdad entre los sexos y el carácter androcéntrico de este saber. Variadas han sido las estrategias: negar a las filósofas una capacidad racional natural para poder acceder a ella; invisibilizar sus obras en otras artes o en las genealogías tradicionales; apropiarse de sus teorías o ubicarlas siempre por debajo de algún filósofo varón, guía y mentor, nunca superado por ellas.⁹ Nuestra filósofa no quedó exenta de estas estrategias, a pesar de alcanzar la cima, laureándose con honores en la Universidad de La Sorbonne, de manera que las críticas, la recepción de su obra y de su pensamiento y su relación con el pensamiento sartriano constituyen un ejemplo absolutamente vigente de cómo operan la misoginia y el androcentrismo en la filosofía y en la transmisión de su tradición.

9. Romero, Rosalía, “Historia de las filósofas, historia de su exclusión (siglos XV-XX)”, en Puleo, Alicia (ed.), *El reto de la igualdad de género. Nuevas perspectivas en Ética y Filosofía Política*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2008.

Repasando *El segundo sexo*

Como mencionamos al inicio del apartado anterior, Simone de Beauvoir comienza *El segundo sexo* señalando la irritación que le provoca tener que escribir sobre su condición de mujer pues, a pesar de que se ha escrito mucho sobre este tema, pareciera necesario insistir en esta indagación. En este sentido, el epígrafe de Poulain de la Barre al comienzo del primer tomo –quien señalaba, ya en el siglo XVII, que todo lo escrito por los varones sobre las mujeres debe ser objeto de sospecha pues han sido juez y parte del problema– nos da una clave de la perspectiva de Beauvoir. En efecto, la autora, aceptando una tradición filosófica de la que se siente heredera, asume la tarea de mostrar cuál es el problema de la mujer frente a los saberes culturales, científicos, filosóficos que pretenden describir objetivamente el significado del sujeto femenino. Todo *El segundo sexo* es el producto del esfuerzo por desnaturalizar el constructo cultural del *eterno femenino*, es decir, la falsedad de sostener la existencia de una esencia femenina. Y lo hará desde la propia experiencia como punto de partida. En palabras de Beauvoir:

Es significativo que yo lo plantee. A un hombre no se le hubiera ocurrido escribir un libro acerca de la situación singular que ocupan los varones en la humanidad. Si quiero definirme, me veo obligada a decir, en primer lugar, “soy mujer”. Esta verdad constituye el fondo sobre el cual se yergue toda otra afirmación.

En pos de desarmar esta supuesta esencia femenina, analizará los presupuestos que están a la base de diferentes concepciones sobre la mujer. Uno de ellos está sintetizado en su famosa afirmación “No se nace mujer, se llega a serlo”, que pretende desarticular, desde una concepción existencialista, el esencialismo vigente. Es decir, las posiciones esencialistas han defendido la idea de que las mujeres poseen rasgos ahistóricos, eternos, que permiten sostener la existencia de *la femineidad* o *el eterno femenino*. Otro de los presupuestos está sustentado en la falsa creencia en la objetividad del psicoanálisis freudiano mostrando cómo, en realidad, es un producto de la cultura y del saber científico patriarcal imperante. Bajo la presunción de la objetividad científica, el psicoanálisis califica de mujeres *fálicas* o incluso anormales, a todas aquellas que luchan por su libertad y autonomía. Finalmen-

te, desarmará el presupuesto de que los objetivos revolucionarios del marxismo conllevarían a la liberación de las mujeres, mientras que, por el contrario, Beauvoir muestra cómo la revolución del proletariado está también impregnada por la discriminación sexual. No es la misma revolución en sus efectos y en sus beneficios para proletarios o proletarias. Y la Revolución francesa de 1789 o la Revolución bolchevique de 1917 se presentan como ejemplos paradigmáticos de cómo las mujeres asumieron totalmente el compromiso revolucionario para después quedar subsumidas en un nuevo orden, nuevamente patriarcal. Más aún, todas las clases sociales están atravesadas por una división sexual y jerárquica que es necesario revelar y desarmar, si las mujeres pretenden alcanzar su autonomía y su libertad.

Ahora bien, cuando Beauvoir analiza el significado de la afirmación: “Yo soy mujer”, su punto de partida es la distinción biológica de dos sexos.

Y en verdad basta pasearse con los ojos abiertos para comprobar que la Humanidad se divide en dos categorías de individuos cuyos vestidos, rostro, cuerpo, sonrisa, porte, intereses, ocupaciones son manifiestamente diferentes. Acaso tales diferencias sean superficiales; tal vez estén destinadas a desaparecer. Lo que sí es seguro es que, por el momento, existen con deslumbrante evidencia.¹⁰

Es decir, todo cuerpo humano es un cuerpo sexuado. Hay un acento puesto sobre el dato biológico irrefutable del dimorfismo sexual. Para demostrarlo refiere a las evidencias científicas contemporáneas de las modificaciones hormonales en los cuerpos dimórficos.¹¹ Tal posicionamiento le valió posteriormente, a partir de los 70, numerosas críticas en las que, en síntesis, se le acusaba de reproducir el principio de la heterosexualidad obligatoria que está en la base del sistema patriarcal. Pero también es cierto que establece una distinción entre el dato de la biología o de la naturaleza y los modos en los que las diferentes sociedades han interpretado e instrumentado ese dato, convirtiendo esa interpretación en un aspecto esencial. En contraposición a la afirmación de Freud, sostiene que *la naturaleza no es destino* y mucho menos que la naturaleza debiera fundamentar un determinado orden social. Especial-

10. Beauvoir, Simone de, *Le deuxième Sexe*, París, Gallimard, 1949, p. 3 (en castellano: *El segundo sexo*), Buenos Aires, Siglo XX, 1987.

11. Ídem.

mente si ese orden social es injusto y discriminatorio obligando, en este caso a las mujeres, a tareas *pretendidamente naturales* que las privan de su libertad y de la posibilidad de trascendencia. En este sentido, nos interesa señalar cómo Simone de Beauvoir presentó los primeros esbozos de lo que posteriormente se llamó concepto de género –aunque nunca utilizó este término–. Diferenció lo femenino y lo masculino por sobre el sexo-hembra y el sexo-macho respectivamente, es decir, distinguió el dato biológico del cuerpo sexuado de la construcción social, cultural de las representaciones de lo femenino y de lo masculino. Esta estrategia está en la base de la posibilidad de la emancipación de las mujeres puesto que al ser construcciones, estas representaciones de lo femenino y de lo masculino pueden ser cuestionadas y modificadas, a nivel colectivo e individual. Así, Simons¹² observa que en la tesis “No se nace mujer, se llega a serlo”, el género no constituye una naturaleza fija sino un proceso, de manera que queda abierto a la elección individual y a la acción política colectiva y no solamente a la repetición de estereotipos ahistóricos.

La mujer, la Otra/el Otro Absoluto

Otro de los puntos fundamentales y vigentes, hoy día, en sus derivaciones de *El segundo sexo*, radica en la originalidad de Simone de Beauvoir para adaptar los rasgos principales de la dialéctica hegeliana a la relación entre los sexos, es decir, la relación Uno (varón) vs. Otra (mujer). Recordemos que en Hegel el proceso de autoconciencia del hombre en la Historia implica la lucha de la conciencia por el reconocimiento de otra conciencia con la que se enfrenta, originalmente, en igualdad de condiciones. Pero el resultado, azaroso, en la medida en que ninguna de las dos conciencias está determinada para ser vencida, culmina en el reconocimiento del Amo (conciencia vencedora) por el Esclavo (conciencia vencida). Sin la figura del Esclavo, del Otro vencido, no habría posibilidad de alcanzar la conciencia de sí, la conciencia de nuestra realidad humana. Simone de Beauvoir, inscribiéndose en la tradición hegeliana, también sostiene que la categoría del Otro, de la Alteridad es tan fundamental como la misma conciencia.

12. Simons, Margaret, *op. cit.*, p. 107.

No es posible plantear a ningún sujeto sin oposición y espontáneamente como lo inesencial; lo Otro, al definirse como Otro, no define lo Uno, sino que es planteado como Otro por lo Uno cuando se plantea como Uno. Pero para que no se produzca una media vuelta de lo Otro a Uno, es necesario que se someta a ese punto de vista extraño.¹³

Pero, en el caso de la diferencia entre los sexos, el varón se yergue como lo Uno, como el sujeto, el paradigma de lo humano y la mujer como lo Otro, modelo o copia defectuosa aunque necesaria en el proceso de autoconciencia del Uno. Entonces, a pesar del carácter histórico de la construcción de la alteridad, Beauvoir nos muestra cómo la mujer ha sido constituida como un Otro Absoluto; la mujer es lo inesencial frente a lo esencial—el varón—. Todo *El segundo sexo* tiene como objetivo demostrar cómo la mujer se ha convertido en la Otra de manera absoluta y cuál es el origen de una sumisión al varón tan constante y persistente en el tiempo y en diferentes sociedades y culturas.

Ahora bien, no se trata únicamente de representaciones simbólicas de las mujeres, sino de la captación de la materialidad específica de sus cuerpos. La autora sostiene en su obra cómo el ser humano es una conciencia pero en situación, en un cuerpo sexuado. A su vez, advierte que los dos sexos no se expresan en una relación de oposición simétrica: “no es la (relación) de dos electricidades, la de dos polos”.¹⁴ El “hombre” representa a la vez lo positivo y lo neutro. Es el universal en tanto sintetiza la idea de ser humano y, a la vez, la singularidad del varón. Su cuerpo sexuado masculino se yergue como la norma aunque paradójicamente queda invisibilizado. Es decir, por un lado, la experiencia del cuerpo vivido masculino resulta irrelevante para la realización de la autonomía y la libertad del varón; y por otro lado, ese cuerpo masculino se constituye en el modelo normativo. En palabras de la autora:

Toma a su cuerpo como una relación directa y normal con el mundo, al cual cree aprehender en su objetividad, mientras que considera que el cuerpo de la mujer se encuentra como entorpecido por cuanto lo específica: un obstáculo, una prisión.¹⁵

13. Beauvoir, Simone de, *op. cit.*, p. 17.

14. *Ibidem*, p. 14.

15. *Ídem*.

Así, la mujer aparece como lo negativo, como único receptáculo y representación del sexo. La mujer es el sexo para el varón, también de forma absoluta. De manera que la relación entre los dos sexos es claramente una relación jerárquica puesto que la mujer en tanto sexo, objeto, necesita ser gobernada por el varón. El cuerpo de la mujer se presenta como su prisión, no como el fundamento material de la posibilidad de su libertad y de su trascendencia. Esto es a lo que Beauvoir denomina la caída en la inmanencia de las mujeres. No se trata de sostener que las mujeres son frágiles, débiles, emotivas, pasivas por naturaleza, sino de demostrar que *han devenido* tales en la medida que persistentemente están subsumidas al patrón masculino. Parafraseando su famosa afirmación: “No se nace inferior sino que se deviene inferior en virtud de una situación histórica, material, social que sostiene esa inferioridad”.

Sin embargo, las mujeres pueden y deben negarse a ser la Otra. Y aquí aparece el carácter ético de la propuesta beauvoiriana. Desde la perspectiva existencialista, defiende que toda mujer debe asumir su existencia como un/su proyecto, inventando sus propios fines, alzándose como conciencia autónoma y libre, como trascendencia. En tanto ser humano tiene la obligación moral de elegirse en libertad. No puede disfrazar el hecho de que no está determinada y de que sólo es actuando de mala fe como se complace en su papel de Otro en múltiples oportunidades.¹⁶

No obstante, reconoce que no todas las mujeres están en las mismas condiciones materiales e históricas para sobreponerse a su situación de opresión. A través de las páginas de su obra, Beauvoir muta la pregunta inicial sobre lo que significa ser una mujer por: “¿Cómo puede cumplirse un ser humano en la condición femenina?”¹⁷ ¿Las mujeres pueden asumir su existencia, libres? ¿Es posible salir de las garras de la opresión? Nuevamente, su perspectiva desde una moral existencialista hace recaer el peso de la responsabilidad en aquellas mujeres cuya situación histórica y material es mejor, en la medida en que les permite realizar su vida en tanto proyecto, con aquellas otras mujeres oprimidas. Ya no se trata de un proyecto individual sino colectivo.

Siguiendo en la misma perspectiva existencialista, Beauvoir no acepta proponer un programa universal de emancipación para todas las mujeres. No hay un decálogo que cumplir para alcanzar la libertad y la

16. *Ibidem*, p. 21.

17. *Ibidem*, p. 31.

trascendencia propias del ser humano. Pero a su vez, a lo largo del texto, va indicando como imprescindibles la educación en todos los niveles, la igualdad jurídica, la independencia económica con el acceso al trabajo asalariado y el abandono del mandato de la reproducción de la especie, es decir, el control sobre la maternidad. Las mujeres no podrán superar su opresión en la medida en que permanezcan atadas a la maternidad y al cuidado de los niños y de la familia, al ámbito de lo doméstico. Otra vez, tal posicionamiento le ha valido numerosas críticas de diversa índole: el carácter individualista de su postura, el reforzar una división jerárquica de los sexos –en el cual la máxima aspiración es igualarse al mundo masculino de la cultura, de la ciencia de lo público–, su posición de burguesa privilegiada, etcétera. Sin embargo, desde su pensamiento podemos entender que cualquier posicionamiento siempre se realiza en determinadas condiciones históricas y materiales, en *situación*. Cuando Beauvoir escribe *El segundo sexo*, el aborto estaba penado por la ley en Francia, pocas mujeres accedían al trabajo asalariado y eran independientes económicamente de los varones. Es decir, las libertades que fueron alcanzando las mujeres a partir de la segunda mitad del siglo XX fueron expuestas por primera vez por su pluma y su denuncia. En efecto, con el surgimiento posterior del Movimiento de Liberación de las Mujeres (MLF), al cual adhiere y conduce, apoyará por ejemplo el famoso *Manifiesto de las 343 salopes* en 1971 para despenalizar el aborto (lucha que culmina en 1975); o, en 1972, defenderá a una madre juzgada por acompañar a su hija a realizarse un aborto. Su influencia como intelectual comprometida con el MLF fue no sólo vivida públicamente sino que, para algunas teóricas como Galster¹⁸ superó su condición de autora de una obra tan polémica y fundante para el feminismo como *El segundo sexo*. Con esto queremos decir que su proyecto de liberación individual no admitía el abandono de un compromiso colectivo con otras mujeres en condiciones más desventajosas que las suyas. Como bien sostiene Galster,¹⁹ a cada uno/a en función de sus propios presupuestos le corresponde responder a la pregunta sobre si la obra de Simone de Beauvoir le resulta ya superada. En cambio, lo que para esta estudiosa de Simone

18. Galster, Ingrid, “Relire Beauvoir Le Deuxième Sexe soixante ans après”, en *Sens Public, Revue Internationale*, 2013. Disponible en: http://www.sens-public.org/article.php?id_article=1047 (fecha de consulta: 15/10/2018).

19. Ídem.

resulta más interesante a la hora de entender el proyecto de *El segundo sexo* es intentar ver lo nuevo que significó este libro en 1949. Pues allí reside su riqueza y su potencial para entender nuestro presente.

En primer lugar, al separar el sexo biológico del rol social, sostuvo el concepto de la mujer como construcción social, que como ya hemos mencionado anteriormente será varias décadas más tarde llamado “género” por la tradición norteamericana del feminismo. En esta misma búsqueda realizó aportes fundamentales con respecto a los conceptos de lo Mismo y lo Otro.

En segundo lugar, Beauvoir fue la primera en encarar de manera sistemática, como filósofa, el problema de la relación entre los sexos, pero tomando las contribuciones de numerosas disciplinas como la biología, el psicoanálisis, la historia, la sociología, la antropología y así, destacando el carácter multidisciplinar del problema de los sexos.

En tercer lugar, abordó sin ningún tapujo temas como la sexualidad, el aborto, la homosexualidad y la prostitución, mostrando que lo privado era político. Como dice Galster, mucho antes de que esta frase se convirtiera en un slogan del feminismo. Al dar cuenta abiertamente de estas problemáticas (pensemos, por ejemplo, que en Francia la homosexualidad en ese momento era considerada una enfermedad) que correspondían a la esfera privada, suscita un gran escándalo que a ella misma sorprende, pero también introduce estos temas en el discurso público haciéndolos, de esta forma, discutibles, negociables.

Entonces, puede ocurrir que releendo las páginas de *El segundo sexo* encontremos muchos aspectos de la vida de las mujeres superados, mejorados o cuyos análisis resulten insuficientes desde nuestro presente. Aun así, coincidimos con muchas estudiosas en que su obra es el antecedente ineludible de cualquier movimiento de liberación o emancipación de las mujeres a partir de la mitad del siglo XX. El potencial de su crítica no está agotado, nos sigue interpelando: a favor o en contra de esta madre simbólica, como dijera la filósofa española Celia Amorós.

Seguramente, la conmemoración de los 70 años de la publicación de *El segundo sexo* nos encontrará releándolo, y en ese mismo acto, *releándonos* en nuestra praxis, en nuestra teoría feminista, o quizás como lo cuenta Mónica Tarducci, reunidas y descubriéndola por primera vez. En todo caso, espero que no nos deje indiferentes y que, como en cualquier nuevo aniversario, podamos decir: Nuevamente, a tu salud, Simone.

Bibliografía

BEAUVOIR, Simone de, *Le deuxième Sexe*, París, Gallimard, 1949, (en castellano, *El segundo sexo*), Buenos Aires, Siglo XX, 1987.

DELPHY, Christine / CHAPERON, Sylvie, (dir.), *Cinquantenaire du Deuxième Sexe, Colloque international Simone de Beauvoir*, París, Eds. Syllepse, 2002.

GALSTER, Ingrid, “Relire Beauvoir Le Deuxième Sexe soixante ans après”, en *Sens Public, Revue Internationale*, 2013. Disponible en: http://www.sens-public.org/article.php3?id_article=1047 (fecha de consulta: 15/10/2018).

GOTHLIN, Eva, “Beauvoir et Sartre: deux philosophes en dialogue”, en Delphy, Christine et Chaperon, Sylvie (dir.), *Cinquantenaire du Deuxième Sexe, Colloque international Simone de Beauvoir*, París, Eds. Syllepse, 2002.

GRAU, Olga / CASTILLO, Alejandra, “Somos herederas de Simone de Beauvoir”, entrevista con Alejandra Ciriza, en *Revista Nomadías*, N° 15, julio de 2012.

HEINÄMAA, Sara, “Les sources phénoménologiques: le corps vécu et ses expressions”, en DELPHY, Christine / CHAPERON, Sylvie, (dir.), *Cinquantenaire du Deuxième Sexe, Colloque international Simone de Beauvoir, op. cit.*

HERRERA, María Marta, “Simone de Beauvoir, filósofa: algunas consideraciones”, en CRAGNOLATI, Beatriz / FEMENÍAS, María Luisa (comps.), *Simone de Beauvoir. Las encrucijadas del otro sexo*, La Plata, Edulp, 2010.

_____, “Cuerpo y libertad en Simone de Beauvoir”, en CAMPAGNOLI, Mabel / FERRARI, María Luján (comp.), *Cuerpo, identidad, sujeto. Perspectivas filosóficas para pensar la corporalidad*, La Plata, Edulp, 2018. Disponible en: http://www.sens-public.org/article.php3?id_article=1047

LÓPEZ PARDINA, María Teresa, *Simone de Beauvoir: Una filósofa del siglo XX*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 1998.

_____, “Sobre algunos conceptos de la filosofía existencial en Sartre y en Beauvoir”, en Actas de V Jornadas de Investigación en Filosofía, La Plata, 2004. Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.105/ev.105.pdf

ROMERO, Rosalía, “Historia de las filósofas, historia de su exclusión (siglos XV-XX)”, en PULEO, Alicia (ed.), *El reto de la igualdad de género. Nuevas perspectivas en Ética y Filosofía Política*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2008.

SIMONS, Margaret, “Sartre est-il vraiment à l’origine de la philosophie du DS?”, en DELPHY, Christine / CHAPERON, Sylvie, (dir.), *Cinquantenaire du Deuxième Sexe, Colloque international Simone de Beauvoir*, París, Eds. Syllepse, 2002.

TARDUCCI, Mónica, “¿Pero lo leíste en los cincuentas, o más adelante? Memorias de la primera edición argentina de *El segundo sexo*”, en *Revista Doxa, Cuadernos de Ciencias Sociales*, Año X, N° 20, 1999.

Feminismos en la academia jurídica argentina

Malena Costa Wegsman*

Si bien es difícil –y acaso indeseable– precisar un momento fundacional de la vinculación entre el movimiento feminista con el campo jurídico en Argentina, sí es posible registrar las condiciones que propiciaron una especialización hacia los feminismos jurídicos en tanto campo de conocimiento. Sin dudas, la década de 1990 fue clave al respecto. A partir de esa década se produce una progresiva incorporación de la categoría de género al lenguaje normativo a través de una proliferación notable de sanciones legislativas y distintas medidas políticas en materia de igualdad. En estas gestiones políticas oficiales resulta insoslayable advertir la imbricación de los movimientos sociales, no sólo del movimiento feminista sino de tantos otros colectivos militantes, cuyo accionar se define en vinculación con el derecho, produciendo una gran incidencia en la agenda estatal. En tal sentido, para cualquier genealogía de la vinculación de los feminismos con el campo jurídico es ineludible considerar la movilización legal de los colectivos activistas y sus efectos sobre cuestiones políticas, jurídicas y judiciales. Por fin, el ámbito académico se presenta como una pieza clave para una narrativa posible de los feminismos jurídicos en Argentina. En ese ámbito, y en función de los requerimientos de protocolo institucional y fragmentación en ramas del saber, es donde la adjetivación jurídica adquiere mayor sentido.

En efecto, la noción de feminismos jurídicos se formula como traducción de un área de investigación y enseñanza universitaria, los

* Doctora en Estudios de Género por la Universidad de Buenos Aires. Profesora de Filosofía por la misma universidad. Investigadora del Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género (UBA). Integra proyectos de investigación sobre derecho, literatura y feminismos y representación de género en el Poder Judicial. Se desempeñó como docente en universidades nacionales. Realizó estancias de investigación y ofreció conferencias en universidades de América Latina y Europa. Fue becaria del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

Feminist Legal Studies (FLS), gestada en la academia estadounidense hacia la década de 1970. La producción de conocimiento de esta área –publicaciones, cursos, conferencias– se sostuvo en auge hasta fines de los años 90, y sus repercusiones se mantienen vigentes hasta hoy, tanto en sus aportaciones en términos académicos como por sus resonancias en materia judicial. No obstante, en la medida en que ninguna traducción puede concebirse como la conversión plena de significados de una lengua a otra, la apropiación de este término en la academia argentina requiere de una serie de complementos. En primer lugar, esta apropiación es impensable sin tener en cuenta la posición geopolítica de América Latina y los requisitos que la internacionalización del sistema de legitimación académica imponen sobre las periferias para lograr un lugar de enunciación más o menos reconocible.¹ En tal sentido, por lo general, las especializaciones de un área de conocimiento feminista en la academia legal latinoamericana se produjeron no en tanto feminismos jurídicos, sino en términos de género y derecho. En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, tampoco sería adecuado asumir los derroteros de los feminismos en Argentina desestimando las características del medio jurídico local: no sólo la lógica jurídica particular en los modos del derecho continental sino, sobre todo, la tenacidad de los movimientos sociales en la puja por las definiciones legislativas y judiciales, la permeabilidad de las distintas instancias estatales hacia los reclamos y las tensiones sociales por la sanción y aplicación normativa, la particular vinculación de muchas profesionales académicas con organismos del Estado, asociaciones civiles y colectivos activistas. Acaso sea necesario explicitar que en Argentina las intervenciones feministas en el campo jurídico son previas a los requerimientos académicos o necesidades puntuales de cualquier nomenclatura institucional específica.

Este texto tiene como propósito aportar lineamientos generales que abonen a la narración de una genealogía de los feminismos jurídicos en Argentina. Dada la amplitud incontenible del movimiento feminista, me concentraré aquí en un ámbito particular, atendiendo a las repercusiones logradas en las filas de la academia jurídica. Para

1. Falconí Trávez, Diego, "Presentación del dossier: Derecho y Literatura en América Latina", en *Iuris Dictio, Revista de Derecho*, N°18, 2016, pp. 11-16.

esta tarea, me interesa recuperar los derroteros que llevan a la denominación de los feminismos jurídicos, y los efectos de importación o imposición que este nombre implica para la producción de conocimiento regional latinoamericano, escenario de obligada atención de los feminismos argentinos. Por fin, para dar cuenta de algunas especificidades del ámbito nacional, considero importante señalar no sólo las transformaciones que las incursiones feministas generaron con éxito en el ámbito universitario del derecho, sino también, y sobre todo, recuperar limitaciones y malestares con que se encuentran quienes de manera deliberada llevan adelante esos cambios. Para ello, repondré algunas reflexiones a través de las voces de actoras clave y de la observación participante de distintos eventos académicos.

Feminismos y derecho, una relación nada accidental

La referencia a los feminismos jurídicos puede parecer redundante dada la indisoluble vinculación entre el movimiento feminista y el campo del derecho. En efecto, un acuerdo general en la historiografía feminista consiste en señalar al sufragismo como la primera manifestación del feminismo organizado. Se articuló como la lucha por la igualdad de las mujeres en el ejercicio del sufragio, es decir, por la igualdad de derechos políticos para varones y mujeres. En tal sentido, es evidente la relación constitutiva del movimiento feminista con el derecho. Aún más, existe otro acuerdo que consolida esta vinculación. Las acciones por la igualdad de derechos ciudadanos de las revolucionarias del siglo XVIII aparecen en el relato historiográfico como el puntapié inicial de lo que un siglo más tarde se llamará feminismo. En consecuencia, si la lucha por la igualdad en derechos es señalada como la gesta iniciática de este movimiento, la relación consustancial entre el feminismo y el derecho es indudable.

Esa indisociable conexión lleva a preguntarse por el sentido de la adjetivación jurídica. ¿Hablar de feminismos jurídicos no es acaso una redundancia? Después de todo, ¿no se define al movimiento feminista como la lucha por la igualdad? ¿Y no es la igualdad, al menos desde la consolidación de la organización política moderna occidental, un principio jurídicamente regulado, es decir, garantizado por el derecho?

Lo cierto es que desde mediados del siglo XX, como efecto de diversos factores, la producción intelectual, cultural y artística del movimiento feminista comienza a obtener cierto reconocimiento formal por parte de las instituciones del saber. De ese modo, algunos aspectos del pensamiento feminista son tamizados a través de la diferenciación disciplinar académica en campos del conocimiento. Como se menciona más arriba, tal es también el caso del derecho: el área de los feminismos jurídicos se organiza hacia la década de 1970 en distintas universidades estadounidenses, a partir del ánimo de profesoras y estudiantes que insistieron, con perseverancia y vehemencia, en incorporar argumentaciones y estrategias feministas a los programas de estudio en la academia legal.² Al cabo de unos años, de aquel empeño resultó un área de estudios jurídicos especializada, producto, sin dudas, de una serie de condiciones de posibilidad. La legitimidad institucional de los *FLS* es sustentada por la disponibilidad de unos recursos materiales que la acompañan y consolidan. El reconocimiento académico de un área de enseñanza e investigación feminista jurídica se sostiene en la habilitación de espacios físicos, el nombramiento de cargos docentes rentados, un vigoroso y competitivo sistema de circulación de publicaciones, todo lo cual, desde ya, se ve reforzado por el posicionamiento geopolítico del Norte en tanto centro referencial de conocimiento, característica que es más notoria aún en el campo jurídico.

Continuidad y diferencias hacia el Sur

La recepción de elementos de los *FLS* desde los feminismos del Sur no se reduce meramente a una imposición colonialista. El internacionalismo es una de las características más destacables del movimiento feminista, y aunque no siempre es puesto en práctica, se sostiene al menos en el modo de una pretensión. Es probable, entonces, que esa proyección internacional interviniera en la importación de algunos textos ya clásicos de los *FLS* a la región latina del continente. Muchos de aquellos aportes del Norte fueron recogidos por activistas y profesionales del derecho en América Latina, a pesar de las diferencias en las condiciones de producción académica y en la lógica de los sistemas legales.

2. Costa, Malena, *Feminismos jurídicos*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2016.

No obstante, existen otras diferencias ineludibles del campo jurídico latinoamericano que marcan fuertes distancias con las perspectivas estadounidenses. Principalmente, gran parte de la producción política y jurídica en la región latinoamericana se concentra en una noción de justicia asociada con el activismo en torno a los derechos humanos.³ Este rasgo distintivo del derecho y el activismo jurídico latinoamericano se trasluce en los modos del accionar regional feminista y, en consecuencia, en las incursiones feministas en la academia legal.

Por lo demás, pensar los feminismos jurídicos latinoamericanos requiere una tarea ineludible de rastreo y análisis que tenga en cuenta los movimientos de recepción y diferenciación en el marco de las relaciones centro-periferia. Conceptos como transculturación,⁴ heterogeneidad contradictoria⁵ o aprendizaje intercultural⁶ pueden dar cuenta de los esfuerzos de adaptación y sujeción condicionante que caracterizan, desde la conquista europea, a la construcción de pensamiento en América Latina y sus posibilidades de posicionamiento en el ámbito internacional. En todo caso, la apropiación de elementos de los *FLS* ha dado cauce a novedosas epistemologías y materiales de trabajo, favoreciendo propuestas originales que reclaman ser estudiadas en sus particulares circunstancias y taxonomías.⁷

3. Como ejemplo de esta centralidad del discurso de los derechos humanos en el activismo jurídico, cabe destacar la constante iniciativa de demandas presentadas frente a los organismos regionales e internacionales de protección de derechos. Respecto de los vínculos con estos organismos, también es importante subrayar que la categoría de género, clave para el pensamiento feminista latinoamericano, se incorpora en los ámbitos académicos y en el lenguaje normativo –regional, nacional y local– con mayor notoriedad a partir de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, patrocinada por la Organización de Naciones Unidas en 1995, en la ciudad de Beijing.

4. Ortiz, Fernando, *Contrapunteo cubano del tabaco y el azúcar*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1978.

5. Cornejo Polar, Antonio, “Una heterogeneidad no dialéctica: sujeto y discurso migrante en el Perú Moderno”, en *Revista Iberoamericana*, LXII/176-177, 1996, pp. 837-844.

6. Walsh, Catherine, “Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento otro desde la diferencia colonial”, en Walsh, Catherine; García Linero, Álvaro; Mignolo Walter (eds.), *Interculturalidad, descolonización del Estado*, Buenos Aires, Ediciones del Signo, 2006, pp. 21-71.

7. Costa, Malena; Lerussi, Romina, “Los feminismos jurídicos en la Argentina. Notas para pensar un campo emergente”, en revista *Estudios Feministas*, Vol. 26, 2018, pp. 1-13. Ver también Costa, Malena, “El Pensamiento Jurídico feminista en América Latina. Escenarios, contenidos y dilemas”, en *Gênero & Direito*, Vol. 2, 2014, pp. 24-35.

Dentro del continente latinoamericano, Argentina ostenta de manera especial aquella conexión del pensamiento jurídico con el accionar en derechos humanos. En líneas generales, en este país la maleabilidad del discurso legal es aprovechada al máximo por los diversos sectores del activismo político, que intervienen de manera constante y con marcada pujanza, no sólo en las demandas por sanciones legislativas, sino también en los argumentos y la redacción de algunas legislaciones, además de las exigencias para la aplicación de normativas vigentes. Se trata de una característica notable que también se destaca entre los feminismos,⁸ un movimiento cuya particular fuerza expansiva propició la inaugu-

8. Son incontables las iniciativas que, no sólo desde los feminismos, sino también, más en general, desde el amplio movimiento de mujeres y de las disidencias sexuales, se llevaron adelante a favor de la expansión de derechos en Argentina. Un recorrido sobre esas acciones debe remontarse, por lo menos, a principios del siglo XX, Barrancos, Dora, “Mujeres, entre la casa y la plaza”, en revista *Clio & Asociados*, N° 13, Buenos Aires, Sudamericana, 2008; Barry, Carolina, *Sufragio femenino: prácticas y debates políticos, religiosos y culturales en la Argentina y América Latina*, Buenos Aires, Eduntref, 2011; Becerra, Marina, *Marxismo y feminismo en el primer socialismo argentino: Enrique Del Valle Iberlucea*, Rosario, Prohistoria Ediciones, 2009; y considerar, entre otros hitos, el particular arroyo de las agrupaciones de Madres y Abuelas de Plaza de Mayo en su lucha por los derechos humanos durante la última dictadura militar (1976-1982). Puesto que en este texto se destaca la década de 1990 como momento en el que la categoría de género se integra al lenguaje normativo, y para mencionar sólo tres de los vastísimos ejemplos posibles, resalto, primero, la incidencia de colectivos feministas organizados para resguardar derechos relativos a la autonomía de las mujeres en la reforma constitucional de 1994, Gutiérrez, María Alicia, “Mujeres autoconvocadas para decidir en libertad (MADEL): experiencia reciente del movimiento de mujeres”, en Abregú, Martín; Ramos, Silvina (eds.), *La sociedad civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática*, Buenos Aires, CELS-CEDES, 2000; la intervención de colectivos transfeministas en la redacción y sanción de la Ley N° 26743/12 de Identidad de Género, Litardo, Emiliano, “Los cuerpos desde ese otro lado: la ley de identidad de género en Argentina”, en revista *Meritum*, Vol. 8, N° 2, 2013, pp. 227-255 y la imponente fuerza de articulación y propagación del movimiento feminista y de mujeres en la lucha por la práctica y la legalización del aborto seguro y gratuito, Bellucci, Mabel, *Historia de una desobediencia: aborto y feminismo*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2014; Burton, Julia, “Prácticas feministas en torno al derecho al aborto en Argentina: aproximaciones a las acciones colectivas de Socorristas en Red”, en *Revista Punto Género*, N° 7, 2017, pp. 91-111; Socorristas en Red (feministas que abortamos), “Sistematización de acompañamientos Año 2016”. Disponible en: <http://socorristasenred.org/wp-content/uploads/2018/08/Sistematizaci%C3%83%C2%B3n-de-Socorristas-en-Red-2016.pdf>; Vacarezza, Nayla y Zurbriggen, Ruth (en prensa), “La decisión de abortar en el segundo trimestre de embarazo”, en Tena Guerrero, Olivia; Cedeño Peña, Lurel (comps.), *Interrupción del embarazo desde la experiencia de las mujeres*, México DF, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, s/f.

ración de oficinas de diversidad de género en el Poder Judicial.⁹ En el ámbito académico, el pensamiento feminista comienza a oficializarse como corriente de pensamiento sobre todo a partir de la década de 1990, aunque, por lo general, bajo la denominación de estudios de género. En cualquier caso, la incursión feminista en las universidades argentinas se ha sostenido de manera creciente, promoviendo la creación de espacios de investigación, programas de enseñanza y extensión feminista, y protocolos de intervención institucional, a nivel nacional, ante situaciones de violencia, acoso sexual y discriminación de género. En este amplio y activo marco político, con posibilidades y efectos irregulares en función de las marcadas diferencias entre cada punto del país, la praxis jurídica feminista se articula académicamente entre la apropiación de conceptos de los *FLS* estadounidenses y la creación de originales ideas y propuestas de intervención. En lo que sigue, se analizan algunos aspectos de esos aportes e iniciativas locales.

Consideraciones político-epistemológicas

A continuación se presentan algunos aspectos generales de las incursiones feministas en la academia local. Es importante señalar que los análisis ofrecidos responden a un trabajo aun en desarrollo, que pretende servir de base para futuras investigaciones más completas y exhaustivas. En tal sentido, es necesario tener en cuenta que estos aspectos que se presentan a continuación carecen de ciertas voces imprescindibles, las de aquellas profesionales que, sin dudas, han marcado y sembrado un camino de posibles intervenciones feministas en el derecho.¹⁰ Estas apreciaciones son producto del análisis de la observación participante de eventos académicos celebrados entre 2014 y 2016 en distintas universidades y fragmentos de entrevistas en profundidad realizadas a actoras clave, entre 2016 y 2018. Puesto que es la categoría de género la que encuentra mayor legitimidad y visibilidad en las investigaciones y eventos

9. Bergallo, Paola; Moreno, Aluminé, “Capítulo 1: Antecedentes y Contextos”, en *Hacia políticas judiciales de género*, Buenos Aires, Editorial Jusbairens, 2017, pp. 41-66.

10. Bergallo, Paola; Moreno, Aluminé, “Capítulo 2, Semblanzas Pioneras”, en *Hacia políticas judiciales de género*, op. cit., pp 71-92; Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, *Autonomía y Feminismo Siglo XXI. Escritos en homenaje a Haydée Birgin*, Buenos Aires, Biblos, 2012.

universitarios, la selección de espacios y celebraciones académicas se dirigió a la intersección entre género y derecho. El posicionamiento feminista de los ámbitos académicos y de cada docente se indagó en su particular situación. Se realizaron 10 entrevistas a profesionales pertenecientes a escuelas de derecho de universidades nacionales, contemplando su adhesión o compromiso con el feminismo o con la perspectiva de género. En el consentimiento informado se acordó con las entrevistadas la posibilidad de citar las conversaciones dando cuenta de su identidad; no obstante, a los fines del presente trabajo, sólo se indica la pertenencia institucional junto a las iniciales de sus nombres. Por fin, cabe destacar que la investigación que dio lugar a este trabajo responde a un principio de epistemología feminista, según el cual es necesario recuperar la experiencia personal de quienes ocupan espacios y posicionamientos subalternos, para aprender narraciones distintas de las que ya se han contado y para comprender mejor la función de repetición de los cánones legitimados.¹¹ Desde esta premisa, se pretende que las diversas trayectorias no sólo afiancen certezas, sino que también profundicen preguntas impostergables sobre el sujeto de los feminismos, la complejidad de hacer afirmaciones respecto de “las mujeres” y la importancia de encontrar puntos en común sin desatender, a la vez, los fatales riesgos del esencialismo.

Feminismos jurídicos en la academia legal argentina

Como primera observación, respecto de la producción bibliográfica, desde la academia legal argentina no se producen revistas especializadas sobre feminismos o género y derecho. Existen, en cambio, publicaciones de números especiales, compilaciones de capítulos, sobre todo con resultados de equipos de investigación, y algunos libros de autora.¹² Es probable que esto incida en el modo en que las profesionales del derecho se contacten por primera vez con materiales referidos al género y el derecho. El acceso a esos materiales se produce en cursos de posgrado

11. Heilbrun, Carolyn; Resnik, Judith, “Convergences: Law, Literature and Feminism”, en Yale Law School Faculty Scholarship, Series, paper 909, 1990.

12. Costa, Malena, “El Pensamiento Jurídico feminista en América Latina. Escenarios, contenidos y dilemas”, en *Género & Direito*, N° 2, 2014, pp. 24-35.

o en carreras de grado distintas a Derecho, en eventos académicos, en charlas informales o a partir de una búsqueda personal.

... [En el año 1997] en la Facultad de Derecho en la UBA (Universidad de Buenos Aires) no hablaba de feminismo nadie. En un postgrado en [la Universidad de] Palermo leímos a [Catharine] MacKinnon y nunca habíamos leído a una mujer. Te dabas cuenta de que nunca habíamos leído a una mujer en Derecho (PB, profesora de la Universidad Torcuato Di Tella).

Respecto de los contenidos de las carreras de grado, la percepción de fragmentariedad o de carencia de enfoques feministas es unánime. Esta percepción es concordante con la advertencia del lugar secundario de los estudios de género en sentido amplio.

“... En casi todas las universidades del país, los estudios de género son siempre materias optativas o electivas y cursos de postgrado” (DZ, profesora de la Universidad Nacional de La Pampa).

Se advierte también una falta de contenidos en relación con normativas internacionales que son parte del articulado constitucional e, incluso, una insuficiencia en la formación sobre derechos humanos en general.

“En las Facultades de Derecho nadie te explica la *CEDAW* (*Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*) si no es un caso específico” (DH, profesora de la Universidad Nacional de Río Negro).

“Derecho acá es lamentable [...] la verdad es que tiene un empobrecimiento [...] de las temáticas de Derechos Humanos, de género” (AA, profesora de la Universidad Nacional de Rosario).

La inclusión de estos temas y enfoques depende en gran medida de la decisión y la voluntad de cada docente.

“En Derecho [...] es un trabajo totalmente *ad honorem* [...] es todo a pulmón” (AA).

Y de la suerte de cada profesional.

“No hay presupuesto en los programas, todas comentamos que hacemos las cosas de manera absolutamente voluntaria” (DZ).

La ausencia de contenidos relativos a los estudios de género en los programas de las facultades de Derecho es vinculada con un descrédito institucional por parte de los organismos de evaluación y legitimación del conocimiento universitario y, también, de las autoridades de

la academia legal. A su vez, se advierte cierta reticencia o resistencia por parte de estas instituciones para aceptar el rótulo “feminismos”. Algunas profesionales encuentran necesario suplir esa denominación por otra que resulte más aceptable.

Quizás no con el nombre “feminismo”, más “estudios de la mujer”, “estudios de género”. Por eso yo insisto con la palabra feminismo. Por eso hacemos un postgrado de Género y Derecho en la Facultad de Derecho, pero al panel le puse “Perspectivas feministas” (DM, Directora del Programa Género y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires).

Con relación a los motivos de esa marginación o desconocimiento institucional, aparecen varias conjeturas. Una se vincula con el (no) reconocimiento del feminismo en tanto saber académico. También se consideran posibles reacciones frente a la ignorancia de los estudios de género, que se evidencia en cierto recelo institucional frente a un enfoque que demanda la revisión de aspectos de la vida allende la profesión jurídica y el ámbito universitario.

Interpela de una manera muy particular la cuestión de género, la cuestión sexogenérica. Entonces también molesta y también surgen algunas resistencias, o que esos temas no son relevantes, o que son del ámbito privado [...] Y eso también plantea un desafío (DZ).

A pesar de que en los últimos años se produjo cierto incremento en las publicaciones sobre género y derecho y feminismos jurídicos, junto con una expansión legislativa e institucional en materia de igualdad de género, acompañado todo esto de una amplísima movilización en torno a distintos posicionamientos feministas, la inclusión de esos contenidos en el ámbito académico legal continúa siendo dispersa y marginada. Aun así, en las opiniones de las entrevistadas tampoco se pretende una inclusión curricular de temas y enfoques sin más. Por el contrario, hay algo de la lógica académica que se opondría a ciertos principios feministas y que, incluso, atentaría contra su potencial transformador.

Porque yo creo que eso fue una pérdida de los estudios de género en la universidad: “transformarse en un canon, dejar de molestar, incluirse en los mismos criterios de evaluación” (DM).

En tal sentido se evalúan los límites de cierto feminismo que hoy cuenta con legitimidad académica.

Un feminismo más institucionalizado que responde de alguna manera a esas denominaciones que lavan un poco el discurso [...] una puja por estas dos visiones de las teorías de género y lo que es el feminismo en sí como postura política, ética (VS, profesora de la Universidad Nacional de La Plata).

Ese reparo en cuanto a los efectos de la institucionalización se relaciona con un postulado feminista que reconoce la inevitable vinculación entre derecho y política. Sobre la politicidad del derecho existe un absoluto consenso por parte de las entrevistadas. Y esto plantea grandes desafíos para la epistemología jurídica dominante en el ámbito académico, basada en un principio de verdad objetivista.

“No hay tal cosa como un derecho que sea neutral, que sea académicamente objetivo, que busque la verdad” (PB).

De ese postulado sobre la politicidad del derecho se infiere también la comprensión del hacer académico como un posicionamiento político. Del mismo modo, se entiende la convicción de que el hacer académico y activista están o podrían o deberían estar en virtuosa articulación.

[La relación entre el campo académico y el activismo] debería funcionar como una especie de retroalimentación. El activismo se puede alimentar de lo que produce la academia [...] por eso desde la academia se tiene que pensar para qué se hace lo que se hace (VC, profesora de la Universidad Nacional del Litoral).

Las concepciones que las entrevistadas sostienen sobre el derecho también se relacionan con esa convicción de interdependencia entre lo jurídico y lo político. En general, el derecho es concebido en tanto una herramienta “del cambio social” (VC); “de lucha contra las injusticias” (DH) o “contra las desigualdades” (VS) o que “con otras transforma mejor la realidad” (PB).

Por fin, respecto de una posible agenda, se advierten algunos temas relevantes para la trama de intervenciones feministas en el campo académico jurídico argentino. En el plano de la reconstrucción teórica se considera importante puntualizar corrientes jurídicas y del pensamiento político heredadas por los feminismos locales. Esta tarea se suma a un objetivo más amplio de construcción de genealogías políticas, jurídicas y epistemológicas feministas en Argentina y en América Latina que permitan distinguir las tradiciones regionales en una pers-

pectiva de colonial, recuperando y visibilizando conocimientos locales distintos de aquellos de las herencias europeas. Se señala también la necesidad de afianzar las diversas redes entre sectores activistas y la institución académica y judicial en función de reforzar las posibilidades de incidencia, legitimidad y diversificación de recursos.

La educación legal es otro asunto que demanda una especial atención por parte de las profesoras del derecho. Se considera qué aspectos de la práctica docente pueden transformarse a través de las especificidades de la enseñanza legal feminista. En este sentido, un problema que emerge con insistencia es la marcada jerarquía que caracteriza a los espacios de enseñanza del derecho, la cual se ve afianzada por ciertas demandas protocolares que deben cumplirse durante la cursada, como la vestimenta. Este requisito, que en general se impone de manera tácita, es además señalado como un eje clave en el recrudescimiento de los modelos del binarismo sexogenérico heterosexista y de ciertas pretensiones de estatus social ligadas a la práctica de la abogacía.

Los mecanismos de intervención en el marco normativo internacional y regional latinoamericano son otra instancia estratégica dentro de la formación de la práctica jurídica feminista. En efecto, desde Argentina, son habituales las presentaciones frente a los órganos de control del derecho internacional y regional (como, por ejemplo, los “informes sombra” al Comité de la *CEDAW* o los informes al Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará), como parte de la movilización legal en torno a la igualdad de género, los derechos de las mujeres y de las personas disidentes sexuales.

Resistencia y creatividad

Durante los últimos años el activismo feminista en Argentina se ha expandido y diversificado. Tras mucho tiempo de organización sostenida, que puede rastrearse por lo menos desde comienzos del siglo XX, el retorno a la democracia abrió nuevas posibilidades para hacer frente a las distintas demandas y, sobre todo, para proponer formas creativas de articulación. Las conquistas legislativas (cuotas femeninas, educación sexual integral, matrimonio igualitario, identidad de género); los Encuentros Nacionales de Mujeres –que a partir de 2019 serán plurina-

cionales, y cuyo sujeto se debate para referir también a las compañeras lesbianas, bisexuales, trans y travestis que hace años participan en ellos–; la lucha contra las violencias, que devino en una masificada movi- lización a través del colectivo NiUnaMenos; la numerosa adhesión a los paros internacionales de mujeres; la sostenida lucha por la legalización del aborto, cristalizada a fines de la década de 1980 en la Comisión por el Derecho al Aborto y organizada a comienzos del siglo XXI como la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito; y la enorme difusión y adhesión que esa lucha generó a través de las in- tervenciones en las sesiones preparativas para el debate parlamentario. Todas estas formas de propagación no sólo consolidan las agrupacio- nes existentes, sino que además posibilitan novedosas maneras de in- tervención en todos los ámbitos públicos. La extensión que adquirieron los distintos sectores feministas en estos años también habilita posibi- lidades en el plano académico jurídico: en la conformación de distintas perspectivas de enseñanza, en la ampliación de los enfoques epistemo- lógicos, en la radicalización de las críticas al derecho y en la proyección de nuevas alternativas jurídicas.

La imaginación feminista interpela al derecho en cuestiones cuya regulación excede la lógica jurídica –la probatoria en delitos contra la integridad sexual, la prevención y resolución de las violencias–; en asuntos para los que, aun con posibilidades de intervención, el dis- curso del derecho permanece inmovible –el reconocimiento del valor del trabajo invisible–; y en la creación de intervenciones lega- les en aquellos casos en que la irregularidad se impone por sobre los derechos fundamentales –la articulación de redes de información y acompañamiento para la práctica de abortos seguros–. En tal sentido, el accionar feminista jurídico se fortalece no sólo en la academia –a través de las cátedras con contenidos alternativos, programas de ex- tensión y revitalizadas agrupaciones estudiantiles–, sino también en las calles y, en los últimos tiempos, además, en los medios masivos de comunicación. Los límites del derecho son así puestos en cuestión no sólo para exigir canales institucionales que confronten y resuelvan las diversas problemáticas, sino que, también, desde el accionar feminis- ta se elaboran novedosas respuestas que a través de la lucha abren es- pacio a los deseos de las subjetividades subalternas. Este diverso arco de acciones evidencia la maravillosa capacidad de construir acuerdos

sin necesidad de compartir las mismas exactas perspectivas sobre el derecho, las leyes, el Estado o sobre aquellas experiencias que identificamos como feministas.

En Argentina, el movimiento feminista protagoniza hoy una lucha férrea y masiva. A través de las acciones en diversos planos de intervención, no sólo se exige el cumplimiento e implementación de derechos, sino que además se ensayan formas de organización y encuentro colectivo que subvierten los habituales modos jerárquicos de hacer política. Esta corriente de transformación se extiende también a los espacios universitarios y, entre ellos, a las escuelas de derecho. Allí, las profesionales y docentes feministas encuentran hoy la oportunidad de apoyar y acompañarse con la fuerza de transformación estudiantil que pide conmover los presupuestos androcéntricos y colonialistas de los programas curriculares, así como las relaciones de poder dentro de las aulas.

Bibliografía

BARRANCOS, Dora, “Mujeres, entre la casa y la plaza”, en revista *Clio & Asociados*, N° 13, Buenos Aires, Sudamericana, 2008.

BARRY, Carolina, *Sufragio femenino: prácticas y debates políticos, religiosos y culturales en la Argentina y América Latina*, Buenos Aires, Eduntref, 2011.

BECERRA, Marina, *Marxismo y feminismo en el primer socialismo argentino: Enrique Del Valle Iberlucea*, Rosario, Prohistoria Ediciones, 2009.

BELLUCCI, Mabel, *Historia de una desobediencia: aborto y feminismo*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2014.

BERGALLO, Paola / MORENO, Aluminé, “Capítulo 1, Antecedentes y Contextos”, Capítulo 2, Semblanzas Pioneras”, en *Hacia políticas judiciales de género*, Buenos Aires, Editorial Jusbairens, 2017.

BURTON, Julia, “Prácticas feministas en torno al derecho al aborto en Argentina: aproximaciones a las acciones colectivas de Socorristas en Red”, en *Revista Punto Género*, N° 7, 2017.

CORNEJO POLAR, Antonio, “Una heterogeneidad no dialéctica: sujeto y discurso migrante en el Perú Moderno”, en *Revista Iberoamericana*, LXII/176-177, 1996.

COSTA, Malena, “El Pensamiento Jurídico feminista en América Latina. Escenarios, contenidos y dilema”, en *Gênero & Direito*, 2, 2014.

—————, *Feminismos jurídicos*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2016.

COSTA, Malena / LERUSSI, Romina, “Los feminismos jurídicos en la Argentina. Notas para pensar un campo emergente”, en revista *Estudios Feministas*, Vol. 26, 2018.

EQUIPO LATINOAMERICANO DE JUSTICIA Y GÉNERO, *Autonomía y Feminismo Siglo XXI. Escritos en homenaje a Haydée Birgin*, Buenos Aires, Biblos, 2012.

FALCONÍ TRÁVEZ, Diego, Presentación del dossier: Derecho y Literatura en América Latina”, en *Iuris Dictio Revista de Derecho*, 18, 2016.

GUTIÉRREZ, María Alicia, “Mujeres autoconvocadas para decidir en libertad (MADEL): experiencia reciente del movimiento de mujeres”, en Abregú, Martín y Ramos, Silvina (eds.), *La sociedad civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática*, Buenos Aires, CELS-CEDES, 2000.

HEILBRUN, Carolyn / RESNIK, Judith, “Convergences: Law, Literature and Feminism”, en Yale Law School Faculty Scholarship Series, paper 909, 1990.

LITARDO, Emiliano, “Los cuerpos desde ese otro lado: la ley de identidad de género en Argentina” en revista *Meritum*, Vol. 8, N° 2, 2013.

ORTIZ, Fernando, *Contrapunteo cubano del tabaco y el azúcar*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1978.

SOCORRISTAS EN RED (FEMINISTAS QUE ABORTAMOS), “Sistematización de acompañamientos Año 2016”. Disponible en: <http://socorristasenred.org/wp-content/uploads/2018/08/Sistematizaci%C3%83%C2%B3n-de-Socorristas-en-Red-2016.pdf>

VACAREZZA, Nayla / ZURBRIGGEN, Ruth (en prensa), “La decisión de abortar en el segundo trimestre de embarazo”, en TENA GUERRERO, Olivia / CEDEÑO PEÑA, Lurel (comps.), *Interrupción del embarazo desde la experiencia de las mujeres*, México DF, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, s/f.

WALSH, Catherine, “Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento otro desde la diferencia colonial”, en WALSH, Catherine / GARCÍA LINERO, Álvaro / MIGNOLO, Walter (eds.), *Interculturalidad, descolonización del Estado*, Buenos Aires, Ediciones del Signo, 2006.

Juicio a la justicia patriarcal. Hacia una justicia feminista, antirracista, originaria, comunitaria y popular

Claudia Korol*

Introducción

Entre el 15 de octubre de 2017 y el 30 de junio de 2018, las Feministas de AbyaYala realizamos un proceso político pedagógico de enjuiciamiento a la Justicia Patriarcal. El objetivo era visibilizar colectivamente las modalidades de actuación de la “Justicia” que, fundamentadas en las lógicas occidentales del “Derecho”, niegan derechos –incluso los que las leyes ya han reconocido como tales– y refuerzan las violencias machistas, racistas, clasistas, coloniales, patriarcales, contra mujeres, lesbianas, travestis, trans, bisexuales y disidentes del heteropatriarcado.

Feministas de AbyaYala es una red de colectivas del continente, que articulamos nuestras luchas, nuestras miradas del mundo, a partir del eje de la defensa de cuerpos, comunidades, territorios, y de la vida misma. En nuestras experiencias diversas, como trabajadoras, campesinas, indígenas, negras, migrantes, personas precarizadas de muchos modos, cuidamos las semillas, la tierra, los ríos, los bosques, las lagunas, las montañas, los cuerpos de mujeres, niñas, niños, la vida colectiva de las comunidades. Traemos en la mirada y en la memoria la luz de las hermanas caídas en más de cinco siglos de resistencias al colonialismo y a las distintas opresiones y violencias con las que se

* Educadora popular. Integra el Equipo de Educación Popular Pañuelos en Rebeldía, la red Feministas de AbyaYala, y GAFA (Grupo de Acción Feminista y Antipatriarcal) de CEAAL (Consejo de Educación Popular de América Latina y el Caribe). Autora de *Rebelión, reportaje a la juventud chilena*; *Diálogo con Gladys Marín*; *Caleidoscopio de Rebeldía*; *Somos Tierra, Semilla, Rebeldía: mujeres, tierra y territorio en América Latina*; *Las Revoluciones de Berta*, y varias compilaciones sobre feminismos populares, pedagogía feminista y educación popular. Conduce el programa radial *Espejos todavía* (junto a Liliana Daunes) y el programa radial *Aprendiendo a volar*.

sostiene un sistema patriarcal, racista y capitalista. Defendemos los saberes ancestrales necesarios para cuidar la salud, la alimentación, las espiritualidades, para enfrentar al poder y reinventar la vida que nos arrebatan y degradan. Construimos autonomía alimentaria, autonomía territorial, autogestión de las semillas, descolonización de nuestras sexualidades, de nuestros saberes, de nuestras emociones, para afirmar la autonomía de nuestros cuerpos y de nuestras vidas.

Nos asumimos plurinacionales, lo que significa reconocer que los Estados Nación son producto de siglos de colonialismo impuesto a través de sucesivos genocidios de los pueblos originarios, de los pueblos negros esclavizados, de las trabajadoras y trabajadores anticapitalistas, de los pueblos antimperialistas, de las y los militantes revolucionarios. Esos genocidios fueron y siguen siendo acompañados de etnocidios, femicidios, ecocidios, y epistemicidios. La larga historia de colonialismo y su saga de violencias continúa hoy con la criminalización de los pueblos y especialmente de las mujeres originarias y negras que están al frente de las luchas emancipatorias. Berta Cáceres en Honduras, Macarena Valdés en Chile, Marielle Franco en Brasil, Juana Ramírez en Guatemala, son algunas de las muchas luchadoras que estamos doliendo y sembrando como pasión y como horizonte de no resignación.

En nuestra perspectiva política pedagógica se encuentra el respeto y el reconocimiento a los saberes existentes en las distintas cosmovisiones y culturas, el diálogo de saberes que permite tejer puentes entre nuestras experiencias, la relación teoría-práctica, la educación popular, la pedagogía feminista y antirracista.

Es desde estas definiciones básicas que iniciamos el proceso de juicio a la justicia patriarcal. Se constituyó para ese desafío un Tribunal Ético Popular Feminista, integrado por mujeres de diversas procedencias, activismos y experiencias. Los objetivos del Tribunal eran sistematizar las denuncias que se fueran presentando, realizar una devolución a las mujeres que llegaban a las audiencias, que tuviera un doble sentido: que pudiera contribuir a releer la situación dolorosa que viven, no como una desgracia individual sino como parte de un sistema de opresión que tiene un eslabón decisivo en el sistema de justicia, y que resultara, por lo tanto, un momento “sanador” para mujeres que no fueron escuchadas y fueron sistemáticamente maltratadas y revictimizadas al llevar sus situaciones a los tribunales. Estos dos

objetivos se fueron concretando en cada audiencia. En la última sesión del Tribunal, el objetivo fue crear en un diálogo entre todas una sentencia que sintetizara las lógicas violentas que se fueron visibilizando a lo largo de todo el proceso, y realizar una reflexión sobre estas que considerara las voces y miradas teóricas, académicas, las perspectivas del activismo feminista y de derechos humanos, así como las distintas cosmovisiones de mujeres de pueblos originarios, de mujeres negras y afros, que aportaron otras memorias del colonialismo.

Los tres días de reunión del Tribunal resultaron de una gran intensidad de intercambios, y dieron como producto una sentencia, que no es un final de esta experiencia, sino la apertura de un nuevo ciclo del tribunal, que seguirá denunciando las prácticas y concepciones de la violencia patriarcal y aportando a imaginar y pensar caminos hacia una justicia feminista, antirracista, originaria, comunitaria y popular.

La mayoría de las 14 audiencias se realizaron en plazas públicas (el Ágora feminista), como un modo de hacer visible que los territorios en los que transcurren nuestras búsquedas de justicia se encuentran muy seguidos en la intemperie. Los grandes edificios llamados Tribunales, inmensos y oscuros, llenos de pasillos que no conducen a territorios de libertad sino de penas para las condenadas de la tierra, son lugares dolorosos para quienes encontraron en ellos maltrato, poca o nula escucha, y nada de cuidado.

La primera audiencia fue en el marco del Encuentro Nacional de Mujeres de Resistencia, Chaco. Las 13 audiencias restantes fueron rotando en distintas localidades, ciudades y países, como Montevideo (Uruguay), CABA, Rosario, Guernica (provincia de Buenos Aires), Lago Puelo (Chubut), Asunción (Paraguay). También en lugares y momentos emblemáticos como la estación Avellaneda un 26 de junio –en el marco de las actividades que recuerdan el crimen de los jóvenes piqueteros Darío Santillán y Maximiliano Kosteki–, o en la Plaza de Mayo el 3 de junio –en las horas previas a la movilización de las mujeres para exigir Ni Una Menos–, o el 28 de junio –cuando se movilizaban las travestis para gritar contra los travesticidios–.

En las sucesivas audiencias, víctimas directas, o familiares y amigas de las víctimas presentaron sesenta casos emblemáticos en los que la Justicia Patriarcal legitimó y justificó violencias y crímenes cometidos por el poder machista, racista, y clasista.

Los ejes en los que se organizaron las denuncias fueron:

1. Desaparición de adolescentes y jóvenes: se presentaron los casos de Maira Benítez, la desaparición de adolescentes y jóvenes en Bajo Flores y Lugano, Otoño Uriarte, Diana Colman, Johana Ramallo, Melina Romero, Araceli Funes, Lucía Pérez, Analía Oliveira, Rosalía Jara, Meliza Fleitas.
2. Femicidios y sobrevivientes de femicidios: Rocío Segovia y su hija Génesis, Vanesa Celma, María Isabel Pilco - Bolivia, Juana Mariela Fernández, Giselle Gil, Laura Iglesias, Sandra Gamboa, Yanina Olmos.
3. Femicidios territoriales, femicidios políticos, femicidios de Estado: Bertha Cáceres - Honduras, Niñas de Guatemala quemadas vivas en el Hogar Seguro, Macarena Valdés - Chile, Sakine Cansiz, Fidan Dogan, Leyla Saylemez - Kurdistán (asesinadas en París), Marielle Franco - Brasil, María Ester Riveros - Paraguay.
4. Travesticidios y transfemicidios: Diana Sacayan - Argentina, Mariana Sepúlveda - Paraguay.
5. Criminalización de defensoras de territorios y tierra: Elvira Sánchez - Chile, Lolita Chávez, Telma Iris Pérez, Angélica Choc y defensoras en Guatemala, Ivana Huenelaf - Mapuche - Argentina, Soraya Maicoño, mujeres y niñxs mapuche - Argentina, Curuguay: Lucía Agüero, Dolores López, Fanny Olmedo - Paraguay, Petrona Villasboas - Paraguay, Mayra Alvarado y Red campesina del Bajo Aguán - Honduras, Machi Francisca Linconao - Chile, Miriam Miranda - Honduras, Guahory - Paraguay, Compañeras de la Organización de Lucha por la Tierra (OLT) - Paraguay, en Caazapa y Canindeyu.
6. Presas y/o judicializadas: Milagro Sala, Gladys Díaz, Mirta Aizama, Mirta Rosa Guerrero, Graciela López. Jujuy, Dahyana Gorosito. Córdoba, Victoria Aguirre. Misiones, Reina Maraz. Buenos Aires, Manuela y mujeres presas por abortar. El Salvador
7. Presas/es y judicializadas/es por defenderse de la violencia machista: Noelia Benítez, Cristina Santillán, Higuí - Eva Analía De Jesús, Joe Lemonge, Juana Smilce - Paraguay.
8. Desaparición y asesinatos de bebés: Aixa Rojas - Juan Cruz (Ezeiza), Victoria Aguirre - Selene (Misiones), Dahyana Gorosito - Selene (Córdoba).

9. Acoso y abuso sexual: Alexa Torres - Paraguay, Belén Whittingslow - Paraguay, Trabajadoras del Poder Judicial de Olavarría.
 10. Madres protectoras y abuso sexual en la infancia: Ivi y su hija, Andrea Mila, Victoria Acevedo, Rosa de Itakyry.
 11. Violencia institucional en cárceles e institutos de menores: Mujeres presas y sus hijas, Niñas y adolescentes en institutos de menores, Niñas de Guatemala, Impedimento de visitas íntimas a lesbianas presas – Paraguay.
 12. Violencia contra migrantes: Reina Maraz, Sandra Gamboa.
 13. Judicializadas por garantizar el derecho al aborto: Estrella, Analía Bruno.
 14. Violencia racista: Juana.
 15. Violencia institucional: Ana María Acevedo - Santa Fe, Alicia Mabel Escurra - Paraguay, Emily - trans - Paraguay, Ña Rosa - Paraguay, Belén Whittingslow - Paraguay.
- Se realizaron también presentaciones temáticas generales sobre:
- Violencias contra mujeres campesinas trabajadoras del campo y de la ciudad.
 - Violencias contra mujeres y travestis migrantes en AbyaYala y contra migrantes del AbyaYala en Europa y EE.UU.
 - Violencias contra mujeres originarias, negras y afrodescendientes.
 - Violencias contra travestis y trans.

Mecanismos de legitimación de violencias por parte de la justicia

Se señalan en la sentencia los mecanismos institucionales denunciados, que legitiman violencias patriarcales:

Dificultades o imposibilidad de acceso a la justicia de mujeres empobrecidas, racializadas, originarias, negras, afrodescendientes, lesbianas, travestis, trans, debido a:

- Desinformación generada intencionalmente por el Estado acerca de los derechos y de las leyes existentes. La justicia presume con perversidad que las leyes son conocidas por todas las personas, lo que no es real.

- Manipulación de esta situación por parte de funcionarios judiciales o policiales cuando se va a denunciar.
- Vulneración de los derechos, maltrato, discriminación, cuando se va a presentar la denuncia, con el objetivo de que no hagan las denuncias o las retiren.
- Dificultades o imposibilidad de acceso a la justicia por los costos que implica contratar abogados, realizar pericias, búsqueda de pruebas, y por las distancias a recorrer hasta los juzgados.
- Implicaciones afectivas y emocionales de las violencias que sufren las mujeres para hijas/os, familiares, comunidades, movimientos.
- Consecuencias económicas para las personas juzgadas, que pierden trabajos y alteran su vida cotidiana.
- Mecanismos de entorpecimiento y dilatación de la investigación, que benefician a los violentos y al poder. Hay cambios reiterados de jurisdicción para entorpecer los procesos judiciales. Renuncias de personal judicial para la lentificación de las causas, o por “aprietes” y presiones que sufren.
- Participación de fuerzas policiales y de fiscales en los procesos de encubrimiento de los violentos. En algunos casos se falsean las pruebas, debido a la complicidad de las fuerzas represivas en los procesos criminales, o por su subordinación a personajes del poder político y económico.
- La desestimación de denuncias sobre violencia de género en algunos casos derivan luego en feminicidios largamente anunciados.
- Culpabilización y maltrato a las familias de las víctimas cuando intentan avanzar por cuenta propia con las investigaciones.
- Torturas en los momentos de detención, e incumplimiento de derechos para las mujeres, lesbianas, trans o travestis cuando son detenidas. Uso de la violencia sexual como tortura específica, por machismo, y por las discriminaciones provenientes de un régimen heteronormativo que busca disciplinar a los cuerpos disidentes.
- Complicidad en los casos de desapariciones de adolescentes y jóvenes, realizados por las redes de prostitución y de trata, de personal judicial, incluidos fiscales y jueces, de fuerzas de

seguridad y de sectores del poder político. Eso genera desvíos en las investigaciones y una sucesión de obstáculos que llevan los procesos a la vía muerta. Hay ausencia de mecanismos para la búsqueda real de las chicas desaparecidas. Las fuerzas policiales involucradas en las redes de prostitución y trata amenazan y/o arman causas a quienes buscan a las desaparecidas. Frecuentemente se producen traslados de personal policial para proteger a quienes se identifican como responsables, porque son parte de esas redes.

- Las víctimas de las redes de trata y de prostitución en muchos casos son jóvenes indígenas o migrantes, mujeres, trans y travestis empobrecidas.
- Hay grandes irregularidades en la investigación de los crímenes, y falta de respeto a los procedimientos correspondientes para el debido proceso. La intervención judicial se produce desde los prejuicios y el odio, la misoginia y la discriminación. En ocasiones los mismos jueces ofrecen procesos rápidos y sentencias leves o absolutorias para los varones acusados de violencias contra las mujeres. Los dictámenes de fiscales y jueces muchas veces refuerzan los estereotipos patriarcales. En algunas situaciones continúan los intentos de presentar los casos de feminicidios o desapariciones como crímenes pasionales, suicidios o excesos.
- Amenazas a las/los familiares que denuncian e investigan por cuenta propia feminicidios. Implicación en muchos casos de la policía en estas amenazas.
- El sistema judicial no garantiza o no reconoce los derechos de las mujeres a la tierra, y las luchas por su recuperación o por su defensa son criminalizadas.
- La justicia y los medios de comunicación hegemónicos nos estigmatizan para generar odio masivo. Se nos dice: locas, putas, brujas, malas madres, gente que no piensa, asesinas, bárbaras, ignorantes, ladronas, opas, tontas, salvajes, provocadoras, feminazis, corruptas y terroristas. Se utilizan elementos de nuestra identidad que nos dan orgullo para descalificar nuestras demandas y para anular nuestra palabra,

callarnos, diciéndonos por ejemplo “indias de mierda”, “negras villeras”, “bolitas”, etcétera.

- Las indagatorias y juicios a mujeres originarias y migrantes se realizan en la lengua colonizadora, sin respetar la pluralidad de lenguas que se hablan en nuestros territorios. Se niega el derecho a la información y a una adecuada defensa. Hay racismo en el procedimiento judicial, tanto en el momento de interrogación como en prisión.
- Existe falta de escucha o negación de la escucha a niñas/os que denuncian abuso sexual. Se descalifica a las madres, a quienes se las acusa de influir sobre las declaraciones de las/los niñas/os, y se las pretende castigar separándolas de ellas/os. La justicia suele archivar denuncias de las madres contra los abusadores. Se inculpa a las madres acusándolas de obstaculizar la revinculación del padre con sus hijas/os.
- La justicia en muchos casos responde a la voluntad estatal de encubrimiento de los responsables intelectuales de los crímenes políticos (en los casos de Bertha Cáceres, Sakine Cansiz, Macarena Valdés y otros).
- Existen complicidades de los poderes judiciales con las empresas transnacionales y con personajes de las oligarquías locales.
- Se falta el respeto al artículo 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas, y a los tratados ambientales existentes.
- Se han armado causas para criminalizar como “terroristas” a mujeres defensoras de la vida y de los territorios.
- Se falta el respeto a los tratados sobre los derechos de las mujeres, y sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes.
- Hay criminalización de profesionales de la salud acusándolas/os de realizar abortos. Queda evidente el compromiso de jueces y del sistema judicial con los fundamentalismos religiosos, y su receptividad ante las estrategias judiciales de los fundamentalismos, impidiendo la implementación de leyes y políticas públicas que garantizan el acceso a los derechos de las mujeres (por ejemplo, al aborto no punible, anticoncepción de emergencia, etc.).

- Hay mujeres presas por abortar, incluso en casos de abortos espontáneos. La justicia rápidamente prejuzga y determina prisión. En muchos casos no se aplican las causales cuando existen. En algunos países no existe ninguna posibilidad para ejercer el derecho al aborto, y las mujeres que lo realizan y son descubiertas pasan largos años en prisión. Se busca incluso incrementar las penas en los códigos y legislaciones.
- Existen malos tratos, violencias, torturas del sistema penitenciario en las cárceles. Las mujeres detenidas no tienen garantizados los derechos de sus hijas/os.
- Se condena a las mujeres, lesbianas, travestis, trans, que se defienden de sus agresores.
- En algunos casos, se advierte complicidad y amparo de la justicia a acosadores y abusadores sexuales en la universidad, que tienen poder por su posición académica (caso Paraguay).

Algunas reflexiones que surgen de estas constataciones

En los fundamentos de la sentencia se analiza también que la actuación del Poder Judicial en muchos casos naturaliza y legitima violencias que refuerzan el orden patriarcal, capitalista y colonial. La misoginia con la que la justicia en distintos niveles recibe, cajonea y desvaloriza las denuncias profundiza la vulnerabilidad de las víctimas a través de la violencia psicológica (aislando, descalificando, socavando la autoestima, amenazando, coaccionando), violencia física (golpeando, encerrando), violencia sexual (acoso constante, abuso sexual, violación como amenaza correctiva, como disciplinamiento, como conquista y saqueo de nuestros cuerpos), la violencia económica (negando el acceso a la tierra, a salarios equitativos, al manejo del dinero propio) y la violencia simbólica (a través de mensajes estereotipados que construyen el sentido común desde los medios de comunicación, la Iglesia, la escuela, el sistema de salud).

De este modo, se pretende reforzar la sumisión de las mujeres en el ámbito privado, como encargadas de la reproducción, cuidado y mantenimiento de la familia. Se castigan los gestos de autonomía y se asegura la división sexual del trabajo, al mismo tiempo que se refuer-

za la invisibilización del valor del trabajo doméstico, no considerado como trabajo. Esto implica una expropiación de plusvalía por parte del capital, atroz e invisible. El “ama de casa” sigue siendo la esclava del marido y del patrón.

La maternidad obligatoria, la penalización y la condena a quienes interrumpen voluntariamente el embarazo, funcionan con el mismo sentido: se pretende limitar a la mujer a las tareas de cuidado de otras/os, al mismo tiempo que se coarta su libertad y autonomía. La criminalización del aborto cosifica a la mujer como “incubadora”, la degrada en su humanidad. La prohibición y el silencio dejan solas a las mujeres, vulnerables ante los miedos, tabúes e intereses del patriarcado y de los mandatos de los fundamentalismos religiosos.

Con el feminicidio, la xenofobia y la violencia pretenden regular las migraciones internacionales, buscando desarticular resistencias contra el extractivismo y el agronegocio.

La violencia heteropatriarcal intenta disciplinar a los cuerpos disidentes, expropiando o anulando el deseo y el placer, pretendiendo “normalizarlos”, reservando el deseo y el placer para los varones, incluso mercantilizándolos y patologizando la diversidad de las formas de vivir y de sentir.

Por diversos caminos se reproducen prejuicios que siempre perjudican a las mujeres. Los “suicidios” de mujeres no son investigados como posibles femicidios, los abusos sexuales tienden a quedar sin condena o a no ser llevados adelante debido a la “imposibilidad de probarlos”, deslegitimando la palabra de las mujeres. Ante situaciones de “femicidios vinculados” (cuando el agresor asesina al hijo o hija de la mujer como un modo de escarmiento hacia ella), la principal cuestionada es la propia mujer. Muchas veces, en estas violencias se observa la complicidad de las redes del poder capitalista, colonial y patriarcal, que tienen a los agentes estatales como integrantes o beneficiarios.

La justicia tiene un enorme sesgo de clase, racista y patriarcal. Muchas de las violencias que ejerce sobre las familias o víctimas se vinculan con su carácter de clase.

La justicia niega la autonomía de las mujeres, silencia a las víctimas y las obliga a recurrir a un poder estatal que las excluye de la resolución del conflicto. En muchos casos en los que se denuncia al Estado en sus acciones y omisiones de políticas públicas, se investiga

y se juzga solamente a individuos. Se ocultan así los mecanismos de construcción de la vulnerabilidad, como consecuencia directa de políticas públicas que no garantizan los derechos humanos y los derechos de las mujeres (como el acceso a la salud integral, a la educación, a la identidad, al trabajo digno, a la vivienda, a la tierra, y el respeto de la vida en comunidad, derechos sexuales y reproductivos, etc.). El hecho de culpar a una persona facilita que sea construida como chivo expiatorio (un policía suelto que aprieta el gatillo, un perverso que abusa de niñas, etc.) y que la misma red de poder que lo colocó en ese lugar pueda resguardarlo.

El patriarcado es constitutivo de los Estados-Nación. Se halla en los ladrillos de las instituciones, de la cultura. Es un sistema de opresión que ha sido instaurado por una fuerza brutal *originaria* (el genocidio de las mujeres en la Edad Media europea o en la conquista del AbyaYala) y necesita mantenerse con dosis permanentes de violencia.

Los narcoestados, los gobiernos golpistas, los fundamentalismos políticos y religiosos, los estados racistas, capitalistas, y sus justicias protegen las acciones de las fuerzas represivas, paramilitares, paraestatales, y de las fuerzas de seguridad de las empresas transnacionales, de las oligarquías que expulsan a las mujeres de los territorios y de la tierra. El agronegocio y la destrucción de las agriculturas campesinas están garantizados por la justicia patriarcal.

Los golpes de Estado han estado legitimados por la justicia, tanto en Honduras, Paraguay, como en Brasil.

Es particularmente demostrativo el accionar de la justicia en Brasil, actuando como parte necesaria del golpe de Estado y del avance del fascismo, en complicidad con el Parlamento. Mientras el Parlamento destituye a la presidenta Dilma, la justicia encarcela a Lula, quien hubiera sido elegido presidente si hubiera estado en libertad. El resultado es el avance de una figura fascista, totalmente funcional a los intereses del fundamentalismo religioso y político, quien en su intervención en el Parlamento durante la ejecución política de Dilma reivindicó a quienes la torturaron en dictadura. La democracia del siglo XXI viene infectada por políticas parlamentarias y jurídicas que la desconocen como tal. La justicia patriarcal, racista, capitalista, ha sido garantía de estos “cambios” políticos contra la democracia.

La sentencia

La sentencia del Tribunal Ético Popular Feminista consideró al sistema de justicia como *culpable* de ser un sistema patriarcal, colonial, racista, capitalista y neoliberal, que por más de 500 años ha intentado someternos a sus ilógicas, a sus tiempos, a sus espacios, buscando una humillación sistemática por defender ancestralmente la vida digna, por luchar por nuestra autonomía y autodeterminación frente al avasallamiento de nuestros territorios y de nuestros cuerpos. La justicia ha generado una impunidad histórica de las opresiones que nos hace el sistema. Por eso condenamos hoy su complicidad y negamos su ejercicio sobre nuestros cuerpos.

Culpable por ser ignorante de nuestras diversas cosmovisiones, por juzgar desde un analfabetismo político cosmogónico nuestras formas de vida, lucha y organización, por no informarse ni formarse, por no respetar ni siquiera sus propias leyes que reconocen la preexistencia de los pueblos y los llamados derechos que nos reconocen como pueblos. Responsable de no hacer ni siquiera el trabajo por el cual desde nuestros pueblos se les paga.

Culpable por complicidad recurrente con empresas transnacionales que han saqueado históricamente nuestros territorios, donde estos jueces y fiscales les brindan total impunidad, defendiendo los intereses de las empresas en contra de los derechos de los pueblos.

Culpable por ser parte del terrorismo y racismo de Estado que criminaliza, judicializa, encarcela, mata y sigue intentando exterminar a nuestros pueblos. No existe independencia judicial. Existe complicidad estructural.

Culpable de haber hecho de la justicia una mercancía que puede ser comprada y vendida por quienes tienen dinero y poder.

- Condenamos la complicidad en nuestras sociedades, en nuestros pueblos, en nuestras comunidades y en nuestras organizaciones y movimientos, con una justicia patriarcal machista y misógina donde nuestros cuerpos, nuestras palabras y nuestras luchas son criminalizadas, deslegitimadas y reducidas.
- Convocamos a las mujeres del mundo, mujeres originarias, negras, afro, racializadas, lesbianas, trans, travestis, trabajadoras todas, a unir nuestras energías, nuestra fuerza colectiva, la sabiduría intergeneracional de las abuelas, las ancestras

y las niñas, para difundir esta condena a la justicia patriarcal y hacerla visible en cada territorio del mundo. Nos convocamos a mantenernos alerta, para que esta justicia no atraviese nuestros cuerpos, nuestros territorios, nuestras cosmogonías y nuestras formas de vida.

- Llamamos a constituir una justicia de sanación y liberación de los cuerpos, los pueblos y los territorios. A constituir una sanación cosmogónica de las redes de la vida.

Recomendaciones y horizontes

El Tribunal Ético Popular Feminista observó que existe un aprendizaje construido por las mujeres y las colectivas feministas, a partir de las experiencias de acompañamiento a víctimas y familiares, cuando se encuentran en la necesidad de transitar por los laberintos de la justicia, soportando grados inmensos de dolor y sufrimiento. Se recomendó, entonces, buscar mecanismos de diálogos, procesos de pedagogía feminista, que permitan poner a disposición de otras esos saberes y hacerlos colectivos.

También se pensaron algunas exigencias al Estado tales como: que sus agentes conozcan obligatoriamente la legislación sobre derechos de las mujeres, niñas/os/es, y adolescentes, sobre justicia indígena. Proponer que existen mecanismos que aseguren la celeridad en el tratamiento de las causas. Mejorar y financiar la ampliación de políticas públicas de prevención y mecanismos efectivos y reales de búsqueda de mujeres desaparecidas. La disminución del presupuesto para las oficinas que trabajan estas temáticas atenta contra su actividad. Organizar, en todos los niveles, áreas interdisciplinarias de asistencia a las víctimas donde se escuche su voz y la repongan permanentemente en el proceso judicial. Establecer mecanismos que aseguren abogados gratuitos para las querellas.

Reflexiones finales

Una parte de las mujeres, lesbianas, travestis, trans, violentadas por el sistema de justicia nos hemos encontrado en las audiencias y sesiones del Tribunal, nos hemos escuchado unas a otras. Nos abraza-

mos y compartimos el dolor por las muchas injusticias vividas, provocadas en nombre de la justicia.

Queda la pregunta sobre la receptividad que pueda haber en ámbitos institucionales de la justicia, para escuchar estas reflexiones producto de las vivencias de quienes han atravesado los pasillos y los salones de los Tribunales y han descreído de los mecanismos que pensaban que las protegerían. Una madre de una joven desaparecida recurre a la justicia esperando que su búsqueda tenga un lugar central en ese ámbito. Cuando se le cierran las puertas, cuando la maltratan, el golpe es doble. Se pierden las esperanzas de encontrar a su hija, y también se rompe su fe en las instituciones de la democracia. Si las redes de prostitución y trata son encubiertas o integradas por parte de la institución judicial, de la policía, de los políticos, difícilmente pueda sostenerse la confianza en estas instituciones. Si la investigación de feminicidios o de violencias queda en manos de las/los familiares, se crea la idea de que la única respuesta es “la justicia por mano propia”. Se estimula el “vale todo”, y el crecimiento del crimen organizado.

Esta situación, que se multiplica de modo exponencial en el contexto revanchista en el que avanza la cultura conservadora, abre el camino para que las democracias se debiliten, se pierda la confianza en ellas y se traslade la fe a los fundamentalismos religiosos y políticos.

En estos movimientos se explican algunas de las razones por las que crecen las propuestas fascizantes de la sociedad en todo el continente.

La falta de respuesta de las democracias es mortal para la misma democracia.

Desde Feministas de AbyYala estamos propiciando la visibilización de estos mecanismos de legitimación y naturalización de la violencia patriarcal por parte de la justicia, porque creemos que es necesaria la acción colectiva correctiva, la observación política de las instituciones, el protagonismo de las mujeres y de las comunidades a la hora de definir qué es y qué no es justicia, e interpelar estas formas de expropiación de la idea misma de justicia realizada por instituciones corporativas que defienden intereses del poder patriarcal, capitalista y colonial, ejerciendo una pedagogía cruel, disciplinadora, que refuerza el “orden” de un mundo sumido cada vez más en la barbarie y el miedo.

Capítulo 2

Igualdad y no discriminación

El Código Civil y Comercial de la Nación - Ley N° 26994. Patriarcado, género y derecho

Nelly Minyersky*

Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación vigente (en adelante CCyCN), sancionado en agosto de 2015, receptó cambios estructurales que la sociedad venía reclamando en relación con los derechos y libertades de las mujeres, las familias y los colectivos disidentes. Este tipo de cambios, productos de movimientos y revoluciones al interior de la sociedad impulsados por cambios de paradigma cultural, implican muchas veces un largo camino por recorrer. Receptarlos en nuestra legislación significa legitimarlos.

A los fines de analizar debidamente las profundas modificaciones del todavía nuevo CCyCN en materia de igualdad y paridad de género y de esta forma identificarlas, reproducirlas y aplicarlas a la cotidianidad de las relaciones jurídicas, consideramos necesario realizar un breve repaso sobre algunos conceptos que enarbolan las luchas feministas sin los que, sin duda, no se hubiera podido alcanzar el estatus legal del que hoy gozamos: el derecho, como regulatorio de las relaciones que conforma la sociedad; el patriarcado, como estructura de poder que legitima desigualdades basadas en el sexo; y el género, como construcción cultural. Conceptos básicos que ayudarán a entender el

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Directora de la Maestría y Carrera Interdisciplinaria de Especialización en Problemáticas Sociales Infanto Juveniles en la Facultad de Derecho y Profesora Consulta desde 1995 de la misma universidad. Profesora de posgrado en la Carrera de Especialización y Maestría en Derecho de Familia (Facultad de Derecho, UBA). Investigadora permanente del Instituto Gioja y Directora del proyecto UBACyT D015. Ex Presidenta de la Asociación de Abogados de Buenos Aires y del Tribunal de Disciplina del CPACF. Ciudadana Ilustre de la Ciudad de Buenos Aires. Ganadora del Premio Democracia de Caras y Caretas 2018.

camino recorrido y el que aún falta recorrer en materia de reconocimiento de derechos y libertades que durante muchos años fueron vedados al colectivo de mujeres, e incluso aquellos por los que aún se lucha, como los derechos sexuales y reproductivos.

Articulación entre los conceptos de derecho, patriarcado y género

El derecho, como conjunto de normas e instituciones que regulan una sociedad, plasma un modelo político, social y cultural, determina los mecanismos de control y vigilancia y la forma de organizarse y de convivir entre los seres humanos y, por lo tanto, marca no sólo el(los) modelo(s) de mujer(es) y de hombre(s) esperados en una sociedad, sino también la forma de relacionarse entre los sexos (que se impulsa desde la sociedad) legitimando así el binarismo hombre-mujer como única forma posible de vincularse.

En todas las épocas el derecho ha respondido a los sectores dominantes de la sociedad que le aportan contenido político-cultural.¹ En consecuencia, cualquier decisión que se tome en el campo del derecho es una decisión política y cultural en tanto las personas encargadas de formarlo (legisladoras y legisladores) se encuentran atravesadas por tradiciones, costumbres, historias, creencias, presiones políticas, marcos estructurales, etc. En tal sentido, el derecho legitima comportamientos y relaciones que se desarrollan en la vida de las personas como así también niega otras, silenciándolas.

La autora Alicia Ruiz ha dicho:

... el derecho nos construye como sujetos en la medida en que nos otorga el uso de la palabra, porque el uso de la palabra produce efectos jurídicos: se es más sujeto de derecho como mujer, o más sujeto de derecho como niño, en tanto y en cuanto el derecho haya legitimado nuestra intervención, nuestra voz, lo que otorga un lugar reconocido no sólo en el nivel de la ley sino también por efecto que el discurso del derecho produce.²

1. Facio, Alda, *Cuando el género suena, cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José, Costa Rica, ILANUD, 1991.

2. Ruiz, Alicia, "La imagen que nos devuelve el derecho", en Faur, Eleonor; Lamas, Alicia; Acosta Vargas, Gladys (comps.), *Derechos Universales, realidades particulares: reflexiones y herramientas para la concreción de los derechos humanos*, Buenos Aires, UNICEF, 2003, pp. 50-51.

No obstante, del mismo modo en que el derecho construye las relaciones sociales, también estas delimitan en cierta forma el camino que el derecho tome en materia de reformas. En este sentido debemos reconocer que los cambios receptados por el actual CCyCN en materia de derecho de las familias y, en consecuencia, en materia de derechos de las mujeres, han incorporado al mundo del derecho los distintos tipos de familias (ensambladas, hétero u homoparentales, matrimoniales, convivenciales, afin, monoparentales, etc.) lo que supone la recepción del multiculturalismo y el pleno reconocimiento de las distintas identidades sexuales, como así también la paridad de género en ciertas cuestiones relacionadas con el cuidado de los hijos y el trabajo doméstico que serán desarrolladas más adelante.

La ley y el derecho son un campo de lucha en el que las voces de las mujeres han sido vedadas durante muchos años. En este sentido, el papel que desempeñan los operadores jurídicos (jueces, juristas, profesores de derecho) incide en el imaginario social en torno de lo que es ser mujer y el lugar que se le otorga a esta. El ejercicio de los derechos humanos de la mujer no tiene más límite que los que la perpetua tiranía del hombre le ha impuesto. Históricamente el derecho, la sociedad y las familias fueron atravesadas por la estructura patriarcal donde el hombre (productor) estaba destinado a garantizar el bienestar familiar y la esposa (mera reproductora), dependiente económicamente del marido, ocupaba un lugar dedicado al sostenimiento del hogar y los hijos e hijas y a las tareas de cuidado, marcando una clara división sexual del trabajo y asignaciones de roles establecidos. A aquellas pocas mujeres que participaban del mundo laboral (en general destinado al hombre) se les pagaba salarios conforme al sexo y no a la labor realizada, incluso hasta hoy y habiendo mediado la lucha feminista de siglos, se ve reflejada en muchas culturas la marcada división sexual del trabajo y la disparidad en relación con los salarios percibidos. La estructura social patriarcal se ve signada por un ámbito público asignado a los hombres, y un ámbito privado destinado a las mujeres, y dentro de estos, modelos de hombres y mujeres opuestos, desiguales y jerárquicos.

El patriarcado como instancia de poder se mantuvo inamovible durante siglos, replicada y reproducida en distintas culturas. Siguiendo la idea de Eva Giberti, es un sistema basado en la construcción de desigualdades y jerarquías, que constituye la superioridad del hombre por sobre la mujer basada en creencias biológicas, que lleva a los

sectores dominados no sólo a acatarlo, sino también a consentirlo y defenderlo, y de esta forma, perpetuarlo y reproducirlo.³ Reproduce relaciones de poder intrafamiliares (padre/hija-hijo, esposo/esposa) que repercuten en el desarrollo de la sociedad y, en consecuencia, en la forma de impartir justicia y otorgar y ampliar la plataforma de derechos, en especial, los referidos a la autonomía de las mujeres donde, por ejemplo, la maternidad es obligada y no se concibe el derecho a la libre elección en relación con ello ni al goce de su sexualidad.

El mundo occidental se ha asentado sobre las bases de una construcción social y cultural guiada por la lógica patriarcal, que no sólo reproduce la relación de poder y dominación del hombre por sobre la mujer, sino también del hombre por sobre todo aquel hombre que no cumpla con los cánones establecidos por una cultura heteronormativa y androcentrista (varón blanco, occidental y heterosexual). Por ejemplo, durante mucho tiempo la homosexualidad fue considerada un trastorno mental incluido en el DSM II (*Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales*, 1952).⁴ Las relaciones heterosexuales eran la norma y lo “natural” en materia de vínculos afectivos aceptados y legitimados (por la sociedad y por el ordenamiento legal).

En este sentido, la lógica del derecho como reproductor de estructuras y relaciones sociales, basadas en los requerimientos de los sectores dominantes, ha reconocido y legitimado durante muchos años el tipo de familia piramidal, conformada a partir de la unión de una pareja heterosexual en matrimonio que garantice al varón el control de su descendencia, desatendiendo así los múltiples modelos familiares. Las mujeres no sólo debían obediencia a sus maridos, sino que además la vida sexual y reproductiva quedó anudada a las decisiones patriarcales. Aun hoy los planteos acerca del derecho de las mujeres en relación con su deseo o no de procrear continúan siendo cuestionados por el Estado y parte de la sociedad, signados por diversas creencias religiosas.

De la misma forma que el derecho y la cultura organizan las relaciones y las formas de vincularse entre las personas que conforman la

3. Giberti, Eva, *La familia a pesar de todo*, Buenos Aires, Centro de Publicaciones Educativas y Material Didáctico, 2007.

4. Veinte años después, en la segunda edición del DSM II publicada en 1973 y luego de numerosa evidencia científica y de innumerables manifestaciones de la comunidad LGBT, se eliminó la homosexualidad como categoría diagnóstica de la sección de “Desviaciones Sexuales”.

sociedad, basándose en la lógica patriarcal ya descripta y en el binarismo hombre-mujer, también marcan el modelo hegemónico de ser mujer(es) y hombre(s). La construcción del género, como construcción sociocultural e histórica, que incluye aspectos objetivos y subjetivos, y que no responde a un orden natural, les ha permitido a las mujeres que han luchado desde los inicios del feminismo problematizar y cuestionar los roles asignados por la lógica patriarcal y machista para mujeres y hombres dentro de la sociedad. Estos roles asignados históricamente a las mujeres no son más que construcciones que cambian según van mutando los contextos y las coyunturas; Simone de Beauvoir ha dicho que las desigualdades entre varones y mujeres se superan enfrentando los aspectos socioculturales que ubican a la mujer en un plano de inferioridad.⁵

Se diferencia al género del sexo por cuanto este último indica la condición biológica o física del ser hombre o mujer en relación con sus genitales. En cambio, el género indica la condición de ser/identificarse como hombre o mujer y en virtud de ello cómo devienen las masculinidades y femineidades. El artículo 2 de la Ley de identidad de género N° 26743 establece que "... se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo", por eso preferimos a lo largo del texto hablar de "género" y no de "sexo".

Las luchas feministas, más vigentes que nunca, han dado como resultado de su larga historia una importante ampliación de derechos y reformas en nuestro sistema normativo, entre ellas la Ley de Voto Femenino N° 13010, la modificación a las leyes de ejercicio de la responsabilidad parental, la Ley N° 26618 de Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo conocida como "Ley de Matrimonio Igualitario", la Ley N° 26743 de Identidad de Género, la Ley de Parto Humanizado N° 25929, la Ley de Cupo Femenino N° 24012 y Cupo para personas trans N° 14783 (en la provincia de Buenos Aires), la ratificación del Protocolo de la CEDAW, la incorporación del femicidio al Código Penal de la Nación, la Ley de Protección Integral de las Mujeres N° 26485 y la Ley de Protección contra la Violencia Familiar N° 24417, como así también de niñas, niños y adolescentes, son algunos de los antecedentes que dieron lugar a una reforma estructural en materia de derechos como

5. Beauvoir, Simone de, *El segundo sexo*, París, Gallimard, 1949.

lo fue la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en 2015, que operativizaron el gran impacto de la incorporación de once tratados internacionales de Derechos Humanos a nuestra Constitución, en particular la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (*CEDAW*) y la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho humano de los/las integrantes de las familias

Frente a la necesidad imperiosa de modificar el CCyCN, sobre todo en lo que refiere a los derechos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, y su debida adecuación a las normas constitucionales invocadas, nos encontramos ante la necesidad de reflexionar sobre qué tipos de relaciones intrafamiliares y, en consecuencia, qué modelo de familia eligió. Siguiendo a Margrit Eichler,⁶ podríamos decir que existen tres modelos posibles:

- a. El modelo de familia patriarcal, que se mantuvo vigente con distintos grados desde la sanción del Código Civil primero en el siglo XIX, y se prolongó –con leves modificaciones– hasta las primeras reformas sustanciales, que comenzaron a fines de la década del 60. En este modelo de familia impera la desigualdad de género basada en la dominación masculina, la dependencia femenina y sólo el matrimonio legal genera derechos y responsabilidades. El marido es el responsable del sostenimiento económico y la esposa se dedica únicamente a las tareas del hogar y la familia;
- b. El modelo de familia de responsabilidad individual, basado en una perspectiva de igualdad de género; los matrimonios legales ya no son los únicos que generan derechos y responsabilidades, ambos cónyuges o compañeros que forman la familia son encargados del bienestar económico e independientes entre sí económicamente, y ambos son encargados de proporcionar atención

6. Eichler, Margrit, “Cambios familiares: familias, políticas e igualdad de género”, en Facio, Alda; Fries, Lorena (eds.), *Género y Derecho*, Santiago, La Morada, Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra, 1999.

- al hogar y a las y los hijas e hijos si los hubiere, las parejas de igual sexo tienen reconocimiento como forma de familia válida;
- c. El modelo de familia de responsabilidad social parte de la base de que la igualdad de género no es una realidad en nuestra sociedad, y que es una ilusión pensar que la ley del modelo individual preconice como elemento indispensable la igualdad. En consecuencia, las circunstancias fácticas llevarían al fracaso el modelo de legislación neutral. Vincula la falta de igualdad en los niveles más altos de la organización social, a la imposibilidad de lograr en las organizaciones más primarias (familias) dicha igualdad.

El modelo elegido por la Comisión Redactora del CCyCN es el de responsabilidad individual. No obstante, consideramos que atento a la realidad social existente y las dificultades para lograr lo que llamamos igualdad en la vida, debería integrarse este modelo elegido con aquellos que refieren a la responsabilidad social, para lo cual deberíamos emprender un camino en el que la eliminación de las diferencias de todo tipo nos lleven a una equiparación entre la igualdad formal y la realidad.

Esta mirada, aunque neutra, nos habilita a la defensa real y eficaz de los derechos de las mujeres y a la necesaria mirada con perspectiva de género, que no constituye sólo una posibilidad de elección, sino que surge de un mandato emanado de los Tratados de Derechos Humanos que fueron incorporados en la Constitución Nacional, principalmente en la *CEDAW*, en especial sus artículos 1, 12, 16, etcétera.

En la misma línea, las modificaciones incorporadas sin enunciarse como medidas de acción positiva podrían ser consideradas como tales ya que están dirigidas a situaciones en las cuales están implicadas como principales actoras las mujeres. Se avanza en el camino hacia la igualdad jurídica total y a la construcción de la autonomía femenina. Es importante para cambiar la conciencia social que se reconozca en la realidad cotidiana a las mujeres como sujetos de derechos y se garantice la igualdad real en la vida. Para ello es necesario que en todo nivel se aplique el derecho con perspectiva de género y se eliminen todos los estereotipos.

Rebecca Cook y Simone Cusak han dicho que

... los estereotipos degradan a las mujeres, les asignan roles serviles en la sociedad y devalúan sus atributos y características. [...] Cuando las sociedades no reconocen ni eliminan tales prejuicios ni los estereotipos

asociados a estos, se exagera un clima de impunidad respecto a las violaciones de los derechos de las mujeres, el cual permite que los prejuicios y estereotipos injustos sobre estas se engranen en la sociedad lo que le causa a su vez una mayor devaluación.⁷

Los estereotipos afectan a hombres y mujeres en tanto exigen masculinidades y femineidades preestablecidas, y quienes no se adecúan a ellas quedan excluidos de lo esperable socialmente. Sin embargo, la historia ha demostrado que han tenido un efecto flagrante sobre las mujeres más que sobre los hombres.

Durante años el matrimonio legal enmarcaba jurídicamente las consecuencias sexuales y patrimoniales de las parejas que encajaban en el sistema binario hombre/mujer, sin embargo, en el devenir evolutivo de la sociedad quedó demostrado que las personas se agrupan y vinculan de diversas formas. En la actualidad, la familia ya no se compone sólo a partir de la unión de una pareja que encaja en los cánones de la heteronormatividad, por ello el CCyCN tuvo que receptar la multiplicidad de familias y vínculos, que quedaban excluidas de las regulaciones legales. Las ideas de no discriminación, igualdad, equiparación de roles en la familia e igualdad jurídica entre hombre y mujeres, entre otras, han sido los principios fundantes de la reforma. De esta forma se incorporan en su articulado cuestiones como la autonomía de la voluntad en materia de familia, el desarrollo progresivo de niñas, niños y adolescentes, el reconocimiento del valor económico del trabajo de cuidado, las uniones convivenciales, los matrimonios entre personas de igual sexo y cuidados parentales compartidos, entre otras.

Los vínculos familiares

El nuevo CCyCN receptó la posibilidad de que las personas elijan libremente el tipo de familia que desean constituir de acuerdo a sus creencias, orientación sexual, ideología, etc. Se incorpora al cuerpo normativo la ley de matrimonio igualitario (Ley N° 26618) dejándose atrás la familia clásica constituida por un matrimonio heterosexual como única posibilidad de vínculo, debiendo esta compartir con otros

7. Cook, Rebecca J.; Cusack, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, University of Pennsylvania Press, 2009.

núcleos familiares diversos como las monoparentales, las que surgen de uniones convivenciales, ensambladas, afines, etcétera. El avance en la autonomía de la voluntad en este aspecto es indiscutible.

En el marco de la formación de las familias se readeecía también la concepción de filiación, teniendo en cuenta los avances de las ciencias biológicas y tecnológicas. El CCyCN ha receptado tres tipos legales de filiación: biológica, legal (adopción) y científica (técnicas de reproducción humana asistida), incorporando así distintas maternidades y paternidades y estableciendo la división entre procreación y sexualidad, o procreación y crioconservación, ambas fuentes de filiación.

La autonomía de la voluntad rige durante toda la vida en pareja, e incluso hasta el momento de su ruptura, divorcio o separación y sus consecuencias. Deben tenerse en cuenta en ese momento las cuestiones relacionadas con la atribución de la vivienda familiar, la distribución de los bienes, las compensaciones económicas, y el ejercicio de la responsabilidad parental si hubiera hijas e hijos, dejando librada a las partes la posibilidad de celebrar acuerdos voluntarios.

La incorporación de los derechos de la mujer en el Código Civil y Comercial de la Nación

El nuevo CCyCN ha receptado los principios y derechos invocados precedentemente en distintas instituciones. En todas ellas consideramos que se avanza un paso hacia adelante en lograr un derecho más eficaz y efectivo.

Principalmente debemos destacar los artículos 1 y 2 del CCyCN que invocan como fuente del derecho y de aplicación necesaria la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte y, asimismo, establecen que la ley debe ser interpretada según sus palabras, su finalidad y en especial las disposiciones que surgen de dichos tratados, de modo coherente con todo el ordenamiento. Recordemos aquí y para el tema en cuestión la importancia de la CEDAW, uno de los tratados invocados.

Entre otros, destacamos en el libro segundo sobre las relaciones de familia, el artículo 402 como regla de interpretación y aplicación de las normas. Dicho artículo nos señala que nunca se puede interpretar ni

aplicar las normas en sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que este produce, sea conformado por dos personas de distinto o igual sexo. Artículo fundamental que nos marca el camino para eliminar los estereotipos de género en este cuerpo normativo.

En el artículo 431 se señala como fundamental el deber de asistencia, el compromiso entre los cónyuges de desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y la convivencia debiendo prestarse asistencia mutua.

La autonomía de la voluntad adquiere relevancia en el artículo 437 por cuanto habilita la declaración judicial del divorcio con la presentación de uno o ambos cónyuges. Presentación que no puede ser rechazada, simplificándose el trámite y eliminando las denominadas causales del divorcio culpable del Código derogado, que se convertían en un sistema de presión y coerción indebida en las relaciones familiares. La petición debe acompañarse de propuestas que regulen fundamentalmente las cuestiones relacionadas con las hijas y los hijos menores de edad y, accesoriamente, las pautas para la disolución de la sociedad conyugal.

En los artículos 63 y 64 se introdujeron alternativas en cuanto al prenombre y apellido de los hijos e hijas que suponen una equiparación de roles en cuanto a la denominación. Y en el artículo 67 desaparece el privilegio de uno u otro apellido ya que cualquiera de los cónyuges puede usar el apellido del otro con la preposición “de” o sin ella. El “padre de familia” ya no es quien le otorga el apellido a la familia, desterrando así el modelo patriarcal.

En materia de filiación, también se ha receptado un avance en el derecho de la autonomía de las mujeres. En el CCyCN derogado, las mujeres estaban privadas de la acción de impugnación de la filiación matrimonial, esta acción sólo podía ser ejercida por el presunto progenitor (el marido) o por el hijo. Si una mujer estaba casada y tenía un hijo con otra persona que no fuera su marido, no podía impugnar la paternidad de este ya que, según la ley, no podía alegar su propio adulterio, lo que demostraba qué visión de la mujer receptaba nuestra normativa. Incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Páez Vilaró”, si bien no se hizo lugar a la solicitud de la madre, en algunos de sus votos consideró que este artículo era discriminatorio y prejuicioso.

Con la reforma, el artículo 590 receptó la posibilidad de que la madre y cualquier tercero que invoque interés legítimo impugnen la filiación presumida por la ley.

La unión convivencial que se incorpora como institución legal en el artículo 509 y subsiguientes reconoce a las uniones de hecho como generadoras de derechos entre sus miembros.

El valor económico del trabajo en el hogar y cuidado de los hijos, comunes o no, que se reconoce en distintas normas tales como aquellas que hacen a las cargas del hogar (arts. 455 y 520), a los alimentos entre cónyuges (art. 432), a la compensación económica (arts. 442 y 525), a los alimentos durante la separación de hecho y fundamentalmente a la obligación alimentaria de los progenitores respecto de sus hijos e hijas. El artículo 660 señala que el progenitor que ha asumido el cuidado personal de los hijos e hijas tiene un valor económico y constituye un aporte a su manutención.

En relación con los cuidados personales, destacamos en especial el artículo 656, que señala que en la atribución de cuidados personales del hijo no será admisible ningún tipo de discriminación fundada en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas e ideológicas o cualquier otra condición.

En relación con la disposición de la vivienda conyugal, así como para cualquier otro tipo de bien registrable, rige la necesidad del asentimiento de ambos cónyuges (art. 456).

Habiendo hecho mención de los avances en materia de igualdad y paridad de género, analizaremos sucintamente algunas de las instituciones mencionadas que han sido, incluso, objeto de crítica por algunos sectores de la doctrina, y otras que consideramos que no se condicen con los derechos y principios emanados de los Tratados de Derechos Humanos que enunciamos precedentemente.

La compensación económica

El artículo 441 receta la compensación económica como efecto del divorcio, que tiene como fin resarcir al cónyuge a quien la ruptura de la pareja ha colocado en una situación de desequilibrio económico que signifique un empeoramiento de su situación, y rige tanto para los

divorcios como para el cese de las uniones convivenciales, e incluso los casos de nulidad matrimonial cuando haya mediado buena fe en su celebración (art. 428).

Para la redacción de este instituto, se han tenido en cuenta los estereotipos de género, la división sexual del trabajo y la asignación de roles de cuidado que hayan marcado la pareja, entre otros.⁸ De esta forma se receptan directa e indirectamente los principios de igualdad y dignidad entre hombres y mujeres, situaciones que eran planteadas frecuentemente en la sociedad. Se toma en cuenta, por ejemplo, la dedicación que cada cónyuge destinó al cuidado de los hijos y la familia, reconociendo la división en el trabajo de cuidado que caracterizó a las familias tradicionales durante años. Esto implica alejarse de las viejas estructuras patriarcales y proteger a las mujeres.

Sin embargo, la forma en la que el instituto de la compensación económica ha sido incorporado es fuente de crítica por algunos colectivos feministas y parte de la doctrina. Estos sectores consideran que la posición neutra adoptada por los redactores del CCyCN que se basaría en la idea de que ambos cónyuges aportan de igual manera a la sociedad encontrándose en un plano ideal de igualdad, manteniendo una distribución equitativa de roles, perjudicaría a las mujeres y no se corresponde con la realidad.⁹

La crítica se basa en que, en materia de trabajo no remunerado, las mujeres seguimos siendo las encargadas en mayor proporción que los hombres del cuidado del hogar y las hijas e hijos, y dicha obligación

8. Artículo 442: “Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial, b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio; c) la edad y el estado de salud del cónyuge y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo. La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio”.

9. Kabusacki, Leticia; Harari, Sofía, “La mirada del género en la interpretación del Código Civil y Comercial”, en *Revista Derecho de Familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016.

también recae en las niñas y las adolescentes que son parte del grupo familiar (preferencia de las hijas mujeres por sobre los hijos varones para la asignación de las tareas del hogar). Además, consideran que excluye de la norma a las mujeres que no hayan tenido hijos e hijas. La economista feminista Corina Rodríguez ha dicho que

El hecho de que las mujeres concentren la mayor parte de las responsabilidades de cuidado, atendiéndolas con su propio trabajo no remunerado, dificulta su plena participación económica. Esto resulta más evidente cuanto más débiles son sus recursos para el empleo (nivel de educación, calificaciones, trayectorias previas), cuanto más importantes son sus demandas de cuidado (por caso, existencia de mayor cantidad de niños o niñas menores en el hogar), y cuanto más escasas las posibilidades de derivar el cuidado (a instancias extra-domésticas públicas o privadas). De esta forma, la desigual distribución de responsabilidades de cuidado y de oportunidades para atenderlas, es un vector claro de reproducción de desigualdades socio-económicas y de género.¹⁰

En esta posición crítica advertimos una contradicción ya que la misma se basa en que no se ha incorporado la perspectiva de género en el texto legal, y por tanto la reclaman. Entendemos que la legislación vigente introdujo lo que ya era norma superior en la Constitución Nacional de 1994 a través de la necesaria e imprescindible fuente que constituyen los Pactos de Derechos Humanos –en especial la CEDAW y su protocolo– el mandato de aplicar la perspectiva de género, y lo hace contemplando el trabajo de cuidado de forma explícita en todos los tipos de familias ya sea matrimoniales y/o convivenciales, con hijos o no.

En el análisis del articulado, encontramos que el artículo 442 en materia de divorcio y el artículo 525 como efectos del cese de las uniones convivenciales, contempla explícitamente la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia, y a la crianza y educación de los hijos.¹¹ Esta distinción entre “familia” y “cuidado y educación de los hijos” es contemplativa de aquellas parejas que al momento de su ruptura no han tenido niñas o niños. También tiene en cuenta la capacitación y la posibilidad de inserción en el campo laboral, lo que refleja una rea-

10. Disponible en: <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=2077&plcontempl=43&aplicacion=app187&cnl=87&opc=53>

11. Cook, Rebecca J.; Cusack, Simone, *op. cit.*

lidad que atañe a las mujeres que durante décadas han relegado su desarrollo profesional para la dedicación exclusiva al seno familiar.

Siguiendo esta línea, el artículo 455 que regula el deber de contribución de los cónyuges, establece que se debe considerar al trabajo en el hogar y cuidado de las hijas e hijos propios y/o afines como contribución a las cargas conyugales.

Es de destacar que estas disposiciones son comunes (art. 454 y concordantes) a todos los regímenes patrimoniales del matrimonio, tanto al régimen de comunidad de gananciales como al de separación de bienes (arts. 446 y 449). Recordemos que en los matrimonios que no optan por el régimen de separación de bienes, que son prácticamente la mayoría de los que se celebran, rige subsidiariamente la comunidad de bienes gananciales, en consecuencia la compensación económica significa un plus a la división de bienes gananciales.

Es indiscutible que los redactores han optado por un término neutro, pero ello no va en detrimento del derecho de las mujeres, por el contrario, recepta y atiende las desigualdades que los estereotipos de género han instalado en el imaginario social, lo que es aún más difícil aunque necesario desarraigar, para lograr así una mayor independencia que asegure el camino hacia la verdadera autonomía y a la realización personal de cada una. Como hemos mencionado anteriormente, es necesario que el género y sus mandatos se entiendan como construcciones sociales y no como asignación biológica de femineidades y masculinidades que, más allá de textos legales superadores, continúen signando el camino de la dominación del hombre por sobre la mujer.

Ahora bien, reconociendo el avance de la incorporación como tal de la compensación económica que sustancialmente puede beneficiar a la parte más débil de la pareja (en general la mujer), observamos sí una crítica a la disposición del plazo de caducidad. El plazo de seis meses contados a partir del dictado de la sentencia de divorcio y no de la notificación de la misma (otorgando igual término para las uniones convivenciales, pero contados a partir de cualquiera de las causas de finalización de la convivencia) puede tornar ineficaz el derecho. Los distintos casos de jurisprudencia que al respecto se han presentado en nuestros tribunales, avalan la necesidad de una pronta reforma que subsane los daños que puede producir exigirle a la persona, que la misma ley señala como alguien en situación de vulnerabilidad y que ha atravesado una situación traumática como es todo divorcio y/o cese

de unión convivencial, que rápidamente, en un breve tiempo, concrete una petición de tal envergadura.

El ejercicio de la responsabilidad parental y los cuidados personales

En materia de responsabilidad parental y cuidados personales de los hijos e hijas de la pareja (arts. 638 y concordantes), se despojan las normas de estereotipos de género vinculados al trabajo de cuidado y se privilegia que el cuidado de las hijas y los hijos recaiga bajo la órbita de responsabilidad de ambos progenitores por igual.

La historia de lo que hoy denominamos responsabilidad parental pone en evidencia que la democratización de las relaciones familiares ha debido transitar un largo camino y que el reciente CCyCN ha logrado producir una transformación sustantiva de las mismas. En primer término debemos destacar la importancia que le atribuimos al lenguaje y su significancia, el avance ideológico que suponen los cambios en la terminología, la conceptualización del niño como sujeto de derecho y la igualdad entre los progenitores no habían encontrado una traducción en el lenguaje jurídico hasta el año 2015. La eliminación de la terminología “patria potestad” y su reemplazo por “responsabilidad parental” resulta una modificación conceptual en la institución, que se refleja en toda la normativa que la regula, una relación de democracia y de respeto entre los integrantes del grupo familiar. Ya no se habla de tenencia, terminología inaceptable para la doctrina de la protección integral de la niñez. Recordemos que el verbo “tener” se asimila a la posesión de objetos, su cambio por “los cuidados personales” pone en evidencia la real significación en la vida diaria y la calidad de sujeto de derechos que la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención) le ha asignado a las y los niñas y niños de la Argentina, y de todos los Estados que la han ratificado.

Nos interesa señalar que la responsabilidad parental está expresamente consagrada como un ejercicio a ambos progenitores, exista o no convivencia de todo el grupo familiar. Sin embargo, nos consagraremos en especial a analizar los cuidados personales posteriores al cese de la convivencia familiar. Adquiere trascendencia su estudio, ya

que el impacto que provoca en la vida de cada uno de los que constituyen el grupo familiar puede ocasionar discordancias que incidan en las debidas relaciones entre sus integrantes. Si bien los progenitores son quienes se encuentran, en principio, en mejores condiciones para decidir sobre el régimen más conveniente a adoptar en relación con los cuidados impartidos a las y los hijas e hijos y qué es lo mejor para todo el grupo, no siempre esos criterios personales reflejan o amparan el interés superior de las y los niñas y niños.

En la redacción de los artículos 648 a 651, las legisladoras y los legisladores definieron a los cuidados personales como los “deberes y facultades de los progenitores, referidos a la vida cotidiana del hijo” y, en caso que no haya convivencia entre estos, el cuidado puede ser asumido por uno solo de los progenitores o por ambos. Además, establece como regla general que el juez, ya sea a pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, debe privilegiar el cuidado compartido de las y los hijas e hijos con la modalidad indistinta (la niña o el niño convive de manera principal con uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo su cuidado), ello siempre que no sea perjudicial para la hija o el hijo (se debe tener en cuenta el interés superior del niño, consagrado en la Convención).

En este orden de ideas, se ha observado que compartir las responsabilidades sobre las hijas y los hijos es mucho más que la elección de sus lugares de residencia. Orientar desde la ley el camino hacia un actuar conjunto y solidario de los progenitores entrelaza el interés social que aspira a la mejor formación de las nuevas generaciones y el interés individual de quienes integran el núcleo familiar. Significa legitimar un modelo alternativo frente al sistema “naturalizado” de una guarda unipersonal que en la generalidad de los matrimonios heterosexuales recaía sobre la mujer, lo que no hacía más que ratificar un modelo de dominación del hombre por sobre la mujer que la colocaba una vez más dentro del ámbito del hogar como su único espacio posible. Debe recordarse el importante papel educativo de la ley, pues permite incorporar en la conciencia de los progenitores esta opción, tan favorable al niño como a sus padres.¹²

12. Grosman, Cecilia, “Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental”, Thomson Reuters, 2014.

El cuidado compartido de los hijos e hijas presenta ventajas que han sido receptadas por la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país, aun antes de que se sancionara el nuevo CCyCN: permite a la niña o el niño mantener un estrecho vínculo con ambos padres (art. 9 de la Convención), promueve la participación activa de los progenitores en la vida de la niña o el niño y los estimula a proveer a sus necesidades, al colaborar¹³ el padre en las actividades emergentes de la custodia se facilitan la inserción laboral de la madre fuera del hogar y, por ende, aumentan las posibilidades de que ambos colaboren en la manutención de su hijo, ninguno de los padres se siente exclusivo en el proceso de crianza del niño, lo que elimina la lucha por el poder que significa tener “la guarda” del hijo; además, al responsabilizarse ambos por la crianza de la niña o el niño, se evitan las críticas a los actos realizados por el otro progenitor, debe aceptarse el cuidado personal compartido si constituye la opción que más respeta el interés superior del niño.¹⁴

El articulado del CCyCN vigente describe el funcionamiento de los cuidados personales interpretándolo como el mejor camino que llevará a una real igualdad de roles en la familia y, en consecuencia, a la igualdad que se proyectará en beneficios y en el cumplimiento de sus obligaciones como progenitores. Nos encontramos ante un ideal que permitiría gozar de cierta libertad a cada uno de los miembros de la pareja en cuanto a la distribución de cargas y de tiempo asignado al cuidado y por otro lado, como ya se dijo, el derecho de las niñas y los niños de gozar de una relación más fluida y permanente con sus padres y/o madres.

Por primera vez la legislación recepta la idea de trabajo de cuidado como dotado de valor económico que constituye un aporte a la manutención de las hijas y los hijos (art. 660 CCyCN) para el caso de que uno de los progenitores asuma el cuidado personal, siendo que en el caso de que este sea compartido, y si ambos progenitores cuentan con recursos económicos equivalentes cada uno se hará cargo de la manutención de hijas e hijos mientras permanezcan bajo su cuidado (art. 666 CCyCN).

13. Disentimos con el uso del término “colaborar” en materia de responsabilidad del cuidado de hijos e hijas porque entendemos que la participación del padre no debe surgir como mera colaboración, sino como responsabilidad conjunta de ambos progenitores por la calidad de tal, en un marco de igualdad al interior de las familias, rompiendo con los papeles asignados por cuestiones de género.

14. Grosman, Cecilia P., “La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia”, en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1984.

Si bien en apariencia el sistema de “co-custodia” sería el que mejor responde al interés superior del niño, y en una primera lectura podríamos hablar de una doctrina que reconoce la larga lucha por la incorporación de igualdad y no discriminación, otorgándoles valor económico a las tareas cotidianas que ejerce el progenitor o progenitora que ha asumido el cuidado personal de los hijos (que en la generalidad de los casos son las mujeres), la crítica que se le ha hecho es que muchas veces los padres invocan esta teoría con el propósito de evadir alimentos o solicitar su reducción.

Ello no tiene justificación legal alguna, ya que la elección del régimen de cuidados personales más adecuado para la organización de vida de las familias no modifica los principios fundamentales de la obligación alimentaria: posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado (art. 659). Tanto es así que los cuidados personales de los hijos e hijas no siempre se relacionan directamente con la convivencia y con los períodos de tiempo que cada progenitor pasa con ellos/ellas. Es decir, la distribución de los cuidados puede darse de manera equivalente o no, independientemente de la residencia principal o del tiempo que cada hijo e hija pase con cada progenitor, teniendo en cuenta la disponibilidad y organización. Aunque haya alternancia en los cuidados, no siempre son equivalentes. Lo que sí es fundamental es considerar la vigencia del artículo 660.

Es notable que la equiparación de roles y el reconocimiento de las tareas del hogar y la crianza de los hijos cumplen con los mandatos de la CEDAW y se encaminan a la eliminación de las desigualdades por cuestiones de género. Como menciona María Victoria Schiro, el análisis con perspectiva de género en materia de cuidado y deber alimentario resignifica el papel que históricamente se le ha asignado a las mujeres dentro de la familia, dedicadas al cuidado como su destino biológico y como construcción cultural basada en la heteronormatividad.¹⁵

Como operadoras del derecho, quienes buscamos promover que el derecho de las familias otorgue instrumentos a las personas para lograr una mayor independencia, sobre todo entendido como un camino a la autonomía y a la realización personal de cada mujer integrante del gru-

15. Schiro, María Victoria, “La responsabilidad parental en perspectiva de género. Algunas reflexiones sobre el derecho y el deber de cuidado en el derecho de familia argentino”, en *Revista Derecho de Familia* N° 81, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017, p. 201.

po familiar, consideramos que la institución de los cuidados personales compartidos debería traducirse en un camino válido para eliminar los estereotipos de género y dotar a las mujeres de una plena ciudadanía.

Para su aplicación es fundamental eliminar del imaginario social que la maternidad es el único objetivo para la realización femenina, entendido como único proyecto de vida posible. Ello no significa en absoluto que neguemos la importancia y el valor que para muchas mujeres implica ser madres, pudiendo incluso ser su único objetivo de realización, sino que rechazamos la maternidad forzada como proyecto vital y destino biológico de las mujeres instalado por el discurso patriarcal, que nos coloca como meras reproductoras. Estamos convencidas de que la única maternidad posible debería ser la deseada y elegida libremente, siendo una posibilidad más de felicidad, ello porque no tenemos duda de que será la única forma de construir una familia más democrática, basada en la tolerancia y el respeto entre sus integrantes, en un marco de igualdad y no de dominación.

Juzgar con perspectiva de género

Analizar el papel que cumplen –o deberían cumplir– las juezas y los jueces de familia, implica tener en cuenta la constitucionalidad tanto de los derechos humanos como del derecho de las familias que ha receptado el CCyCN. El desafío de los tribunales de familia es poder identificar, analizar y problematizar las discriminaciones por cuestiones de género, que impidan cumplir con los estándares internacionales fijados por los tratados de derechos humanos, en especial la *CEDAW*, la Convención sobre los derechos del niño y sus protocolos.

Para lograr juzgar con perspectiva de género, y no dejar que las normas se conviertan en letra muerta, es importante entender en principio que “la perspectiva de género cuestiona el paradigma del único ‘ser humano neutral y universal’, basado en el hombre blanco, heterosexual, adulto sin discapacidad, no indígena, y en los roles que se le atribuyen a ese paradigma”¹⁶ y, en función de esto, se requiere reconocer y problematizar los aspectos sociales y culturales que promue-

16. Propuesta de modelo de incorporación de la perspectiva de género en las sentencias, Cumbre Judicial Iberoamericana.

ven las desigualdades entre hombres y mujeres, lo cual se transforma en un desafío a abordar. Implica un análisis que permita identificar las relaciones y vínculos sociales. Desde la Justicia, conocer e identificar los estereotipos, identificar la normativa, los conceptos, las pruebas y los hechos, así como el modo en que estos afectan el proceso de construcción de identidad de las personas, pueden evitar decisiones judiciales discriminatorias.¹⁷

El Comité de la *CEDAW* estableció que las leyes, políticas y programas pueden basarse aparentemente en una perspectiva de género, pero de manera inadvertida reproducir estilos de vida que se enrolen en una ideología machista o que reproduzca las relaciones de poder características de los sistemas patriarcales.¹⁸ María Morello y Claudia Portillo han dicho que juzgar con perspectiva de género, como imperativo para todos los fueros, ayuda a evitar la reproducción de estereotipos que indican cómo son y deben comportarse las personas de acuerdo a su sexo o género, pudieron transformar los patrones de conducta. Ello no implica que el juzgador deba inclinarse a favor de las mujeres si no que tiene la obligación de ponderar las desigualdades y argumentar en relación con ellas.¹⁹

Alda Facio nos comparte una metodología que ayuda a los operadores jurídicos a democratizar el derecho y juzgar con perspectiva de género, basada en seis pasos y que nos parece importante atender y traer a colación:

PASO 1: Tomar conciencia de la subordinación del sexo femenino en forma personal. (Para las mujeres esto significa hacer conciencia de su status de persona subordinada, discriminada y oprimida y para los hombres significa tomar conciencia de sus privilegios basados en el hecho de la subordinación de las mujeres.) **PASO 2:** Identificar en el texto las distintas formas en que se manifiesta el sexismo tales como el androcentrismo, el dicotomismo sexual, la insensibilidad al género, la sobregeneralización, la sobrespecificidad, el doble parámetro, el familismo, etc. **PASO 3:** Identificar cuál es la mujer que está presente o invisibilizada en el texto. Es decir,

17. Cook, Rebecca J.; Cusack, Simone, *op. cit.*

18. Recomendación General N° 25 del Comité sobre Discriminación contra la Mujer.

19. Morello, María; Portillo, Claudia, "Juzgar con perspectiva de género. El caso particular de los alimentos en el marco del Código Civil y Comercial", en *Revista Derecho de Familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015.

identificar cuál es la mujer que se está contemplando como “el otro” del paradigma de ser humano que es el hombre / varón y desde ahí analizar cuál o cuáles son sus efectos en las mujeres de distintos sectores, clases, razas, etnias, creencias, orientaciones sexuales, etc. **PASO 4:** Identificar cuál es la concepción o estereotipo de mujer que sirve de sustento del texto, es decir si es sólo la mujer-madre, o la mujer-familia o la mujer sólo en cuanto se asemeja al hombre, etc. **PASO 5:** Analizar el texto tomando en cuenta la influencia de, y los efectos en, los otros componentes del fenómeno legal. **PASO 6:** Ampliar y profundizar la toma de conciencia de lo que es el sexismo y colectivizarla. Esto último porque si una/o ha realmente interiorizado lo que significa y es el sexismo, siente la necesidad de trabajar para derrocarlo. Esto necesariamente implica trabajar colectivamente.²⁰

La metodología parte de la existencia de las discriminaciones comprobadas en razón del género en todos los ámbitos. Discriminación entendida como

... toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.²¹

La existencia del sexismo, como la creencia de la superioridad del sexo o género masculino, lo que se traduce en una serie de privilegios a cuestionar, y el convencimiento de que la posición subordinada que ocupa la mujer en todas las relaciones que conforman los vínculos sociales no se debe a cuestiones biológicas ni naturales, sino en construcciones culturales que reproducen las relaciones de poder.²²

La tarea no es fácil e implica desterrar estructuras y argumentos misóginos, machistas y patriarcales. La “justicia patriarcal” aún persiste en algunos tribunales, cuando el tratamiento y la celeridad con la que se juzga a una mujer son diferentes al juzgamiento de un hombre

20. Facio, Alda, *op. cit.*

21. CEDAW, artículo 1.

22. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal, Alda Facio. Disponible en: <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8321800043f847ea9a12bfo09dcdefiz/9.+Metodolog%C3%ADa+para+el+an%C3%A1lisis+de+g%C3%A9nero+del+fen%C3%B3meno+legal.pdf?MOD=AJPERES>

o cuando las asignaciones de roles aún persisten y se dan por sentadas. La incorporación de la perspectiva de género en el tratamiento de las cuestiones judiciales implica proveer a las mujeres de las herramientas necesarias para que puedan diseñar un proyecto de vida democrático y basado en la autonomía, reivindicar derechos que fueron relegados a este sector vulnerado por siglos y garantizar el acceso a la Justicia para aquellas personas que sufren discriminaciones por cuestiones de género. Transformar esta realidad supone romper esquemas estructurales, comprender las interacciones sociales, entender el contexto: o se analiza y juzga con perspectiva de género, o se lo hace patriarcal y estereotipadamente, y entonces, la vulnerabilidad de los colectivos femeninos no tendrá fin, y la igualdad real no tendrá lugar en la sociedad.

Consideraciones críticas

Si bien reconocemos el avance que en el derecho de las familias hemos tenido con la reforma del CCyCN, aún se mantienen ciertas cuestiones que no fueron receptadas, o se hicieron de forma deficiente.

Artículos 19, 20 y 21. El inicio de la existencia humana

En el Libro Primero, Título I, Capítulo 1 del nuevo plexo normativo, el artículo 19 establece que la existencia de la persona humana “comienza con la concepción”. En el proyecto de reforma del Poder Ejecutivo, su redacción era diferente, ya que señalaba que la existencia de la persona humana

... comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de las técnicas de reproducción humana asistida comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión implantado.

Es necesario analizar la redacción adoptada desde varias y diferentes ópticas. En primer término, debemos recordar una vez más que, como se dijo en los fundamentos de la presentación del proyecto, un Código Civil debe construir ficciones a los fines de garantizar determinados derechos en determinadas circunstancias.

Ya Vélez Sarsfield establecía en el artículo 70 del Código derogado que

Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacen con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.²³

Señalemos que se refería a “algunos” derechos y que esos derechos él mismo los restringía solamente a la esfera patrimonial.²⁴ Tanto es así que en el artículo 64 disponía que “tiene lugar la representación de las personas por nacer siempre que estas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia”.

El derecho argentino no ha otorgado ni antes ni ahora el mismo estatus al embrión que a la persona nacida. Si bien el Código Civil vigente dice que una persona lo es desde el momento de la concepción, esta cualidad se encuentra inmediatamente sujeta a su viabilidad, es decir que si no hay nacimiento con vida, no hay persona. Los ejemplos en el Derecho Penal son varios, entre otros, la distinta pena que merece el homicidio en comparación con el aborto, y que este no es punible en grado de tentativa.

Es imposible considerar al embrión como algo estático. Es simplista y contrario al pensamiento científico considerar al embrión en forma genérica sin analizar las distintas etapas de su proceso de desarrollo, se ha dicho que la embriogénesis es un proceso continuo. Es difícil establecer fronteras claras entre los momentos de ese desarrollo, pero se pueden distinguir fases sustancialmente diferentes, derivando en distintos tratamientos legislativos. El único momento cierto en que el embrión cambia de estatus es el nacimiento, dejando de ser parte incompleta de un proceso dinámico. Es por ello que la debida

23. La nota al pie del art. 70 del Código Civil de Vélez Sarsfield corresponde al jurista Savigny, y establece que es preciso que el hijo sea separado completamente de la madre, que viva después de la separación y que sea criatura humana.

24. Vélez Sarsfield, Dalmacio, *Código Civil*, artículo 3290: “El hijo concebido es capaz de suceder. Él que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle. El que estando concebido naciere muerto, tampoco puede sucederle. Nota al artículo: El hijo en el seno de la madre, tiene solo una vida común con ella; el nacimiento puede únicamente darle una vida individual. El derecho, sin embargo, lo considera como hábil para suceder...”.

aproximación de los conceptos jurídicos y biológicos es fijar el momento del nacimiento como principio de la existencia de la persona.

El concepto de viabilidad se introduce en el artículo 21 del nuevo Código y al igual que ya lo hacía Vélez Sarsfield en el artículo 70, se establece que “los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nacen con vida, si no nacen con vida, se considera que la persona nunca existió”.

El análisis complementario del artículo 19 nos muestra que su aplicación es totalmente restringida, y que en realidad debería haberse aclarado en la misma norma que esta consideración y definición es nada más que a los efectos civiles, ya que de otra forma puede llevar a graves confusiones en la aplicación de la norma y en especial en la conciencia social. No es función del Derecho Civil delinear y definir qué somos como seres humanos, sino solamente establecer determinados derechos en determinadas circunstancias. Por ejemplo, los derechos hereditarios en caso del fallecimiento del padre del concebido aún no nacido.

En los fundamentos del anteproyecto del Código se realizó el análisis del artículo postulado para definir el comienzo de la existencia. Se señaló que dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil, sin ingresar en otros ámbitos, como puede ser el Derecho Penal, conducido por otros principios. Desde esa perspectiva, el anteproyecto no varió el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal que se ha conservado hasta su antigua terminología.

De lo expuesto, y de las consideraciones que se harán a continuación, surge con toda claridad que los artículos 19, 20 y 21 no pueden ser invocados en modo alguno más allá que el sentido de que se habla de efectos civiles de este código, y que deben ser interpretados complementariamente. Ello porque la forma en que se receptó el inicio de la vida humana presenta el riesgo de ser utilizada indebidamente en contra de la plena vigencia de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

En suma, se entiende que el concebido es persona desde la concepción, pero sólo a los efectivos civiles. Esto adquiere relevancia en el artículo 2279 de la actual legislación en relación con los derechos here-

ditarios, que considera en ítems diferentes a las personas ya nacidas (inc. a) y a “las concebidas en ese momento que nazcan con vida” (inc. b).

En materia de derecho internacional de los derechos humanos, el fallo “Atavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, la CIDH ha dicho que

... no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance al derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implica imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no la comparten.

Con esto queremos decir que la libertad y el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres no pueden estar supeditados a creencias religiosas ni a interpretaciones estrictas de las leyes. Ello sería no cumplir con los estándares fijados internacionalmente, como por ejemplo los artículos 12 y 16 de la *CEDAW*.

Hubiera sido deseable que el artículo 19 incorporara la aclaración de que se refería solamente a los efectos civiles, ya que las redacciones confusas pueden dar lugar a interpretaciones e invocaciones carentes de veracidad, sobre todo cuando se las quiere dotar de contenidos con creencias ajenas a la temática en cuestión y que pueden convertirse en elementos de negación de derechos.

Es imprescindible tener especial cuidado al legislar sobre cuestiones tan profundas, la habilitación a interpretaciones restrictivas puede hacer de la letra de la ley un estándar de prohibiciones, limitaciones y/o violaciones a derechos humanos fundamentales.²⁵ Ciertos términos que influyen en la conciencia social y el imaginario colectivo pueden transformarse en presiones indebidas, cuyas consecuencias pueden ser trágicas.

25. Minyersky, Nelly; Flah, Lily, “Del embrión a la persona. El proceso de gestación y la interrupción voluntaria del embarazo”, Buenos Aires, Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina, junio de 2017.

Uniones convivenciales. Artículo 509 y siguientes

En relación con la legislación del instituto de las uniones convivenciales, como un tipo distinto de familia y sin dejar de celebrar esta incorporación, consideramos necesario remarcar algunas cuestiones que aún privilegian los matrimonios. Es el caso de la atribución de la vivienda familiar, el artículo 526 (efectos del cese de la unión convivencial) limita la atribución a un plazo que no puede exceder los dos años, ello en contraposición con el artículo 443 (efectos del divorcio), donde es el juez quien deberá determinar el plazo de la atribución, sin ningún límite preestablecido por la ley, además de incorporar otras causales sin contemplar en las uniones convivenciales a las mujeres que no han tenido hijos o hijas con el exconviviente.

Esto provoca una diferencia entre la institución del matrimonio y la convivencia, que se transforma en una discriminación contra las niñas y los niños, cuando sabemos que en toda norma hay que privilegiar el interés superior. Ellos se ven privados de su espacio según sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales.

Se debería haber fijado una cuota alimentaria a favor de la exconviviente durante un período breve de uno o dos años, sin perjuicio del derecho a la compensación económica. Esta institución es de más rápida obtención que la fijación de una compensación.

Convenciones matrimoniales. Posibilidad de elección de regímenes patrimoniales

Otra crítica merece la incorporación de los convenios matrimoniales y la posibilidad de opción entre los regímenes de comunidad o separación de bienes (caps. 2 y 3 del CCyCN), independientemente de que el primero tenga carácter supletorio para el caso de falta de opción. Consideramos que en un camino hacia la igualdad y el respeto entre los integrantes de las familias y aunque la posibilidad de elección se presente como un reconocimiento a la libertad y autonomía de las personas que van a contraer matrimonio, ello no es representativo de la realidad social. Aun las mujeres somos quienes quedamos más relegadas del mercado laboral, tenemos menos acceso que los hombres a empleos formales, e incluso existe todavía disparidad en las re-

muneraciones y falta de aplicación de las leyes de cupo femenino. La posibilidad de opción y de celebración de convenciones matrimoniales vulneran el derecho de las mujeres pues aún no hemos alcanzado igualdad económica y de ingresos. Belluscio considera que consagrar las convenciones matrimoniales constituye una involución por ser injusta su aplicación, y coincidimos con ello.²⁶ Entendemos que se podría traducir en casos violencia económica al seno de la familia.

Conclusión

Analizamos durante el desarrollo del artículo las modificaciones que consideramos trascendentales e importantes en materia de incorporación de derechos de las mujeres, y las que aún falta receptar o readecuar.

No queremos dejar de celebrar la importantísima incorporación de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, especialmente los artículos 25, 26 y 27 y, en particular, al reconocimiento de la competencia médica de estos sujetos. Para su análisis, nos remitimos al reciente desarrollo que sobre el tema se realizó en la revista *Derecho de Familia*.²⁷

La recepción de los tipos de familias, de las distintas formas de filiación, de la autonomía de la voluntad en materia de uniones afectivas y la incorporación del trabajo de cuidado, entre otras, supuso el reconocimiento del multiculturalismo y de las luchas de los colectivos sociales que pugnan por la ampliación de la plataforma de derechos.

El desafío que presentan las modificaciones receptadas en el Código Civil vigente implica analizarlas de forma conjunta y complementaria no sólo con el articulado que compone dicho cuerpo normativo, sino también con los principios y derechos emanados de la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos que componen el llamado bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22 CN).

No sólo las y los legisladoras y legisladores de nuestro país deben, a través de la redacción de las normas, garantizar los derechos a to-

26. Belluscio, Augusto, "La elección del régimen matrimonial por los esposos", en *LL* 1994-A-799.

27. Minyersky, Nelly, "Reflexiones sobre la capacidad civil y competencia médica de niños, niñas y adolescentes", en *Revista Derecho de Familia* N° 85, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018.

dos sus habitantes basándose en los principios de igualdad, libertad y no-discriminación, sino que las y los operadoras y operadores del derecho deben interpretarlas, aplicarlas y hacerlas cumplir de manera tal que garanticen el goce pleno, efectivo y real de derechos que por la calidad de ciudadanos poseen. Para ello es necesario analizar el cuerpo normativo con perspectiva de género, receptando las desigualdades que aún rigen en el colectivo social por razones de género o sexo, problematizarlas y deconstruirlas para lograr la igualdad real no sólo en las leyes, sino en la vida.

Coparentalidad - (des)igualdad. Hacia un feminismo emancipador en el derecho de las familias

Marisa Herrera*

Introducción

Con las energías renovadas de un nuevo Encuentro Nacional de Mujeres en su edición número 33 que ha tenido como núcleo destacado la multitudinaria marcha por barrios periféricos de la ciudad de Trelew al grito –entre tantos otros– de “Mujer, escucha, únete a la lucha”, nos concentramos a problematizar una temática que hace tiempo merecía dedicarle especial atención. Nos referimos al entrecruzamiento entre coparentalidad, interés superior del niñx y feminismo emancipador. Básicamente, si el Código Civil y Comercial (CCyC) en vigencia desde el 1° de agosto del 2015, que recepta como regla el principio de coparentalidad, es decir, el ejercicio de la responsabilidad parental y cuidado personal compartido –ya sea en modalidad indistinta como la que pregona la normativa civil, como la alternada– pasa el test de constitucionalidad y convencionalidad desde la obligada perspectiva de género, siempre sin perder de vista otro eje rector como lo es el interés superior del niño y la consecuente condición de sujeto de derecho.

He aquí una primera consideración que nos parece sustancial: no se trata de proteger a una persona (mujer y/o niñx)¹ en pos o a

* Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Investigadora Independiente del CONICET. Profesora adjunta regular de la Facultad de Derecho (UBA). Profesora titular de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (UNLPam) y de la Facultad de Derecho (UNDAV). Integrante del equipo de redacción del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en temas de infancias, adolescencias, familias, géneros y bioética.

1. El uso de la x es un posicionamiento político teniéndose en cuenta que el lenguaje no es neutro, tal como lo hemos dejado en claro al escribir la primera obra jurídica en la que se sigue esta misma postura (Herrera, Marisa; De La Torre, Natalia; Fernández, Silvia, *Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, Buenos Aires, La Ley, 2018).

costa de vulnerar derechos de otrxs (mujer y/o niñxs); sino de inclinarse siempre por aquellas posturas que tienen en cuenta la satisfacción de ambas categorías que integran o se incluyen dentro de una noción clave desde el enfoque de derechos humanos como lo es el de “vulnerabilidad”.² ¿Acaso es casualidad que el sistema internacional como regional de los derechos humanos se ocupe, entre otras cosas, de visibilizar ciertos grupos o actores sociales sistemáticamente discriminados, silenciados o excluidos como las mujeres a través de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), los niñxs y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), las personas con discapacidad en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, o de manera más reciente, los adultos mayores en la Convención Interamericana sobre derechos de las Personas Mayores? Esta es la lógica que resalta Butler al afirmar que

... lo universal empieza a ser articulado precisamente a través de los desafíos a la formulación que ya existe, y el desafío proviene de aquellos a quienes no incluye, de aquellos que no tienen derecho a ocupar el lugar del “quien”, pero que, sin embargo, exigen que lo universal como tal les incluya.³

De este modo, cuando lo universal no es tal o para ser y parecer tal, se deben llevar adelante diversas acciones tendientes a lograr que las desigualdades se transformen en igualdades, la lucha interna entre los diferentes vulnerables no debería replicar lógicas de exclusión, sumisión o potestades que siempre han girado en torno a las mujeres y a los niñxs y adolescentes en sus propios ámbitos de incumbencia.

La segunda consideración que merece ser remarcada en esta oportunidad se focaliza en una necesaria crítica hacia los “absolutos”, o lo que también se podría denominar “fundamentalismos”, al con-

2. Sólo a modo de ejemplo, cabe traer a colación las Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf> (fecha de consulta: 17/10/2018).

3. Me interesa destacar esta frase de Butler citada y analizada en un trabajo de recomendable lectura: Bedin, Paula, “Debates y redefiniciones en torno a la universalidad: hegemonía y movimientos sociales. Convergencias y divergencias entre Judith Butler y Chantal Mouffe”, en *Crítica Contemporánea. Revista de Teoría Política*, N° 5, diciembre de 2015. Disponible en: <http://cienciassociales.edu.uy/wp-content/uploads/sites/4/2015/12/Bedin.pdf> (fecha de consulta: 16/10/2018).

siderar que ningún principio o regla puede tener excepciones y, por lo tanto, esgrimirse críticas sin tener en cuenta que la realidad social contemporánea es compleja, plural y diversa y por lo tanto, la capacidad de advertir tales divergencias y diferencias debería ser hábil para ampliar y profundizar el campo de estudio. ¿Acaso las ciencias sociales no son de por sí ciencias no exactas? En este contexto, se entiende que se incurriría en una falacia o en limitaciones severas en la perspectiva de análisis si se defendiera a rajatabla y en abstracto un principio o regla sin observar posibles excepciones. ¿Es posible defender la noción de coparentalidad en el marco de una situación de violencia o de abuso? La respuesta negativa se impone. Sucede que el CCyC de conformidad con lo dispuesto en su artículo 2 dedicado a la “Interpretación”, se autoimpone leerse en “modo coherente con todo el ordenamiento”, por lo tanto, la Ley N° 26485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales como todo el *corpus iuris* en materia de infancia y adolescencia integran el ordenamiento junto con la legislación civil y comercial que debe estar en absoluta coherencia.

Un ejemplo elocuente de esta coherencia, coordinación e interacción constantes –y saliendo de la temática en estudio a los fines de ampliar el campo de análisis y así profundizar la perspectiva integral que se propone y se brega del derecho– es el fallo de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén de fecha 06/07/2018.⁴ Aquí se aborda una de las figuras que incorpora el CCyC en clave de género⁵ como lo es la denominada “compensación económica” que básicamente, tiende a compensar –valga la redundancia– el desequilibrio económico producido o que tenga “por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura” (art. 441) o el cese de la unión convivencial (art. 524). Es decir, aquel cónyuge o conviviente que se dedicó al cuidado de los hijos o que por tal razón ha dejado de estar inserta

4. Cám. Apel. Civ. Com. Lab. y Min., Sala I de Neuquén, “M. F. C. vs. C. J. L. s. Compensación económica”, 06/07/2018, RC J 5312/18.

5. Herrera, Marisa, “El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género”, en *LL online* (ref.: AR/DOC/160/2015); Highton, Elena, “Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *LL online* (Ref.: AR/DOC/2598/2015); Molina de Juan, Mariel, “Justicia penal, perspectiva de género y violencia económica”, en *LL online* (Ref.: AR/DOC/1586/2017).

en el mercado laboral formal o de continuar perfeccionándose o desarrollándose en el ámbito profesional, tiene derecho a solicitar una retribución económica. Este derecho debe ejercerlo dentro de los seis meses de dictada la sentencia de divorcio en el caso de matrimonio o de acontecido el cese de la unión convivencial. ¿Qué se debate en la sentencia patagónica? Si es posible aplicar este plazo de caducidad cuando la ruptura de la unión convivencial fue a causa de una situación de violencia de género. Con acierto, la Cámara revocó la decisión de la instancia anterior que había denegado el pedido de compensación al entender que se encontraba caduco el derecho, ya que consideró que

... no se ha valorado desde una perspectiva de género cuál es la situación de las mujeres en relaciones afectivas con esta distribución de roles, fuera del matrimonio [...] no pueden soslayarse las particulares circunstancias que originaron el presente trámite. El “cuadro de situación nos permite concluir que la Sra. M. se retiró de la vivienda como consecuencia del episodio denunciado, en un estado de confusión y vulnerabilidad, y a fin de proteger su propia integridad psico-física y la de su hija. Tal conducta, claramente, no responde a una decisión personal profunda y meditada sobre el cese de la convivencia”.

Este caso es hábil para demostrar cómo una institución como la caducidad en términos generales es razonable,⁶ pero no lo sería en la situación planteada de violencia de género. En otras palabras, cómo la noción de vulnerabilidad y la consecuente interpretación coherente y sistémica de todo el ordenamiento jurídico obliga a advertir y defender las excepciones a la regla.

Realizadas estas consideraciones generales que promueven la necesaria mirada integral del derecho sin caer en reduccionismos o especialidades que, en algunas oportunidades, limitan el estudio de la problemática que se analiza, avanzamos en el entrecruzamiento entre coparentalidad, feminismo emancipador e interés superior del niño.

6. Para profundizar sobre los fundamentos de la caducidad en las compensaciones económicas compulsar Molina de Juan, Mariel, *Compensación Económica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2018, pp. 101-103.

Algunas nociones básicas

El código derogado establecía un sistema por el cual, ante la ruptura de la pareja –casada o no, es decir, matrimonial o extramatrimonial fundado en el principio de igualdad– la mal llamada “tenencia” recaía en favor de las madres de todos aquellos hijxs menores de 5 años, “salvo causas graves que afecten el interés del menor” (art. 206 derogado). Esta normativa había generado una gran cantidad de acertadas críticas. En primer lugar, la noción de “tenencia” se condice más con la idea de los hijxs como objeto de los progenitores y no como sujetos de derecho, cuestión resuelta en la legislación civil vigente que ha reemplazado ese término por el de “cuidado personal”. En consonancia con ello, en el articulado en cuestión se aludía al “menor” sabiendo que, fundado en dicho argumento, las personas menores de edad no son “menos” a nadie, sino que se trata de niñxs de 0 a 13 años de edad, o de adolescentes de 13 hasta que se alcanza la mayoría de edad, a los 18 años (art. 25, CCyC). Ahora bien, desde la cuestión de fondo, la crítica doctrinaria más fuerte se fundaba en el derecho de los hijxs a vincularse con ambos progenitores, tal como lo asevera la CDN en el artículo 18, cuyo primer párrafo dispone que

Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Esto es en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9 del mismo cuerpo normativo al establecer la excepcionalidad de toda separación de los niñxs de sus padres. En esta línea, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su carácter de intérprete último de la Convención Americana de Derechos Humanos que ostenta jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Carta Magna), en el resonado caso “Fornerón y otra c/ Argentina” del 27/04/2012, puso de resalto que

... este Tribunal ha indicado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia.

En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.⁷

Agregándose en esta sentencia –siguiéndose la postura asumida con anterioridad en otro resonado caso, “Atala Riffo y otros c/ Chile” del 24/02/2012– que

... la Corte ha señalado que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.⁸

¿Acaso la aludida preferencia materna no es funcional y reafirma estereotipos de género y profundiza desigualdades? ¿No sigue centrada en una idea tradicional de familia? Precisamente, esto es lo que pretende colocar en tensión la *CEDAW* al establecer en su artículo 16 referido a la obligación de los Estados partes de adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos vinculados a las relaciones familiares, en particular “Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial” (inc. d).

La puesta en crisis de la preferencia materna estrechamente vinculada con la familia tradicional se agravó tras la sanción de la Ley N° 26618, que reconoce el derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo. Sucede que esta normativa derogó tal preferencia sólo para el caso de los matrimonios conformados entre personas del mismo sexo, adoptándose una variable igualitaria para la asignación del

7. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Fornerón y otra c/ Argentina”, 27/04/2012, Considerando 47. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf (fecha de consulta: 17/10/2018).

8. *Ibidem*, Considerando 50.

cuidado personal como lo es el interés superior del niñx.⁹ Esta decisión legislativa dio lugar a que se dijera:

... lamentamos que los bienvenidos “vientos de cambio” en las relaciones familiares que se perfilan luego de la sanción de la Ley N° 26618 no hayan alcanzado algunos aspectos de las relaciones paterno/materno filiales asentadas en las uniones de igual o distinto sexo. Ello en tanto es precisamente, el reconocimiento legal –y por tanto, simbólico– de la homoparentalidad, que descarta de plano la división sexual de roles en la crianza de los hijos, el que permite reforzar la discriminación inherente a las reglas jurídicas masculinas y heterosexuadas que determinan la atribución del cuidado personal del hijo tras la ruptura de la convivencia.¹⁰

Este doble desajuste en términos de géneros (mujer y diversidad sexual) es respondido en el CCyC al receptar el régimen de coparentalidad y a la par o a esos fines, adoptar un lenguaje inclusivo al referirse al término progenitor/es en vez de madre/padre.

De este modo, la preferencia materna no podía ser mantenida por triple fundamento: 1) perspectiva de género, 2) igualdad en razón de la orientación sexual y 3) interés superior del niñx, advirtiéndose que todo hijx tiene derecho a vincularse con sus progenitores (cualquiera sea su identidad) y por lo tanto, *a priori* y en abstracto, entender que no hay un progenitor principal (el que tiene la “tenencia”) y otro secundario o periférico (quien “visita”); sino que ambos son importantes en la vida de los hijxs y tiene derecho a que se respete el vínculo afectivo y jurídico que se forja en cada uno de estos binomios.¹¹

9. El art. 4 de la Ley N° 26618 sustituyó el entonces art. 206 del código derogado manteniendo que “Los hijos menores de CINCO (5) años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor”, y agregando que “En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor”.

10. Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2010, p. 476.

11. Se tiene en cuenta la crítica que hace Margrit Eichler tanto al modelo patriarcal como al modelo de responsabilidad individual de la familia, en el que se propone un modelo de responsabilidad social. Sucede que este último continúa centrado en la perspectiva binaria hombre-mujer y en esa lógica, también al criticarse el modelo individual de familia, se lo hace desde la noción tradicional de familia focalizado en la idea de hombre proveedor-mujer cuidadora y la realidad social contemporánea se la observa un tanto más compleja y dinámica (Eichler, Margrit, “Cambios familiares: familias, políticas e

Asimismo, y a la luz de la obligada perspectiva sistémica, cabría agregar que el régimen de coparentalidad estaría en absoluta consonancia con dos deudas pendientes en la agenda feminista como lo son las políticas de cuidado y la modificación del régimen de licencias. En este sentido, cabe traer a colación las observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Argentina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹² que recomienda al país “reforzar las disposiciones legislativas y las políticas públicas con presupuestos asignados, destinadas a lograr la igualdad de derechos para el hombre y la mujer” y, dentro de este extenso espectro, priorizar en el fortalecimiento y extensión de

... un sistema público de cuidados integral que elimine las brechas sociales y territoriales, a través de la efectiva implementación del plan de igualdad de oportunidades, y promover más activamente políticas de conciliación entre la vida laboral y familiar para hombres y mujeres.

Y la adopción e implementación de “medidas efectivas, incluso medidas temporales, contra los estereotipos sociales contra las mujeres a nivel nacional, provincial y municipal”.

Ahora bien, sería dable ir más allá de todo este constructo jurídico que ha tenido un fuerte desarrollo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional y comparada,¹³ y que la legislación civil y comercial sólo se encargó de legalizar y consolidar, siendo que la coparentalidad como principio o régimen legal de preferencia no ocupa to-

igualdad de género”, en Facio, Alda; Fries, Lorena (edits.), *Género y Derecho*, Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra, Santiago, La Morada, 1999, p. 443 y ss).

12. Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, E/C.12/ARG/CO/4.

13. Amplísima es la bibliografía nacional en torno a la entonces denominada “tenencia compartida” ahora conceptualizada bajo la noción de “coparentalidad”. Sólo se citan algunos trabajos que también destacan el estado del arte en el derecho comparado como ser: Chechile, Cecilia, “Derecho del hijo a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación”, en Grosman, Cecilia P. (dir.); Herrera, Marisa (coord.), *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y Países Asociados*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 293 y ss; Grosman, Cecilia P., “El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o la separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída; Pérez Gallardo, Leonardo B. (coords.), *Nuevos perfiles del Derecho de Familia. Libro Homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 179 y ss; Herrera, Marisa; Latrhop, Fabiola, “Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 32, pp. 143-173. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5024/6012>

das las respuestas jurídicas en materia de relación entre progenitores e hijxs, sino que la cuestión es mucho más compleja aún.

Repensando las reglas de juego: las mismas reglas con otra perspectiva

Centradas en la idea de que el régimen de coparentalidad es el que mejor responde o se condice con los diferentes principios y derechos constitucionales-convencionales que atañen a diferentes colectivos (mujeres, niñxs y diversidades), cabría entonces indagar en torno a cómo debería ser la lectura de tal régimen jurídico para que, finalmente, la protección de la igualdad jurídica sobre la base de la desigualdad real no sea una utopía y, en definitiva, se sigan reafirmando modelos familiares patriarcales. Este sería el desafío que se pretende sintetizar en esta oportunidad.

De base, comprender que la preferencia materna y el presumir que los hijxs quedan bajo el cuidado y responsabilidad de las madres por presunción –y privilegio– legal, no sólo reafirma estereotipos de género tradicionales, sino que profundiza el mandato y la correspondiente culpa¹⁴ que ello genera fundado en el binomio difícil de romper de mujer-madre. ¿Acaso las mujeres no debemos ser las primeras en repudiar campañas como la que se observa en la actualidad en contra de la reforma y profundización de la Ley N° 26150 de Educación Sexual Integral con el *hashtag* #ConMisHijosNoTeMetas? Campaña gráfica que protagoniza una mujer-madre quien se opone a que le brinden educación sexual a su hijo –en masculino– como si los derechos sexuales y reproductivos fueran una materia que le compete a los adultos y dentro de ellos, a las madres. Precisamente, a dicha campaña también se la vincula directamente con dos fuertes críticas desde el feminismo: la defensa de la familia (así en singular) y la pretendida –en términos peyorativos– “ideología de género”. Con relación a esto último, cabe destacar que en diciembre de 2017 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) puso de resalto su preocupación por la decisión del Ministerio de Educación y Ciencias de Paraguay de prohibir la

14. Conocida también como doble carga o responsabilidad.

difusión y utilización de materiales referentes a la “teoría y/o ideología de género”, al entender que ello supone un retroceso para los derechos de las mujeres, de las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas y de las niñas y niños a recibir una educación libre de estereotipos basados en ideas de inferioridad o de subordinación. En ese sentido, se expuso que “Este tipo de medidas suponen una grave omisión del deber del Estado de proteger a la niñez de toda forma de violencia y de discriminación, en todos los ámbitos, y especialmente en la escuela”, agregándose que es alarmante que

... la perspectiva de género sea peyorativamente referida como “ideología de género”. La perspectiva de género es una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres y contra las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas; y un concepto que busca visibilizar la posición de desigualdad y de subordinación estructural de las mujeres a los hombres en razón de su género.¹⁵

En esta línea, cabe traer a colación la Recomendación General N° 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Observación General N° 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta en 2014,¹⁶ en la que se profundiza sobre el empoderamiento de mujeres y niñas, alegándose que

Los Estados partes tienen la obligación de cuestionar y cambiar las ideologías y estructuras patriarcales que impiden a las mujeres y las niñas ejercer plenamente sus derechos humanos y libertades. Para que las mujeres y las niñas superen la exclusión social y la pobreza que muchas padecen y que incrementan su vulnerabilidad a la explotación, las prácticas nocivas y otras formas de violencia por razón de género, es preciso equiparlas con las destrezas y competencias necesarias para hacer valer sus derechos, incluido el de adoptar decisiones autónomas e informadas sobre sus propias vidas. En

15. Oficina de Prensa y Comunicación de la CIDH, “CIDH lamenta la prohibición de la enseñanza de género en Paraguay”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/208.asp> (fecha de consulta: 16/10/2018).

16. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Observación General N° 31 y Comité de los Derechos del Niño Observación General N° 18 sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, 2014. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9925.pdf> (fecha de consulta: 15/10/2018).

este contexto, la educación es un instrumento importante para empoderar a las mujeres y las niñas de manera que reivindicquen sus derechos.¹⁷

Agregándose que

La infancia y, como tarde, la adolescencia temprana son puntos de partida para prestar asistencia tanto a los niños como a las niñas y apoyarlas para que cambien las actitudes basadas en el género y asuman papeles y formas de conducta más positivos en el hogar, en la escuela y en la sociedad en general. Esto conlleva facilitar los debates con ellos acerca de las normas sociales, las actitudes y las expectativas que están asociadas con la feminidad y la masculinidad tradicionales y los papeles estereotipados vinculados al sexo y al género, así como trabajar en colaboración con ellos para apoyar un cambio personal y social dirigido a eliminar la desigualdad basada en el género y promover la importancia de valorar la educación, en especial la educación de las niñas, en un esfuerzo por erradicar las prácticas nocivas que afectan específicamente a las preadolescentes y las adolescentes.¹⁸

En este contexto, sostener decisiones legislativas que mantienen la preferencia materna en el cuidado y responsabilidad de los hijxs, no sólo impide el difícil y complejo sendero hacia la erradicación de prácticas nocivas que consolidan expectativas asociadas a la feminidad tradicional, sino que también, y a la par, reafirman sentimientos de culpa en la construcción del vínculo con los hijxs, dado el importante rol que ocupan las mujeres en el mercado laboral más allá de la persistente brecha salarial y otras tantas discriminaciones existentes y persistentes en el campo laboral y sindical. ¿Acaso no constituye una decisión legislativa emancipadora salirse de todo tipo de preferencia en el cuidado de los hijxs para pasar y profundizar en la noción de co-responsabilidad/parentalidad? ¿Acaso la ley no tiene un fuerte valor pedagógico? ¿El Estado no tiene el deber, a través de diferentes acciones –entre ellas la ley– de colaborar para modificar patrones de conductas que han sido sumamente opresivas en términos de género? En esta línea crítica, cabría preguntarse qué incidencia han tenido en la configuración y gravedad de la violencia de género la educación y formación tradicional, estratificada, verticalista y patriarcal. En otras palabras, la necesidad de indagar acerca de las virtudes del sistema

17. *Ibíd.*, párr. 61.

18. *Ibíd.*, párr. 67.

de coparentalidad con la consecuente flexibilidad en los roles parentales, signados por una vinculación e interacción de carácter horizontal, constituyen elementos centrales para la elaboración de políticas de prevención de uno de los actos de mayor gravedad en términos de conculcación de derechos humanos, como lo es la violencia de género.

En definitiva, esta supuesta y falsa contradicción entre coparentalidad y enfoque de género podría ser vista como un caso más en el que se asevera –con acierto– que a veces los opuestos se encuentran, se parecen o se identifican; o de manera más coloquial, el conocido giro de 360 grados. Es decir, partir del mismo punto de partida que hace tiempo se viene interpellando y que, a pesar de la resistencia de las voces autorales conservadoras que siempre han primado en el derecho de familia en singular, ahora se las estaría observando desde aquellas posturas que, en teoría, defienden con la misma firmeza que aquí el derecho de las familias en plural. ¿Las paradojas del feminismo?

Las excepciones existen y no hay que temerles

La coparentalidad es la regla, tal como lo dispone el CCyC en varios articulados consignados dentro del Título VII dedicado a la “Responsabilidad parental”, otra denominación que también ha sido modificada, en reemplazo de la perimida “patria potestad”, ya que ella era entendible en el contexto del código originario en el que las mujeres éramos consideradas “incapaces de hecho” relativas; concepción diametralmente opuesta a la actual. Además, en la lógica velezana, los hijxs eran también considerados “incapaces” y objeto a la potestad del *pater* familia, por lo cual la noción de responsabilidad parental se condice con la revolución copernicana que ha operado en el campo del derecho de la infancia y adolescencia. En este contexto, fácilmente se advierte que, así como la noción de responsabilidad parental ha sufrido cambios en el plano terminológico por doble presión: los avances en el campo de los derechos de las mujeres y de los derechos de niñxs y adolescentes, también lo ha sido en lo relativo a su contenido por incidencia, en gran parte, de la mencionada coparentalidad.

El artículo 641 referido al ejercicio de la responsabilidad parental establece que esta corresponde a ambos progenitores cuando ellos conviven (inc. a), como así también cuando no conviven (inc. b). ¿Acaso la

separación de los adultos tiene que impactar de manera directa en la relación con los hijxs? Precisamente, como lo que se pretende es diferenciar el vínculo entre los adultos del relativo a progenitores e hijxs, la ley sigue presumiendo –salvo prueba en contrario, o sea, la excepción– que la interacción entre estos últimos no debería verse afectada por la ruptura entre los primeros; máxime cuando es sabido que las parejas en la actualidad se separan mejor o de manera menos conflictiva, o al menos, el CCyC también colabora para ello al derogar el divorcio causado, tanto objetivo como subjetivo o por culpa. ¿Acaso no es sabido que los divorcios conflictivos repercutían de manera directa –y negativa– en los hijxs? Por su parte, en materia de cuidado personal, el CCyC regula dos tipos: el cuidado personal compartido y el unilateral; a su vez, el compartido observa dos modalidades: alternado e indistinto. Al respecto, la legislación civil y comercial se inclina como regla, por el cuidado personal compartido en modalidad indistinta (art. 651),¹⁹ siendo el cuidado personal unilateral la excepción (art. 653).²⁰ En esta lógica, incluso cuando los hijxs se quedan al cuidado de uno de los progenitores, al otro le cabe el correspondiente derecho de comunicación (art. 652).²¹ Esta sería, de manera harto sintética, la estructura básica del régimen jurídico vigente y el que bregaba la doctrina y la jurisprudencia pre-reforma por imperativo constitucional-convencional. Pero esta misma fuerza legal prevé excepciones, y ello sucede cuando la regla no es posible de ser sostenida a la luz del interés superior del niño en su triple faceta de ser: un derecho, un principio y una norma de procedimiento.²²

19. Art. 651: “Reglas generales. A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo”.

20. Art. 653: “Cuidado personal unilateral. Deber de colaboración. En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar: a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; b) la edad del hijo; c) la opinión del hijo; d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente”.

21. Art. 652: “Derecho y deber de comunicación. En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo”.

22. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1). Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> (fecha de consulta: 16/10/2018).

Es en este punto en el que se vuelve a retomar una idea esbozada anteriormente, referida a las excepciones y, en especial, a las situaciones de violencia (en sentido amplio) como consideración clave a ser tenida en cuenta para colocar en crisis la regla, es decir, la coparentalidad. En este marco, así como el CCyC no puede partir del principio de que todas las mujeres somos, por el sólo hecho de ser mujer, las preferidas por la ley para hacernos cargo de manera única de nuestros hijos, tampoco puede presumir que todos los padres son violentos; máxime, si se recuerda que el ordenamiento jurídico reconoce las familias homoparentales (art. 14 bis de la Constitución Nacional), y a quienes les cabe el principio de progresividad y no regresividad que es dable reforzar en los tiempos que corren.

Cuando existe una situación de violencia, el principio de coparentalidad debe ceder, y la excepción del cuidado personal unilateral adquirir protagonismo convirtiéndose ella en la regla; más aún cuando se trata de situaciones de abuso sexual, adquiriendo la suspensión de la comunicación un papel primordial. Centrados en las voces más actuales, es dable destacar que esta postura es avalada por la Corte IDH en un interesante fallo del 08/03/2018 en el caso “V.R.P., V.P.C. y otros c/ Nicaragua”.²³ Se trata de la responsabilidad del Estado por las supuestas irregularidades y situaciones de impunidad en el proceso penal seguido por el delito de violación sexual cometido en contra de la niña que en el momento del hecho contaba con ocho años de edad por parte de su progenitor, miembro del Frente Sandinista para la Liberación Nacional. En esta oportunidad, la máxima instancia judicial regional en materia de derechos humanos reiteró que

... en casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b), dicha Convención obliga de manera específica a los Estados partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De este modo, ante un acto de violencia contra una mujer, sea cometida por un agente estatal o por un particular, resulta especialmente importante que

23. Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, 08/03/2018. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf (fecha de consulta: 17/10/2018).

las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.²⁴

En este contexto, y tras puntualizarse que en el caso se debe llevar adelante “un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña”, se alude al artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos en consonancia con el *corpus iuris* en materia de derechos de infancia y adolescencia, y por lo tanto, la existencia de una “obligación estatal reforzada de debida diligencia”.²⁵ En consonancia con ese plus o refuerzo que se explicita, se señala que

... si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas, niños y adolescentes, el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten.²⁶

Sin perderse de vista que

Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones, con el objeto de que la participación de la niña, niño o adolescente se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio de su interés genuino.²⁷

De esta doctrina contenciosa regional se pueden extraer los siguientes aportes: 1) el deber reforzado del Estado –en especial el Poder Judicial– al intervenir en los casos de mayor gravedad en términos de vulneración de derechos humanos como es el abuso sexual infantil, lo cual vale no sólo para los procesos penales, sino también para los civiles al ordenar la inmediata interrupción de la comunicación entre víctima y victimario; agregándose que tras la reforma introducida al CCyC por

24. *Ibíd.*, párr. 152.

25. *Ibíd.*, párrs. 154 *in fine* y 155.

26. *Ibíd.*, párr. 158.

27. *Ibíd.*, párr. 159.

la Ley N° 27363, el procesamiento por el delito de abuso sexual trae como medida accesoria la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental y la condena, la privación de dicha responsabilidad parental;²⁸ y 2) la participación cuidada de los Niños, Niñas y Adolescentes (NNA), no sólo en lo relativo a la escucha sin sufrir el agravamiento de la situación de violencia a través de medidas revictimizantes por parte de la justicia, sino también mediante la intervención con asistencia letrada especializada. Precisamente, la voz de los NNA en los casos de vulnerabilidad y violencia más extrema como lo es la violencia sexual, es lo que ponderó –con acierto– la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso resuelto el 19/09/2017,²⁹ siguiéndose lo expresado por el Procurador en su dictamen, en el que se puso de resalto de manera general que

Como habitualmente ocurre en supuestos como el de autos, la principal prueba de cargo es el relato de la víctima. En virtud de las dificultades probatorias características de este tipo de delitos, especialmente cuando se cometen en perjuicio de menores y en un contexto intrafamiliar, determinar si la declaración del niño en cámara Gesell es verosímil o no resulta esencial para el esclarecimiento del caso.

Y tras esta aseveración general, se tuvieron en cuenta los informes de las profesionales especializadas del Cuerpo Médico Forense en los que expusieron que

El niño efectuó una narración acorde a su edad y a su compromiso psíquico, [...] que se hallaba afectado fuertemente por factores emocionales, que dichas perturbaciones emergían con fuerza al narrar lo que le había acontecido, y que la figura masculina/paterna aparecía en la psiquis del niño como amenazante y destructiva; con la consecuente “credibilidad integral al testimonio de P”, y los “indicadores propios aunque inespecíficos de abuso sexual” y negaron la existencia de “elementos que puedan hacer presumir la influencia de terceros en su relato”, así como de “rasgos de irrealidad, fantasía o sobrecarga imaginaria”.

28. Para profundizar sobre esta modificación ver Herrera, Marisa; De la Torre, Natalia, “Privación automática de la responsabilidad parental y derechos humanos: de vulnerabilidad y vulnerabilidades en plural”, en *LL online* (Ref.: AR/DOC/1182/2017).

29. CSJN, “RMA s/ querella”, 19/09/2017. Disponible en: *elDial.com* (Ref.: AAA289), publicado el 13/10/2017.

De este modo, se revocó lo dispuesto en instancia anterior –absolución– y se ordenó dictar un nuevo pronunciamiento.

Así, defender la coparentalidad como sistema jurídico central o principio general en la relación jurídica entre progenitores e hijxs, lejos está de avalar la violencia en todas sus formas y menos aún, en sus peores formas como lo es el abuso sexual,³⁰ que constituye la violencia más gravosa hacia NNA.

Dicho esto, cabe hacer otra distinción para seguir mostrando ciertas complejidades y grises que observan las relaciones de familia. Nos referimos a los casos de obstrucción de vínculos cuando no se presenta ni se asoma planteo de abuso sexual alguno. ¿Existen situaciones en las cuales los progenitores –madres y padres, en relaciones de igual o diverso sexo– impiden el vínculo afectivo o comunicación con el otro? La respuesta positiva se impone. Obstrucción que no sólo se observa en el plano nacional (por ejemplo, progenitores que sin dar aviso al otro progenitor se mudan de domicilio), sino también en el internacional mediante los procesos de restitución o sustracción internacional de niñxs. Admitir la existencia de estas situaciones que conculcan el derecho a la

30. Como síntesis, cabe destacar lo expresado por Virginia Berlinerblau al destacar que “A medida que las investigaciones en el campo del abuso sexual infantil devienen más sofisticadas, el estudio de sus consecuencias dañosas ha progresado desde la descripción de meros síntomas, hacia un esfuerzo en conceptualizar el daño psíquico que produce en el niño [...] Diferentes estudios y autores describen lo que se observa a diario en la clínica forense: el ASI afecta negativamente el desarrollo de la personalidad, la conducta sexual y el comportamiento de las NNYA víctimas. Suelen, además, superponerse victimizaciones diversas, complejizando y potenciando estos efectos negativos. Y existe la dificultad de identificar el factor exacto inductor de cada afectación, porque la susceptibilidad individual al daño varía. La fortaleza particular de cada ser NNYA ante las adversidades descarta la formulación de una relación causal única entre el abuso sexual y las secuelas. Por esta y otras variables, el modo en que se manifiestan los efectos de la victimización sexual es variable. Incluso existen mecanismos que hacen que los efectos de haber sido víctima puedan no ser notorios o no ser evidentes en la conducta del niño –con lo que no se reconoce el daño oculto–. Son frecuentes los casos en los que la victimización pasa desapercibida para los adultos del entorno y por lo tanto el niño no es atendido adecuadamente, manteniéndose la afectación “latente” hasta etapas posteriores del desarrollo. Luego puede desatarse con gran fuerza, asociada generalmente a situaciones desencadenantes que difieren de la victimización inicial. Sin embargo, en la literatura científica se han encontrado factores que son mencionados por diversos autores y que muestran similitudes en relación a la gravedad de la victimización sexual y de los factores que agravan el daño” (Berlinerblau, Virginia, “Un fallo que contempla la función clínica reparadora del derecho”, *Revista Derecho de Familia*, 2014-III-14).

comunicación de los niñxs con uno de los progenitores, nada tiene que ver con el falso síndrome³¹ denominado SAP. Precisamente, como ya se adelantó, el CCyC deroga el régimen del divorcio causado por uno incausado con el objetivo, de evitar que cualquier contienda entre los adultos repercuta de manera negativa en la relación con los hijxs. ¿Cuántas veces la supuesta infidelidad de uno de los cónyuges, o el abandono del hogar que hiciera la mujer fundado en situaciones de violencia, traía aparejada la amenaza por parte del otro de ser tildado de “culpable” y el consecuente temor de que ello pudiera tener alguna repercusión en la relación con los hijxs? En este marco, es necesario diferenciar supuestos muy diversos que encierran problemáticas entre los adultos con clara incidencia o impacto en los hijxs, de problemáticas que afectan directamente a los hijxs por actos de violencia hacia uno de los progenitores y/o a los hijxs. De allí la importancia de distinguir conceptos como el de coparentalidad, comunicación, impedimento de contacto, violencia y abuso sexual que son bien disímiles, so pena de incurrir en un reduccionismo analítico.

Como se ha explicado en alguna oportunidad,³² en el derecho brasileño bajo la denominación de alienación parental se regulan tanto

31. Desde el vamos, se debe poner en crisis la idea de que exista un “síndrome” porque para ser tal, se debería dar una cantidad de requisitos o conjuntos “sintomáticos” o cuadros clínicos que se repiten, reiteran o concurren en tiempo y forma y se verifican a través de estudios apropiados; nada de esto ocurre en torno al SAP. ¿Acaso alguien podría sostener la existencia de un “síndrome” por parte de aquellas personas que pretenden adoptar y que ante el paso del tiempo sin lograrlo, deciden llevar adelante maniobras ilegales para alcanzar, a cualquier costo, ser padres? En este marco, pretender elevar al rango de “síndrome” determinadas conductas sociales conduce a un reduccionismo analítico con el efecto negativo que se deriva de ello por las consecuencias perversas que se derivan al comprometer la violencia más extrema hacia niñxs y adolescentes como lo es el abuso sexual intrafamiliar (Giberti, Eva, *Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes. Un daño horroroso que persiste en el interior de las familias*, Buenos Aires, Noveduc, 2015).

32. Herrera, Marisa, “Responsabilidad civil y Responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación entre padres e hijos. Los límites del derecho”, publicado en LL 2011-A, que ha sido criticado por algunas voces feministas al punto de decir que allí se “promovía” el falso SAP, cuando allí no se profundizaba sobre este tema, sino que sólo se procedió a analizar el primer fallo (una vez más, nos referimos al campo de la excepción) en el que un tribunal –la sala II de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca– tuvo que expedirse en un reclamo de daños y perjuicios incoado por un padre contra la madre, quien omitió información relevante (que el hijo tenía una enfermedad en el recto) y, por lo tanto, el médico tratante había diagnosticado un cuadro compatible con abuso sexual, habiendo estado privado de la libertad y 7 años sin tener contacto con su hijo, focalizándose en el artículo en la cuestión de

las situaciones de abuso sexual como la figura del impedimento de contacto.³³ En cambio, en el derecho argentino –principalmente– se ha vinculado este falso síndrome para desacreditar la palabra de los NNA víctimas de abuso sexual y así impedir el proceso penal y cualquier restricción de contacto con el victimario (con el consecuente cuidado que se deriva de tal prohibición de comunicación). ¿Acaso, tal como se ha visto en el caso de la Corte IDH, ante la situación de violencia sexual, no se refuerza el deber de actuación/intervención de protección por parte del Estado? Ello se cumple siempre, si de mínima o de base se procede a dictar las medidas pertinentes tendientes a interrumpir el vínculo entre víctima y victimario. De este modo, sería imposible jurídicamente incurrir en el delito de impedimento de contacto (Ley N° 24270) cuando el apartamiento se encuentra justificado al priorizar un derecho (integridad), por sobre cualquier derecho que pudiera alegar el progenitor, presunto autor del abuso sexual. Es evidente que el principio de razonabilidad se inclina a favor del más vulnerable a quien le cabe la aplicación del principio *pro minoris* o *pro debilis*.

Ahora bien, al falso SAP –de manera excepcional– se lo ha vinculado en el derecho argentino a situaciones en las cuales no está comprometido el abuso sexual, sino conductas obstruccionistas. Un ejemplo de ello se observa en el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires del 22/06/2016, en el que un padre obstaculiza el vínculo con la madre y los hijos, quienes también se niegan a relacionarse con ella, sin aludirse a situación de abuso sexual alguna. Aquí, Pettigiani en su voto destacó de manera clara y elocuente que

... la tesis del doctor Gardner carece de consenso científico. Tanto para la Organización Mundial de la Salud como para la Asociación Americana de Psiquiatría, el SAP no posee comprobación médica y por eso las dos principales nomencladoras del diagnóstico psicopatológico profesional a escala mundial (el CIE-10 y el DSM) han rechazado hasta ahora su inclusión en la lista de síndromes [...] Otro tanto sucede con los pronunciamientos desfavorables a su conceptualización clínica como síndrome, realizados por la Asociación Americana de Psicología [...] la

la cuantificación del daño al tratarse de un trabajo dedicado a la responsabilidad civil (derecho de daños). ¿Este análisis de un fallo excepcional es hábil para afirmar que se promueve el SAP? La respuesta negativa una vez más se impone.

33. Ley N° 12319/2010.

Asociación Médica Americana, la Asociación Americana de Psicólogos, la Asociación Española de Neuropsiquiatría [...] En la misma tesitura se encuentran los pronunciamientos contrarios a su rigor científico, efectuados por el Colegio de Psicólogos de la Provincia de Buenos Aires [...] y la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de La Plata ...

Ahora bien, más allá de este debate, es posible apreciar de las constancias de la causa que si bien de las pericias realizadas emana la necesidad de fortalecer el vínculo materno filial, que se encuentra dañado, no surge de ellas la verificación de una incidencia paterna que pueda ser calificada de alienante en perjuicio de los menores [...] Una situación de permanente y creciente confrontación y continua desautorización mutua y desacuerdo que ha desdibujado el rol dual de autoridad de los padres, impidiendo la conformación de un subsistema parental en el cual se puedan impartir normas y educación en forma simultánea y coparticipativa, con aliento a la libre circulación de los niños por ambos contextos materno y paterno. En la superficie, los menores justifican la selección de ese contexto alegando malos tratos de parte de su madre, así como que esta habría realizado actos con el objeto de perjudicar su vinculación con su padre (como el cambio de turno en el colegio al que asistían) [...]. Asimismo, expresan cierta preferencia por el entorno familiar alternativo construido por el padre con su nueva pareja, en desmedro del reformulado por la madre [...] Pero su verdadera causa no posee relación alguna con la eventual impericia o negligencia de la progenitora para el ejercicio de su función materna, sino que se encuentra definida por la posición que los niños han tomado en el conflicto adulto, que ha abolido la coparentalidad y los ha obligado a tomar partido, manifestando una solidaridad mayor con el subsistema paterno, en oposición al materno.

En este marco, se asevera que

A pesar de las denuncias cruzadas de manipulación, las actitudes de los menores no pueden ser atribuidas a una posible alienación parental. Pues a partir de las constancias de la causa, en este estado, a falta de una específica opinión terapéutica en dicho sentido, no es posible apreciar que el progenitor de los niños haya incurrido en las conductas compatibles con dicho cuadro, como tampoco –más allá de su eventual falta de aliento para que los niños compartan más actividades con su madre [...] en una deliberada actitud obstruccionista sobre el vínculo afectivo habido entre esta y sus hijos, dirigida a impedir o dificultar que los vea o ejerza su responsabilidad parental (Herrera, Marisa, “Responsabilidad civil y Responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación

entre padres e hijos. Los límites del derecho”, en *LL* 2011-A-1091; también, Jáuregui, Rodolfo G., “Un caso doloroso y una adecuada solución que limita el ejercicio abusivo e irregular de la responsabilidad parental”, en *LLBA*, febrero de 2013, p. 23). Más bien, como fuera expuesto, los menores han sido colocados por ambos padres, por sus constantes e irreconciliables enfrentamientos, en la difícil situación de tener que elegir entre uno de ellos para sobrevivir al conflicto adulto, y en ese trance, en general, la autoridad materna ha resultado afectada.³⁴

También resulta interesante traer a colación otro precedente dictado por la máxima instancia judicial mendocina con fecha 16/08/2016.³⁵ Se trata de un matrimonio que tiene un hijo, I., nacido en el año 2000, y que al divorciarse, su cuidado (en ese entonces, denominada “tenencia”) había quedado a cargo de la madre con un régimen de comunicación que no era pacífico. El 13/04/2009 se presenta el padre con su hijo y solicita la guarda provisoria y que se ordene la prohibición de acercamiento de la madre. Acompaña un informe psicológico del niño, en el que la profesional refiere una relación conflictiva de I. con su mamá, episodios de violencia verbal y física, maltrato, temor del niño por su propia vida; y un vínculo de contención y afecto por parte de su papá. En este contexto, el juez ordena mantener al niño bajo la guarda provisoria de su padre, hasta tanto se tramite el proceso de fondo para determinar el cuidado personal. Luego de rendidas distintas pruebas e informes psicológicos, el 10/09/2009 la jueza ordena

34. SCBA, “S., D. contra D., M. N. Tenencia de hijos”, 22/06/2016. Disponible en: <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=134193> (fecha de consulta: 17/10/2018). Como se puede observar, aquí se lleva adelante una correcta interpretación del trabajo mencionado en la nota anterior, ya que admitir que hay situaciones que impiden o dificultan el vínculo entre un progenitor y su hijx por parte del otro progenitor, no implica en absoluto avalar la existencia de un falso síndrome, ni mucho menos afirmar que los abusos sexuales intrafamiliares no existen o son inventados. Hacer decir lo que no se dice, además de ser un acto de elocuente tergiversación, constituye una animosidad que en nada colabora –todo lo contrario– a profundizar en dos temas de gravedad y que vulneran derechos humanos de niñas y adolescentes –más uno que otro– como lo son el abuso sexual intrafamiliar por un lado, y las desavenencias vinculares, por el otro. Ello, claramente, cuando tal desavenencia o impedimento no se funda en la sospecha de abuso sexual, siendo este supuesto de suma envergadura para procederse con urgencia a interrumpir de manera cautelar toda comunicación. En otras palabras, este supuesto constituye la principal excepción a la regla de la coparentalidad.

35. SC, Mendoza, Sala I, “F., M. C. por sí y p. s. h. m. s/ medida autosatisfactiva p/ rec. ext. de inconstit. – casación”, 16/08/2016. Disponible en: *LL Online* AR/JUR/82007/2016

el reintegro del niño a su madre, con un régimen de comunicación a favor del padre de alta frecuencia. Para decidir en tal sentido, se considera que no se confirmó a lo largo del proceso la existencia de hechos de violencia en cabeza de la madre que justificaran privarla del cuidado de su hijo, disponiéndose además de manera obligatoria terapia vincular por parte de todo el grupo familiar. Cuando se intenta hacer efectiva la sentencia y reintegrarse el niño a su madre, el hijo opone una gran resistencia, por lo cual la justicia dispuso que el reintegro fuere paulatino, fijando un régimen de comunicación diario en presencia de un asistente social del Cuerpo de Delegados y en la guardería de los juzgados de Familia. Finalmente, los primeros días de marzo del 2010, el niño vuelve a vivir con su madre. El 15/03/2010 la jueza celebra una audiencia con el niño en la que manifiesta que está bien con su mamá y que por 30 días no quiere ver a su papá y “que hará lo que diga su mamá; que si su mamá lo deja, lo ve, y si no, no” (*sic*). A partir de esa fecha, el padre no pudo tener más contacto con su hijo, reiterando el niño en una nueva audiencia que no desea ver al padre y que “todo lo que dijo antes respecto a su madre fue mentira”. En este contexto, se ordena un régimen provisorio de revinculación entre el niño y su padre, a los fines de restablecer el contacto filial, teniendo en cuenta la ausencia total de comunicación paterno/filial; además impone a la madre la obligación de cumplir con el régimen de comunicación bajo apercibimiento de disponer las sanciones que pudieran corresponder. Esa resolución es apelada por la madre, la Cámara de Apelaciones de Familia hace lugar en forma parcial a los recursos de apelación interpuestos y rechaza de manera temporal el pedido de revinculación inmediata e inaudita parte y a la par, dispone que ambos progenitores y su hijo realicen terapia familiar bajo mandato. Esta decisión es apelada y el caso llega a la Suprema Corte de Justicia de Mendoza cuando el hijo ya cuenta con casi 16 años de edad. ¿Qué se resuelve? Por aplicación del artículo 26 del CCyC que recepta el principio de autonomía progresiva de NNA y por lo tanto, que toda persona desde los 16 años debe ser considerado como un adulto para el cuidado de su propio cuerpo, se entiende que tal noción no sólo compromete la salud física, sino también la psíquica, y por lo cual, no se lo puede obligar a realizar terapia bajo mandato y a vincularse con su padre por orden judicial.

Más allá del acierto en torno al valor y peso de la palabra del hijo ya adolescente, es dable destacar lo que se aseveró en la sentencia:

Pero en esta triste historia, el odio entre los padres ha sido tan radical que han causado en I. un daño de muy difícil abordaje desde el punto de vista de la justicia reparadora. El derecho se encuentra prácticamente impotente frente a un caso así. No hay modo razonable de imponer a I. que acepte a su padre. No hay terapia a la que pueda obligársele a asistir, porque ya se ha intentado todo y siempre con resultados negativos. Lamentablemente, los padres de I. no tuvieron el amor ni la generosidad suficiente hacia su hijo como para enseñarle a amar, aceptar y respetar a toda su familia; como para permitirle crecer con el amor de los dos y de toda su familia extensa, en un ambiente de vínculos saludables. Sólo le enseñaron que, mientras estaba con uno de ellos, debía odiar al otro; debía mentir en contra del otro; inventar situaciones para perjudicar al que le convenía en ese momento. Y luego, de un momento para otro, cambiar la versión de los hechos, desdecirse de todo lo dicho y hecho antes en contra de uno, para comenzar a repudiar y rechazar al otro.

En definitiva, autonomía progresiva y libertad para decidir de NNA y a la par, los límites a la intervención judicial.

Entonces, es dable diferenciar las denuncias de abuso sexual de cualquier otra situación que dificulta la comunicación entre progenitores e hijxs y en las cuales nada tiene que ver la violencia más aberrante que puede sufrir un NNA. En esta línea, existen sentencias de impedimento de contacto que no se vinculan con denuncias de abuso sexual,³⁶ o situaciones en las que se dirimen conflictos sobre la comunicación entre progenitores e incluso, un progenitor y un pariente (los supuestos de abuelos que no pueden ver a sus nietos por negativa de uno o ambos progenitores) en los que tampoco se ventilan situaciones de abuso sexual.³⁷

Por otra parte, es necesario revalorizar la voz de los NNA, partiendo de la credibilidad de lo que expresan cuando se trata de situaciones de abuso sexual, punto de partida ineludible en la misma línea o bajo la

36. CSJN, “R.V. s/Infracción ley 24.270”, 18/09/2018. Disponible en: elDial.com (referencia: AAAC60); CN Crim. y Correc., Sala I, “M., S. A. Sobreseimiento”, 30/05/2018. Disponible en: elDial.com (referencia: AAABOF); y de la misma Sala I, “G., M. A. s/ audiencia de contacto”, 21/02/2017. Disponible en: elDial.com (referencia: AA9E33).

37. Para un panorama general sobre la jurisprudencia al respecto ver Faraoni, Fabián E., Ramacciotti, Edith L.; Rossi, Julia, *Régimen Comunicacional. Visión doctrinaria*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2011.

misma lógica que la interrupción de toda comunicación con el presunto autor; ambas constituyen claras acciones protectorias.

La palabra de NNA constituye una manda constitucional-convenacional en todas las situaciones que los afectan de manera directa o indirecta que emana del artículo 12 de la CDN, reafirmado y profundizado en la Observación General N° 12 del 2009 sobre “El derecho del niño a ser escuchado”.³⁸ Tal es así que se presentó un proyecto de ley en el que se pretende adicionar como artículo 27 bis a la Ley N° 26061 una disposición que regule los procesos “que involucren la vinculación o revinculación con sus progenitores, representantes legales, progenitores afines u otros referentes afectivos”. Se establecieron entre otras consideraciones la de “preservar y proteger primordialmente, el derecho a la salud mental de los niños, niñas y adolescentes, debiendo considerarse y respetarse sus tiempos y su situación emocional, evitando la revictimización del niño, niña o adolescente” y que

... si se trata de un o una adolescente, su negativa a la vinculación o revinculación se presume fundada, de conformidad con el ejercicio de su autonomía progresiva y del derecho al cuidado al propio cuerpo que involucra su salud mental prevista en el art. 26 del Código Civil y Comercial, excepto prueba en contrario. Cuando la opinión del niño, niña o adolescente contradiga la opinión del/a auxiliar de justicia, incluyendo al Ministerio Público y profesionales no jurídicos intervinientes, entre otros, el juez o la autoridad administrativa deberá tener primordialmente en cuenta la opinión del niño, niña adolescente y de su asistente letrado/a, debiendo fundarse el apartamiento de la misma si se decidiera en contrario.³⁹

He aquí también otra cuestión que es dable dilucidar y diferenciar para una correcta interpretación que gira en torno a la disyuntiva entre la palabra genuina de NNA y las influencias que estos pueden tener de sus referentes afectivos (es más amplia la cuestión, no se debe circunscribir a los progenitores). Precisamente, tanto en el fallo sintetizado de la Corte IDH como en el mencionado caso resuelto por la Corte Federal, la voz de los NNA es colocada en un lugar central, a tal punto que en este último se enfatizó que

38. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf> (fecha de consulta: 17/10/2018).

39. Proyecto 1581-D-2018.

... la asistencia técnica de R se agravó por la manera en que los jueces descartaron la hipótesis de que se trató de un relato inducido por la madre del menor, y por la dureza con la que, a su entender, juzgaron la actuación de los peritos de la defensa y ponderaron la prueba de descargo en general.

¿Se duda del niño o del adulto? Una vez más, resaltar la voz de los principales protagonistas es central y a la par, se debe contar con operadores formados para llevar adelante una adecuada lectura que permita discernir situaciones de influencia (por ejemplo, un progenitor desacredita al otro o a su familia y ello es transmitido al hijx), de situaciones –como enseña Berlinerblau– de “alineación parental”, en el que el hijx se alinea con el progenitor protector porque es víctima o testigo de la violencia que ejerce el otro progenitor. ¿Cuánto le debe la correcta resolución de todos estos casos, variados y complejos, a la profundización de la noción de los NNA como sujetos de derecho, con el reconocimiento de su autonomía progresiva y la pertinente intervención con asistencia letrada especializada?

Precisamente, dado el lugar que ocupan los progenitores en la vida de los hijxs no por casualidad, los primeros conflictos en los cuales se ha admitido la figura del abogado del niño han sido en procesos judiciales en los que se dirimían el ejercicio de la responsabilidad parental y cuidado personal de los hijxs tras la ruptura de la pareja. ¿El caso resuelto por la justicia mendocina no hubiera ameritado la intervención de I. con la debida defensa técnica o patrocinio letrado? Influencia que, como bien es sabido, excede el marco de las relaciones entre progenitores e hijos y se las puede advertir en otros ámbitos como aconteció en el mencionado caso “Fornerón”, quien nunca pudo mantener un vínculo afectivo con su hija debido a la resistencia y sentimientos negativos generados por los padres adoptivos en contra de su padre biológico.

Brevísimas palabras de cierre

Se dice que el tiempo es tirano, el espacio también. Imposible abordar tantas y tan complejas temáticas que se relacionan entre sí, pero también a la vez deben ser diferenciadas y ubicadas en su justo lugar, so pena de incurrirse en errores conceptuales y falacias argumentativas que, en vez de aclarar, oscurecen la visual en un terreno muy propicio para ello.

Así como no se debe caer en la supuesta colisión o contradicción entre derechos de las mujeres vs. derechos de la diversidad sexual, tampoco se debe incurrir en una confrontación entre derechos de las mujeres vs. derechos de niñxs y adolescentes. Una clara muestra de este equilibrio y satisfacción de todas las miradas y los colectivos ha sido la mencionada reforma que introduce la Ley N° 27363 de privación automática de la responsabilidad parental que opera, no sólo en casos de femicidio, sino también cuando el delito de homicidio involucra a una pareja conformada por personas del mismo sexo (de allí que también se alude en la normativa a los supuestos de homicidio agravado por el vínculo previsto en el artículo 80 inciso 1 del Código Penal), y también a los delitos contra la integridad sexual y por lo tanto, tal privación también acontece como accesoria de la pena condenatoria cuando un progenitor abusa sexualmente de su hijx.

En esta línea en la que se sigue y defiende una necesaria perspectiva sistémica, hábil para observar y reconocer diferentes actores, vulnerabilidades y derechos, también se ponen de resalto las virtudes del régimen de la coparentalidad como el más beneficioso en clave emancipadora; que se anima en serio, a salirse de la combinación absolutamente patriarcal y opresiva signada por la naturalización del binomio mujer-madre, los roles estereotipados de género y la concepción clásica y conservadora de familia en singular. En este contexto, es dable afirmar que el cuidado personal compartido constituye una herramienta legislativa contemporánea hábil en esta ardua, sinuosa y compleja lucha por la libertad y autonomía de las mujeres. Esto como principio, siempre sin perderse de vista las excepciones que deben ser visualizadas –con la misma intensidad que dicho principio– cuando se trata de situaciones de violencia y más aún de la violencia más extrema como lo es el abuso sexual. Acá no hay libertad, ni autonomía posible; en estos casos también hay opresión y de la más cruda y profunda. Precisamente por ello, estas excepciones deben generar un deber estatal reforzado, lo cual significa una especial atención por parte de aquellos que están llamados a intervenir de manera urgente y eficaz.

Hacer ciencias sociales –la menos exacta, perfecta y estructurada de todas las ciencias– y animarse a analizar, tanto las reglas como las excepciones, advirtiéndose los diferentes derechos e intereses en juego, sin enrolarse en posturas y visiones clásicas, no es tarea sencilla.

Ya lo ha dicho con la pluma exquisita que lo caracteriza el recordado Cortázar: “Parezco haber nacido para no aceptar las cosas tal como me son dadas”. Esta supuesta “desobediencia” forma parte de un clima de época, de los vientos feministas que nos envuelven en diferentes direcciones; con las lógicas y las bienvenidas contradicciones que se generan desde el adentro y para el afuera.

Bibliografía

ACNUR, Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

BEDIN, Paula, “Debates y redefiniciones en torno a la universalidad: hegemonía y movimientos sociales. Convergencias y divergencias entre Judith Butler y Chantal Mouffe”, en *Crítica Contemporánea. Revista de Teoría Política*, N° 5, Montevideo, Universidad de la República, diciembre de 2015. Disponible en: <http://cienciassociales.edu.uy/wp-content/uploads/sites/4/2015/12/Bedin.pdf>

BERLINERBLAU, Virginia, “Un fallo que contempla la función clínica reparadora del derecho”, en *Revista Derecho de Familia*, 2014-III-14.

CÁMARA DE APEL. CIV., COM., LAB., Y MIN., Sala I de Neuquén, “M. F. C. vs. C. J. L. s. Compensación económica”, 06/07/2018, RC J 5312/18.

CHECHILE, Cecilia, “Derecho del hijo a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación”, en GROSMAN, Cecilia P. (dir.) / HERRERA, Marisa (coord.), *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y Países Asociados*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, artículo 3, párrafo 1, 2013. Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Observación General N° 31; COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 18 sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, 2014. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9925.pdf>

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS, E/C.12/ARG/CO/4.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Fornerón y otra contra Argentina”, 27/04/2012, considerando 47. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

_____, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, 08/03/2018. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, “R.V. s/Infracción ley 24.270”, 18/09/2018. Disponible en: elDial.com (referencia: AAAC60); CÁMARA NACIONAL CRIMINAL y CORRECCIONAL, Sala 1, “M., S. A. Sobreseimiento”, 30/05/2018. Disponible en: elDial.com (referencia: AAAB0F); y de la misma Sala 1, “G., M. A. s/audiencia de contacto”, 21/02/2017. Disponible en: elDial.com (referencia: AA9E33).

_____, “R M A s/ querella”, 19/09/2017. Disponible en: elDial.com (referencia: AAA289, publicado el 13/10/2017).

EICHLER, Margrit, “Cambios familiares: familias, políticas e igualdad de género”, en FACIO, Alda / FRIES, Lorena (edits.), *Género y Derecho*, Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra, Santiago, La Morada, 1999.

FARAONI, Fabián E. / RAMACCIOTTI, Edith L. / ROSSI, Julia, *Régimen Comunicacional*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2011.

GIBERTI, Eva, *Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes. Un daño horroso que persiste en el interior de las familias*, Buenos Aires, Noveduc, 2015.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés / FAMÁ, María Victoria / HERRERA, Marisa, *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2010.

GROSMAN, Cecilia P., “El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o la separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída / PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coords.), *Nuevos perfiles del Derecho de Familia. Libro Homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.

HERRERA, Marisa “Responsabilidad civil y Responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación entre padres e hijos. Los límites del derecho”, publicado en *LL* 2011-A.

_____, “El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género”, *LL online* (Ref.: AR/DOC/160/2015).

HERRERA, Marisa / DE LA TORRE, Natalia, “Privación automática de la responsabilidad parental y derechos humanos: de vulnerabilidad y vulnerabilidades en plural”, *LL online* (Ref.: AR/DOC/1182/2017).

HERRERA, Marisa / DE LA TORRE, Natalia / FERNÁNDEZ, Silvia, *Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, Buenos Aires, La Ley, 2018.

HERRERA, Marisa / LATRHOP, Fabiola, “Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 32. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5024/6012>

HIGHTON, Elena, “Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *LL online* (Ref.: AR/DOC/2598/2015).

HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, Proyecto 1581-D-2018.

MOLINA DE JUAN, Mariel, *Compensación Económica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2018.

_____, “Justicia penal, perspectiva de género y violencia económica”, *LL online* (Ref.: AR/DOC/1586/2017).

OFICINA DE PRENSA Y COMUNICACIÓN DE LA CIDH, “CIDH lamenta la prohibición de la enseñanza de género en Paraguay”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/208.asp>

ONU / COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación general N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado” (referencia: CRC/C/GC/12, 2009). Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

SC, Mendoza, Sala I, 16/08/2016, “F., M. C. por sí y p. s. h. m. s/ medida autosatisfactiva p/ rec.ext. deinconstit. – casación”, Disponible en: *LL online* AR/JUR/82007/2016

SCBA, 22/06/2016, “S., D. contra D., M. N. Tenencia de hijos”. Disponible en: <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=134193>

El derecho a la vivienda adecuada y las mujeres: tendencias desde el derecho internacional de los derechos humanos

María Victoria Ricciardi*

Introducción

En la actualidad, uno de los fenómenos más relevantes que enfrenta el mundo es el de su creciente urbanización. Por primera vez, la mayoría de las personas en el mundo viven en ciudades, y se espera que, para 2030, seis de cada diez personas en el mundo vivan en áreas urbanas. Las ciudades enfrentan desafíos demográficos, medioambientales, económicos, sociales y espaciales sin precedentes y muchas parecen poco preparadas para enfrentarlos. En particular, el actual modelo de urbanización resulta poco sustentable en varios niveles y se caracteriza por generar distintas formas de inequidad, exclusión y privación como también importantes desigualdades espaciales conformadas por comunidades segregadas, barrios informales y personas sin vivienda.¹ En este sentido, se calcula que más de 1000 millones de personas viven en asentamientos informales y 100 millones viven sin techo.² Las consecuencias de este enorme fenómeno no afectan a todos

* Master of Law por la Universidad de Texas, Austin. Abogada de la Universidad de Buenos Aires. Fue becaria *Fulbright*, completó un LL. M. en la Universidad de Texas en Austin. Se desempeña en el Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Integra el Instituto del Conurbano de la Universidad Nacional de General Sarmiento y participó en proyectos de investigación financiados por el CONICET. Trabajó en el Programa de Mujeres y Vivienda del Centro por el Derecho y Contra los Desalojos. Docente de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Palermo. Autora de diversos artículos relacionados con el derecho a la vivienda, al hábitat y su relación con los derechos de las mujeres.

1. UN-HABITAT, *World Cities Report 2016: Urbanization and Development, Emerging Futures*, Nueva York, 2016.

2. Fernandes, Edésio, “Regularización de asentamientos informales en América Latina”, Informe sobre Enfoque en Políticas de Suelo, Lincoln Institute of Land Policy, 2011.

por igual y, así, sus consecuencias negativas recaen especialmente sobre los sectores más pobres de la sociedad, entre ellos las mujeres.

Esta realidad ha tenido su correlato en el mundo del derecho, y en particular, en el mundo de los derechos humanos que, en las últimas décadas, ha tomado nota sobre la necesidad de brindar atención a aquellos derechos comprometidos con el fenómeno del crecimiento desigual de las urbes y los desplazamientos masivos de grupos desde y hacia las ciudades, entre ellos, el derecho a la vivienda. Es así, como –desde la década de los noventa en adelante– se verifica en el marco del derecho internacional un robusto desarrollo normativo del derecho a la vivienda³ concomitante con el crecimiento de la judicialización de los derechos sociales en distintas regiones del mundo.

Por su parte, desde temprano el sistema de derechos humanos recibió críticas desde el feminismo por haber sido desarrollado sin tener en cuenta las necesidades, experiencias y puntos de vista de las mujeres.⁴ De hecho, una nota más que saliente fue la demora del sistema de derechos humanos en tratar explícitamente la violencia contra las mujeres como una violación de derechos humanos. Frente a estas críticas, el sistema reaccionó impulsando distintas estrategias tanto para dar respuesta a las violaciones de derechos sufridas por las mujeres como para adaptar su contenido. Así, se hicieron esfuerzos para fortalecer los órganos dedicados a la defensa de los derechos humanos de las mujeres, dar impulso a estrategias de *transversalización* para la inclusión de la dimensión de género en el desarrollo de distintos derechos y en distintas áreas y actividades, conocer las experiencias de las mujeres de primera mano, entre otras. En el caso del derecho a la vivienda, a partir de la década del 2000, se comprueba una especial preocupación por exponer los problemas que afectan a las mujeres en el acceso a la vivienda, y a la vez, visibilizar cómo la falta de vivienda adecuada afecta la vida de las mujeres y opera como causa y consecuencia de violaciones a sus derechos.

3. Leckie, Scott; Hulchanski, David, “The Human Right to Adequate Housing 1945 to 1999: Chronology of United Nations Activity”, en *COHRE*, 2000.

4. Charlesworth, Hilary, “What are Womens International Human Rights?”, en *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, ed. Rebecca Cook, 1994. Para un análisis actual, ver Brooks, Rosa Ehrenreich, “Feminism and International Law: An Opportunity for Transformation”, en *Yale Journal of Law & Feminism*, Vol. 14, I: 2, Article 14. Disponible en: <http://digital-commons.law.yale.edu/yjlf/vol14/iss2/14>

Este artículo se propone realizar un breve resumen de los aportes realizados por la Relatoría de la Vivienda Adecuada en materia de derecho a la vivienda y las mujeres, de manera tal que su conocimiento pueda contribuir a reflexionar sobre la necesidad de una ampliación de la agenda feminista para la inclusión en un lugar más central de la lucha por el goce igualitario de los derechos económicos, entre ellos el derecho a una vivienda adecuada.

El derecho a la vivienda y las mujeres: su desarrollo en el derecho internacional

El año 2000 resultó clave para el desarrollo del derecho a la vivienda y las mujeres. Por un lado, el 17 de abril de ese año, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁵ decidió dar un paso trascendental para el desarrollo del derecho a la vivienda adecuada, en general, y el derecho a la vivienda y las mujeres en particular. A través de la Resolución N° 2000/9 decidió nombrar un Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante de un nivel de vida adecuado⁶ (en adelante Relator de vivienda adecuada o Relator de la vivienda) cuyo mandato debía centrarse en desarrollar normativamente el derecho a la vivienda. La Comisión detalló los ejes sobre los cuales debía trabajar el Relator durante su mandato, estos incluían una variedad de temas y actividades: informar sobre el grado de cumplimiento del derecho a la vivienda en el mundo, identificar los obstáculos para su goce, cooperar con los Gobiernos para garantizar su cumplimiento, entablar diálogos entre distintos organismos tanto de las Naciones Unidas como de la sociedad civil y de instituciones financieras, incluir cuestiones de derecho a la vivienda en distintas tareas de las Naciones Unidas, entre otras. De manera específica, la Comisión de Derechos

5. Langford, Malcom (ed.) *Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales: tendencias emergentes del derecho internacional y comparado*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2013.

6. En junio de 2006, la Comisión de Derechos Humanos fue remplazada por el Consejo de Derechos Humanos. En los años posteriores el Consejo ratificó el trabajo del Relator de la Vivienda, y en resoluciones posteriores, ratificó también que entre los ejes del trabajo de los mandatos se encuentra la obligación de incorporar perspectiva de género e identificar vulnerabilidades que enfrentan las mujeres.

Humanos, le exigía al Relator que *aplique perspectiva de género en su labor* (el destacado me pertenece).

A la vez, la Comisión de Derechos Humanos aprobó la Resolución “La Igualdad de las mujeres en materia de propiedad, acceso y control de la tierra y la igualdad de derechos a la propiedad y una vivienda adecuada”⁷ a través de la cual reconocía que “las leyes, políticas, costumbres y tradiciones que restringen a las mujeres el acceso igualitario al crédito y los préstamos, también les impiden adquirir y heredar tierras, propiedades y vivienda, y las excluyen de una plena participación en el proceso de desarrollo, son discriminatorias y pueden contribuir a la feminización de la pobreza”. En buena medida, estos avances fueron tributarios del trabajo que venía realizando el órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos⁸ que en años anteriores había adoptado una serie de resoluciones⁹ mediante las cuales se reconocía que las mujeres sufren discriminación en materia de propiedad, acceso y control de la tierra y problemas en el acceso a una vivienda adecuada, a la vez, se identificaban estas negaciones como una violación a los derechos de las mujeres.

La adopción de esta Resolución resultaría vital, primero, para el reconocimiento formal del derecho de las mujeres a la vivienda adecuada. En este sentido, en la Resolución se afirma que debe reconocerse “el derecho de las mujeres a un nivel de vida adecuado, incluida la vivienda adecuada, como ha sido estipulado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

7. Resolución N° E/CN.4/RES/2000/13.

8. La Subcomisión de las Naciones Unidas de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

9. Por ejemplo, Resoluciones E/CN.4/Sub.2/RES/1997/19; E/CN.4/SUB.2/RES/1998/1. Entre las cuestiones muy relevantes tratadas, vale la pena destacar las exhortaciones para que la temática sea considerada en los distintos organismos del sistema de Naciones Unidas. Así, por ejemplo, se invitaba al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer a tener en cuenta esta problemática al examinar los informes de los Estados Parte como a la vez a considerar la posibilidad de aprobar una recomendación general con el fin de aclarar las obligaciones a este respecto de los Estados. A la vez que se recomendaba al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que inicie un debate a fondo sobre la cuestión crítica de la relación entre los derechos de la mujer a la tierra y la propiedad y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y que incorpore los resultados de este debate en su Observación General sobre la mujer.

Sociales y Culturales”.¹⁰ En segundo lugar, y de manera más significativa para el futuro, alentaba a los órganos creados en virtud de tratados sobre derechos humanos, procedimientos especiales y otros mecanismos de derechos humanos a que de manera regular y sistemática tomen en cuenta la perspectiva de género en la puesta en marcha de sus mandatos.¹¹ En este sentido, la Resolución sirve como botón de muestra de la expansión de la transversalización de la perspectiva de género en distintas áreas y en el abordaje de distintos temas en los sistemas de protección de derechos.¹² En tercer lugar, la Comisión también se comprometía a tratar la cuestión de la igualdad de derechos de la mujer a la tierra, la propiedad y una vivienda adecuada en su próxima sesión.

Al año siguiente, a través de la Resolución N° 2001/34,¹³ la Comisión invitó al Secretario General de las Naciones Unidas a que destinara recursos con la finalidad de documentar los efectos de la desigualdad de las mujeres en el acceso a la propiedad de la tierra, la propiedad y la vivienda adecuada.¹⁴

En el año 2002, en respuesta a lo solicitado, el Secretario General presentó el informe referido al acceso y control igualitario por parte de las mujeres a la propiedad, la tierra y la vivienda adecuada.¹⁵ Luego de un repaso de las actividades de distintos organismos del sistema internacional de derechos humanos como de otras áreas en la materia, un análisis sobre la normativa existente en distintos países en materia de igualdad entre hombres y mujeres y los principales ejes que deben tenerse en cuenta en torno a esta problemática, el Secretario General concluyó que “la igualdad de las mujeres en el acceso, el control y

10. Resolución N° E/CN.4/RES/2000/13, párr. 2. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el principal instrumento internacional de protección del derecho a la vivienda.

11. *Ibidem*, párr. 12.

12. En 1995 se llevó a cabo la Cuarta Conferencia de Mujeres en la cual se adoptó la Declaración de Beijing y su Plataforma de Acción. De la Conferencia emergió con fuerza la agenda que recomendaba la *transversalización* de los derechos de las mujeres o de las cuestiones de género que sirvió de plataforma para que los organismos de las Naciones Unidas –como la Comisión de Derechos Humanos– comenzaran a incluir los temas de las mujeres en sus agendas de trabajo.

13. Resolución N° E/CN.4/RES/2001/34.

14. *Ibidem*, párr. 10.

15. Resolución N° E/CN.4/2002/53.

propiedad sobre la tierra como la igualdad para ser dueñas de la propiedad como en el acceso a la vivienda son elementos esenciales tanto para la supervivencia de la mujeres, como para su seguridad económica y su seguridad física, y son a menudo también elementos centrales que determinan las condiciones generales de vida de las mujeres, especialmente en los países en desarrollo”.¹⁶

A su vez, entendía que por la magnitud y la complejidad del problema se requería un mayor estudio y análisis. Para ello sugería que el Relator de la Vivienda –quien había demostrado su voluntad para abordar la temática– fuese quien llevara a cabo esta tarea.¹⁷ A raíz de esta sugerencia, la Comisión de Derechos Humanos¹⁸ le requirió al Relator que realizara un informe sobre las mujeres y la vivienda adecuada. En el año 2003 presentaría su primer informe, vendrían otros y serían las primeras de otras iniciativas que empezaban a aflorar en la materia.¹⁹

Ahora, sin duda alguna, nada de esto hubiese ocurrido sin la determinación tanto de las organizaciones dedicadas a la promoción del derecho a la vivienda como de las organizaciones de mujeres. La violación del derecho a la vivienda como causa o consecuencia de la violación de otros derechos es un ejemplo de la necesidad de ampliar la agenda de la lucha feminista, profundizar conceptos como la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos e insistir en la aplicación del principio de igualdad sustantiva. En definitiva, el acceso desigual de las mujeres a recursos económicos, y la sobrerrepresentación de las mujeres entre los grupos de pobreza, son obstáculos para la promoción y la protección de todos los derechos de las mujeres.²⁰

16. Resolución N° E/CN.4/2002/53, párr. 74 (traducción propia).

17. *Ibidem*, párr. 77.

18. Resolución N° 2002/49.

19. Naciones Unidas, “La Mujer y el Derecho a una Vivienda Adecuada”, 2012.

20. En el año 1993 se celebró Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos o Conferencia de Viena, que culminó con la adopción de la Declaración y el Programa de Acción de Viena –el documento de derechos humanos de mayor importancia elaborado en el último cuarto del siglo XX– en la cual se subrayó la universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia de todos los derechos humanos, dando un impulso definitivo al desarrollo de los derechos económicos. Asimismo, por primera vez las violaciones de derechos de las mujeres tomaban el centro de la escena, se condenaba la violencia contra las mujeres y sería el punto de partida para el lanzamiento de las estrategias necesarias para avanzar en la defensa de los derechos de las mujeres.

En definitiva, se crearon circunstancias propicias que dieron lugar a una oportunidad única para el avance de los derechos de las mujeres a la vivienda.²¹

El derecho a la vivienda desde una perspectiva de género en el trabajo de la Relatoría de Vivienda Adecuada

El primer Relator de la vivienda adecuada, Miloon Khotari, utilizó cuatro estrategias para recopilar información para los informes sobre mujeres y vivienda adecuada que se le encomendó realizar. Una de ellas consistió en el desarrollo de un cuestionario (que sería mejorado a través de los años) sobre Mujeres y Vivienda Adecuada que diseminó entre los Estados Partes y la sociedad civil;²² otra fue realizar una serie de consultas regionales con grupos y organizaciones de la sociedad civil y mujeres de movimientos civiles; en tercer lugar se dedicó a construir puentes y celebrar diálogos con otros órganos y agencias del Sistema de Naciones Unidas; por último trabajó estrechamente con la sociedad civil para lograr un acabado conocimiento de los principales obstáculos que enfrentan las mujeres.

El Relator tempranamente se había preocupado por remarcar que las mujeres no son un grupo homogéneo y que se encuentran atravesadas por los diferentes contextos culturales, geográficos e históricos y, por tanto, son distintos los factores que las afectan y las violaciones de de-

21. Westendorp, Ingrid, *Women and Housing: gender makes a difference*, School of Human Right and Research, Oxford, Intersentia, 2007.

22. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Housing/Pages/WomenAndHousing.aspx>. Al inicio del cuestionario el Relator especificaba su utilidad y contenido, así se explica que: “el cuestionario está organizado en dos partes, una sección destinada a examinar el marco jurídico y normativo general, y en la segunda se trata de aportar contribuciones a los distintos elementos y cuestiones conexas relativos a la mujer y a una vivienda adecuada, que se basan principalmente en las Observaciones Generales N° 4 y 7 aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pero que reflejan también los nuevos acontecimientos por lo que respecta al reconocimiento y la interpretación del contenido del derecho a una vivienda adecuada”. Asimismo, se detalla que las respuestas del cuestionario servirán de base para la deliberación en las consultas regionales y para realizar los informes de 2002 y 2003.

rechos que sufren.²³ Esta conclusión se traduciría en un desafío concreto que era que su trabajo reflejara las distintas voces de las mujeres sin descuidar aspectos generales que permitieran elaborar recomendaciones específicas, de allí la importancia que tendrían las consultas regionales.

El uso de las consultas regionales había sido una herramienta utilizada con mucho éxito previamente por la Relatora Especial sobre la Violencia contra las Mujeres.²⁴ En efecto, entre el año 2002 y el año 2006 el Relator llevó adelante una serie de consultas regionales en Asia, América Latina y Central y África.²⁵ En la organización de las consultas existió una preocupación especial para que las mujeres de organizaciones de la sociedad civil, movimientos sociales o afectadas directas pudieran dar su testimonio y contar sus experiencias de primera mano.

Asimismo, se destinó un tiempo de las consultas a capacitar a todos los participantes, entre ellos defensores de derechos humanos, defensoras de los derechos de las mujeres, activistas y grupos de mujeres como organizaciones dedicadas al derecho a la vivienda. Esta tarea se consideró fundamental para lograr la ampliación de la agenda de ambos grupos y lograr que tanto los grupos defensores de las mujeres como las organizaciones dedicadas al derecho a la vivienda incluyan en sus respectivas agendas la lucha por el derecho a la vivienda de las mujeres.

El primer relator de la vivienda presentó tres informes dedicados a las mujeres y la vivienda adecuada, uno en el año 2003, uno en 2005 y uno en 2006.²⁶ La segunda relatora presentaría un nuevo informe en

23. Resolución N° E/CN.4/2003/55, párr. 24.

24. Aggarwal, Alison, "UN Special Rapporteur on Adequate Housing: emerging gendered norms for the right to adequate housing", *Australian Journal of Human Rights*, 2004.

25. Se llevaron adelante consultas regionales en: Nairobi, Kenya en 2002; en México, D.F. en 2003; Alexandria, Egipto en 2004; en Nadi, Fiji en 2004; en Washington DC en 2005; en Budapest, Hungría en 2005; en Barcelona, España en 2006. Asimismo, vale la pena destacar que en el año 2003 se organizó una consulta regional en Delhi, India, dedicada especialmente a trabajar sobre el vínculo entre la violencia contra las mujeres y el derecho a la vivienda de las mujeres. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Housing/Pages/WomenAndHousing.aspx>. En palabras del Relator: "Las consultas han puesto de manifiesto cuán importante es utilizar diálogos y testimonios de organizaciones de base al dar una configuración esencial al contenido básico del derecho a una vivienda adecuada [...] Las recomendaciones de este informe se basan por lo tanto en un proceso de consultas y participación con grupos de la sociedad civil que trabajan tanto en la esfera de los derechos de la mujer como en el sector del derecho a la vivienda".

26. De todas maneras, previo a la presentación de los informes específicos sobre mujeres y vivienda –en sus informes anuales– el Relator se ocupaba de analizar la dis-

el año 2012. Los primeros informes estuvieron enfocados en contribuir al desarrollo del contenido normativo del derecho a la vivienda. Para el logro de ese objetivo se indican las formas de incorporar perspectiva de género a la hora de dotar de contenido el derecho a la vivienda.²⁷

En buena parte del primer informe se repasan los instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la vivienda de las mujeres, a la vez que se destaca que el derecho de la mujer a una vivienda adecuada es parte inalienable, integral e indivisible de todos los derechos humanos.²⁸ También se reconoce que a pesar de la existencia de normas e instrumentos que formalmente promueven la igualdad entre hombres y mujeres y el derecho a no discriminación, las mujeres sufren una discriminación continua en el acceso a la vivienda, la tierra y la propiedad. La relatoría entiende que esta discriminación, muchas veces, es el resultado de la manera en que las leyes se aplican a la mujer y no necesariamente el resultado de la existencia de leyes que discriminan formalmente entre hombres y mujeres, aun cuando en muchas regiones del mundo estas sigan existiendo.

El Relator contesta una pregunta fundamental: ¿por qué es necesario examinar el derecho de la mujer a la vivienda? Y para responder señala algunos hechos fundamentales, como que es sobre las mujeres, sobre quienes recae principalmente la responsabilidad de sostener y mantener el hogar a pesar de que frecuentemente no sean quienes tienen los derechos de propiedad; señala que la vida de la mayoría de las mujeres está intrínsecamente vinculada con la vida familiar y por tanto, las condiciones inadecuadas de vivienda repercuten especialmente en la vida cotidiana de las mujeres. Reitera que las mujeres sufren

crimación de género en el acceso y disfrute del derecho a la vivienda tradición que continuarían los futuros Relatores.

27. En el primer informe anual presentado, a la Comisión de Derechos Humanos, el Relator dedicó una sección al análisis de la discriminación por razón del género en el derecho a la vivienda y a la tierra, en la cual remarcó que en toda situación de violación de derechos debe existir una dimensión de género que debe analizarse y que eso es especialmente cierto en el caso del derecho a la vivienda. A su vez, exhortó a que todos los organismos a analizar esta situación y se comprometió a incluirlo en todos sus trabajos futuros (Informe E/CN.4/2001/51, párrs. 66-68). En posteriores informes el Relator volvería a tratar las cuestiones de la discriminación de las mujeres, más aún, ya en casi todos los informes realizados desde el procedimiento especial se encuentra incluido un análisis con perspectiva de género.

28. Resolución N° E/CN.4/2003/55, párr. 11.

discriminación en áreas fundamentales para el acceso a la vivienda como en el acceso al crédito, en muchas regiones en el derecho a la herencia o son perjudicadas en la división de los bienes maritales, o bien la feminización de la pobreza afecta la posibilidad de las mujeres de adquirir vivienda, tierra o propiedad. A la vez, destaca que existe una nueva forma de discriminación que no tiene que ver con la raza, la clase social, ni el sexo, sino con la pobreza. Así las mujeres pobres están sujetas a múltiples discriminaciones. Por último, señala que las mujeres son afectadas desproporcionadamente en casos de desalojos forzados, programas de reasentamiento, demolición de barrios marginales, violencia doméstica, conflictos civiles, proyectos de desarrollo y políticas de mundialización en el acceso a la tierra y los recursos naturales y pide que se preste especial atención a estos grupos de mujeres.

En el segundo informe, del año 2005,²⁹ el Relator centró su análisis en temas específicos que identificó a partir de la profundización de las estrategias elegidas, estos son:

- a. violencia contra las mujeres;
- b. desalojos forzados;
- c. personas sin hogar;
- d. la repercusión de las normas y prácticas culturales;
- e. las barreras en el acceso a la vivienda, la propiedad, la herencia y la tierra;
- f. las discriminaciones múltiples que enfrentan las mujeres;
- g. la aplicación del derecho.

Posteriormente, incluiría también la necesidad de analizar las dificultades que enfrentan las mujeres en casos de desastres naturales y en ciertas regiones del mundo, las mujeres que sufren VIH/SIDA.

A su vez, resalta la necesidad de adoptar y robustecer dos principios esenciales en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para avanzar con los derechos de las mujeres. Por un lado, exhorta a los órganos de Naciones Unidas a adoptar el enfoque de *igualdad sustantiva*, esto significa un enfoque “que reconozca la igualdad de la mujer en un sentido tanto de *iure* como de *facto*” ya que “las mujeres sufren más de la discriminación indirecta a resultas de sesgos en la judicatura y en la administración pública y de la forma en que las leyes

29. Resolución N° E/CN.4/2005/43.

y las normas culturales supuestamente neutras en cuanto al género se aplican a las mujeres”. A la vez, insistía en la necesidad de tener en cuenta la “*discriminación múltiple* que afrontan las mujeres” ya que “un enfoque multidisciplinar de las discriminaciones en razón del género es esencial para garantizar que (estos) grupos de mujeres disfruten igualmente de su derecho a una vivienda adecuada y a la tierra”.³⁰

En el informe del año 2006,³¹ se destacaría la contribución del Relator en la elaboración de la Observación General N° 16 sobre la igualdad de derechos del hombre y de la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que adoptó el enfoque de igualdad sustantiva y enfatizó la discriminación múltiple de la cual son víctimas las mujeres. Así afirma que “las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad en tanto de facto como de *iure*”. En materia de vivienda, el Comité expresamente estableció que la violencia de género es una forma de discriminación de género y exhortó a los Estados

... a proporcionar a las víctimas de violencia en el hogar, que son principalmente mujeres, el acceso a un alojamiento seguro, así como a los oportunos remedios y recursos y a la reparación de los daños y perjuicios de orden físico, mental y moral.³²

En el año 2008 Raquel Rolnik era nombrada como nueva Relatora de la Vivienda. Su trabajo no sólo continuaría sino que reforzaría el realizado sobre mujeres y vivienda. En el año 2012³³ presentaría un informe –esta vez un informe anual– dedicado a las mujeres y a la vivienda. Por su parte, la Comisión de Derechos Humanos también siguió apoyando el trabajo realizado desde la Relatoría y esta nueva gestión insistiría en la necesidad de profundizar esta temática.

En este sentido, en el informe se enfatiza la importancia del goce en condiciones equitativas de las mujeres a la vivienda, la propiedad y la tierra no sólo porque una mujer que no goza de estos derechos ve afectadas sus condiciones materiales sino y principalmente porque en esa situación la mujer “se ve relegada a una situación de subordina-

30. Resolución N° E/CN.4/2005/43, párr. 27.

31. Resolución N° E/CN.4/2006/118.

32. Resolución N° E/CN.4/2006/118, párr. 14.

33. Resolución N°/HRC/19/53, párr. 3.

ción y dependencia en la sociedad, debido a su género”. Así, el control sobre la tierra y la propiedad y el acceso a la vivienda son esenciales para cuestionar las estructuras de poder existente.³⁴ A la vez, se subraya la importancia de entender la especial relación que puede existir entre las mujeres y la vivienda por razones culturales o sociales pero se señala que esto no debe verse como una forma de reforzar la idea de que la mujer es el centro del hogar y visiones tradicionales sobre las funciones del género, sino que debe verse a través de la lente de la autonomía, en el sentido de que el goce del derecho a la vivienda, la propiedad y la tierra en su caso, es esencial para fortalecer la independencia de las mujeres y la ruptura de relaciones de subordinación o dependencia.³⁵ La especial novedad de este informe vendría dada por el esfuerzo de analizar los elementos del derecho a la vivienda desde una perspectiva de género. Así, cada uno de los elementos que integran el derecho a la vivienda de acuerdo a la Observación General N° 4 del Comité DESC es analizado desde una perspectiva de género.³⁶

Conclusión

Entender la especial relación que las mujeres tienen con la vivienda y la relevancia que el goce de este derecho puede tener para concretar el goce efectivo de otros derechos resulta crucial para poder ampliar la agenda tradicional de la lucha feminista. Hasta aquí, el trabajo realizado por la Relatoría ha contribuido de manera central en tres dimensiones: por un lado para reflexionar sobre cómo el contenido del derecho a la vivienda debe ser reformulado para que sirva para responder a las demandas de las mujeres de distintas regiones; en una segunda dimensión, para poner de resalto y en discusión las posibilidades del sistema de derechos humanos para operar como un verdadero mecanismo de protección de los derechos de las mujeres, aquí es esencial el énfasis en el desarrollo y utilización transversal en el sistema universal pero también en otros, de los principios de igualdad sustantiva y de discrimina-

34. Resolución N° A/HRC/19/53, párr. 3.

35. Ídem.

36. Farha, Leilani, “Is there a women in the house? Reconceiving the human right to housing”, en *Canadian Journal of Woman and the Law*, Vol. 14, 2002.

ción multisectorial; en tercer lugar, desde la Relatoría se ha llamado la atención sobre las distintas problemáticas que las mismas mujeres señalaron que resultaban trascendentes cuando se abordada el problema de sus derechos y la vivienda, algunos de ellos resultan globales, otros se acentúan en ciertas regiones. La Relatoría ha dedicado especial esfuerzo a contribuir a la necesidad de pensar la vivienda como causa y consecuencia de la violencia contra las mujeres.³⁷

Este enfoque ha permeado a otros organismos y así, por ejemplo, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Radhika Coomaraswamy, señaló que la política de vivienda está directamente relacionada con situaciones de violencia y explicó que

La vivienda también es una cuestión que atañe a la mujer. Las mujeres que dependen económicamente de su pareja o sus familiares suelen enfrentarse al dilema de resignarse a los abusos o quedarse sin hogar. Hasta un 30% de mujeres se ven obligadas a regresar al hogar del que huyeron por culpa de la violencia doméstica porque no hay instalaciones donde acogerlas.

Así, las mujeres que son financieramente dependientes enfrentan el dilema de vivir una vida de abuso o quedarse sin vivienda. Si la violencia doméstica se presenta como un fenómeno tan extendido, es en parte debido a que las mujeres dependen de sus parejas para tener un lugar donde vivir y por esta razón soportan abusos durante tiempos indefinidos, en especial cuando tienen hijos e hijas.³⁸

En este sentido, la necesidad de pensar la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos no es tan sólo una cuestión teórica sino que resulta de vital importancia para que las mujeres puedan vivir en dignidad.

37. Ricciardi, Victoria, "Un lugar en el mundo: el derecho a la vivienda adecuada como elemento para una vida sin violencia. Los casos de Argentina, Brasil y Colombia", *COHRE* (Centre for Housing Rights and Evictions), 2010.

38. UN Doc. E/CN.4/2000/68/Add.5.; Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la Resolución N° 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, Adición: La política económica y social y sus efectos sobre la violencia contra la mujer.

Capítulo 3
Reconocimiento de sujetos de derechos y
otras formas de uso del derecho

De “CHA” a “ALITT”: una nueva manera de entender el derecho

Laura Saldivia Menajovsky*

Introducción

La Corte Suprema argentina trató sobre los derechos de las minorías sexuales en dos casos que llevan el nombre de las organizaciones involucradas en el litigio: la Comunidad Homosexual Argentina (en adelante CHA)¹ y la Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual (en adelante ALITT).² Con una distancia de 15 años, la autoridad administrativa a cargo de otorgar la personalidad jurídica a las asociaciones civiles, la Inspección General de Justicia (en adelante IGJ) rechazó las peticiones de estos colectivos en base a que sus asociaciones no cumplían con el requisito de propender al bien común establecido por el artículo 33 del Código Civil Argentino (en adelante CCA). Asimismo, en ambos casos los demandantes apelaron sus sentencias ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la cual concordó con la opinión denegatoria del inspector general de Justicia. Finalmente, ambos casos llegaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero con diferentes resultados. En el primer caso, este tribunal confirmó las decisiones del inspector general de Justicia y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, mientras que en el segundo la Corte decidió modificar su jurisprudencia al decidir que la denegación del reconocimiento estatal a una asociación cuyo principal objetivo es luchar contra la discriminación de las minorías sexuales, es inconstitu-

* Doctora y Magíster en Derecho de la Universidad de Yale. Abogada por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora de posgrado en temas de derecho constitucional y derechos humanos en la Universidad de Palermo y en la Universidad de Buenos Aires. Ha sido docente de grado en la UBA, en la Universidad de General Sarmiento y en la Universidad Nacional de La Matanza. Fue asesora jurídica en la Secretaría de Derechos Humanos y responsable de proyectos de investigación en el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH).

1. CSJN, Fallos: 314:1531, caso “CHA” (1991). Fue decidido por una mayoría de siete votos contra dos votos de la minoría. Cada juez escribió su propio voto.

2. CSJN, Fallos: 329:5266, caso “ALITT” (2006). Fue decidido de forma unánime.

cional y viola los instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado argentino.

A partir del análisis de estos dos casos, en este trabajo me propongo reflexionar sobre qué pasó en el derecho, o qué le pasó al derecho, desde la vergonzosa decisión en “CHA”.

El contexto político y social en “CHA”

Antes de examinar en detalle el decisorio en el caso “CHA”, este debe ser situado en un contexto político y social específico. Tal contexto se caracteriza, en primer lugar, por los vaivenes políticos de la integración del tribunal que terminó resolviendo en última instancia el caso. Durante el primer año del gobierno del presidente Carlos Menem se configuró una nueva Corte Suprema a la luz del aumento del número de sus miembros de cinco a nueve. No sólo se nombraron muchos jueces en una medianoche durante una sesión del Senado secreta, sino que, además, los nuevos integrantes carecían de credenciales académicas y profesionales que aseguraran un ejercicio distinguido que estuviera a la altura del cargo de juez supremo. Esta ampliación de la composición del Máximo Tribunal sirvió para crear una mayoría de cinco jueces que de forma automática avalaron las decisiones adoptadas por el gobierno. Por consiguiente, se configuró un tribunal supremo cuyo principal objetivo fue servir a los intereses de la clase gobernante con tanto ahínco que terminó diluyéndose la credibilidad que había comenzado a forjarse durante los primeros años de transición a la democracia. La falta de independencia de los jueces en cuanto a sus intereses personales y de los gobernantes generó una fuerte aprehensión social hacia el Poder Judicial.

En segundo lugar, se debe recordar que la Corte Suprema resuelve “CHA” en esos primeros años de la transición a la democracia. En esta etapa, el rol de este tribunal se centró en la construcción de un Estado no autoritario respetuoso de los derechos humanos. El juez Petracchi fue quien mejor argumentó en varios casos emblemáticos esta fundamentación del rol de los jueces en la recientemente restaurada democracia constitucional.³

3. Véase mi análisis sobre este tema en Saldívia, Laura, “Una Corte ¿Suprema?”, en Gargarella, Roberto (ed.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. I, 2008, pp. 173-231.

En tercer lugar, el contexto que rodeó la discusión en el caso “CHA” estaba enmarcado por la incipiente visibilización de la lucha del movimiento LGBT. La apertura democrática vino de la mano de la liberalización de los discursos y de las prácticas vinculadas a la sexualidad. En parte eso se debió a que la progresiva legitimación del discurso de los derechos humanos posibilitó la expresión y difusión en la discusión política de representaciones favorables al ejercicio de la diversidad sexual. Este escenario significó una oportunidad de expansión y diversificación de las demandas y modos de expresión y comunicación de las organizaciones homosexuales.

A su vez, la irrupción de la epidemia del HIV-SIDA a mediados de los ‘80 forzó la atención pública en un tema conectado de manera directa con la sexualidad de las personas que terminó generando una respuesta comunitaria a dicha epidemia. Esto movilizó “el desarrollo de recursos simbólicos y materiales que potenciarían la expansión del movimiento de las minorías sexuales como un todo y le darían una orientación específicas”.⁴

La contracara de este escenario positivo de gradual visibilización política y social de las demandas homosexuales y liberalización de los discursos y de las prácticas sexuales fueron las estigmatizaciones, las discriminaciones y las limitaciones en el acceso a recursos fundamentales (matrimonio, adopciones, cambios de nombres en registros y documentos de identidad, cirugías de cambio de sexo, etcétera). El despliegue represivo de las fuerzas policiales contra las personas homosexuales y travestis a través de razias y detenciones por averiguación de antecedentes fundadas en Edictos Policiales y Códigos Contravencionales, fue una de las múltiples formas en las que se legitimó la violencia estatal con el fin de “limpiar” a la sociedad de las “patologías sociales”. Las dinámicas de esta represión se conectaban con la permanencia, aun en democracia, del aparato represivo de la dictadura.

La comunidad homosexual tuvo muy en claro que para hacer frente a este contexto de restricción y negación de sus derechos debían amalgamar sus demandas con las de otros grupos sociales. De esta forma, articuló su lucha con la de los movimientos de derechos humanos, el feminismo, el lesbianismo, las travestis, transexuales, las agrupaciones

4. *Ibíd.*, p. 247.

de estudiantes universitarios y las víctimas de la represión policial.⁵ Estos grupos tenían en común el objetivo de exponer sus reivindicaciones como parte inseparable de un proyecto de democratización de la sociedad argentina donde los derechos humanos tenían un papel primordial.

La discusión en “CHA”⁶

Hacia el final de la década de los 80, la CHA solicitó el reconocimiento estatal de la Inspección General de Justicia (IGJ) para funcionar como una asociación civil reconocida jurídicamente conforme el ex Código Civil argentino.⁷ El artículo 2 del estatuto de la CHA señala que su principal objetivo consiste en

- a) Bregar porque la condición homosexual no sea materia de discriminación en lo familiar, social, moral, religioso, laboral ni de ninguna otra índole; b) generar ámbitos de reflexión y estudios multidisciplinarios sobre la problemática homosexual y difundirlos; c) luchar por la plena vigencia de los Derechos Humanos en todo el territorio de la República Argentina.

5. Véase Bellucci, Mabel y Palmeiro, Cecilia, “Lo queer en las pampas criollas, argentinas y vernáculas”, en Fernández, Ana María y Siqueira Peres, William (eds.), *La diferencia desquiciada: géneros y diversidades sexuales*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2013, y Bellucci, Mabel, *Orgullo. Carlos Jáuregui, una biografía política*, Buenos Aires, Emecé, 2010, p. 20.

6. Este punto es una síntesis de una parte del capítulo 2 de mi libro *Subordinaciones invertidas: sobre el Derecho a la Identidad de Género*, Editorial de la UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México) y Editorial de la UNGS (Universidad Nacional de General Sarmiento), 2017.

7. Art. 33 del ex Código Civil: “Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público: 1. El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios; 2. Las entidades autárquicas; 3. La Iglesia Católica; Tienen carácter privado: 1. Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar; 2. Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar”. La autorización referida por la norma es la que otorga la IGJ conforme al art. 10, inc. a de la Ley N° 22315, la cual deberá determinar si el objeto estatutario de la asociación propende al “bien común”. La autorización estatal le permite a la asociación tener capacidad jurídica para adquirir bienes por compra, donación o legado. También le permite tener un patrimonio distinto al de sus miembros. De otra forma, como una simple asociación, no podrá tener estas prerrogativas.

La IGJ rechazó el reconocimiento de la personalidad jurídica a la asociación fundada por la CHA bajo el argumento de que los objetivos de la asociación, “no se compadecen con la concepción de bien común, como expresión del interés público o general”,⁸ un requisito del Código Civil argentino que toda asociación civil debe cumplir para poder obtener el reconocimiento por parte del Estado. Además, agregó que, según la Academia Nacional de Medicina, la homosexualidad “es tratada como una desviación del instinto sexual normal” que “impide la formación de la familia y por ende atenta contra la misma”.⁹

La denegatoria administrativa motivó la apelación a la Justicia de parte de la CHA, fundada en el hecho de que dicha denegatoria violaba el derecho de asociación y de libertad de expresión garantizado por el artículo 14 de la Constitución de la Nación Argentina, y el derecho de igualdad receptado en el artículo 16 de esa misma Constitución, así como normas similares incluidas en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Argentina. La CHA expresó que el bien común comprende también el derecho individual a desarrollar plenamente las potencialidades personales para procurar el logro de los fines de cada individuo.

La Cámara Nacional de Apelación en lo Civil hizo propias las conclusiones de la IGJ acerca de que la condición de homosexual importaba una anomalía psicológica y afecta además, considerada en sí misma, la moral y las buenas costumbres así como las bases de la institución familiar.¹⁰ Ese tribunal de alzada agregó que, además de perseguir los objetivos de su estatuto social –es decir, que la condición de homosexual no fuera objeto de discriminación–, la CHA también realizaría otro objetivo no ajustado al bien común como es “la pública defensa de la homosexualidad en sí misma, considerada con vistas a su aceptación social”. Cabe aclarar que tanto el inspector General como la Cámara de

8. Resolución IGJ N° 1005, 07/12/89.

9. Ídem. Profundizando sobre su percepción de la homosexualidad, el inspector general de Justicia también sostuvo: “la homosexualidad hiere los principios de moral y buenas costumbres de nuestra sociedad. La aceptación pública o promoción legalizada de un tercer género híbrido, contraría no solamente los principios del derecho natural, sino que la moral y la pastoral católica se enfrentan con todas las corrientes que persiguen la glorificación del comportamiento homosexual”.

10. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, “Comunidad Homosexual Argentina”, 12/07/1990.

Apelaciones, en sus decisiones no indican el artículo o párrafo del estatuto de la asociación que señalaría como objetivo de la asociación la defensa pública referida, sino que tan sólo asumen que la CHA de hecho llevaría a cabo dicho propósito. Como consecuencia del fallo negativo de la Cámara de Apelaciones, la CHA acudió a la Corte Suprema la cual, en 1991, con una mayoría de siete jueces y con argumentos notoriamente prejuiciosos, confirmó la decisión del tribunal de apelación.

La mayoría de la Corte argentina suscribió la idea de que la “defensa pública de la homosexualidad” no era un fin que tendiese hacia el “bien común”. Incluso si aceptaba la definición sobre el bien común esgrimida por la CHA, la mayoría del máximo tribunal no veía de qué manera la defensa pública de la homosexualidad promovería la búsqueda individual para alcanzar su propia perfección.¹¹ A tono con esta idea, el juez Belluscio sostuvo que “no se advierte cuál es la perfección que puede alcanzarse mediante el desarrollo de la homosexualidad”.¹² Y el juez Boggiano agregó que

... bregar porque la condición homosexual no sea discriminada con tan amplios alcances como los que contempla el antes transcrito artículo de los estatutos del recurrente, puede razonablemente ser considerado como una pública defensa de esa condición, en grave conflicto con los principios familiares, sociales, morales, religiosos y jurídicos del país, y aun del exterior.¹³

Conforme algunas de las ideas que informaron las opiniones de la mayoría del Máximo Tribunal, el hecho de que una parte mayoritaria de la sociedad argentina desdeñara moralmente la homosexualidad, justificaba su prohibición jurídica. El más claro ejemplo de esta posición fue la opinión del juez Boggiano quien sostuvo que

... [u]na minoría tolerada requiere siempre de una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual tantas minorías reclamasen tolerancia que ya no pueda haber mayoría alguna. La democracia requiere un sustrato de valores comunes. Y la desintegración de esos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo.¹⁴

11. Caso “CHA”. El juez Boggiano fue el mayor exponente de esta mirada, p. 1538.

12. *Ibidem*, p. 1572.

13. *Ibidem*, p. 1589.

14. *Ibidem*, p. 1590.

En suma, el juez Boggiano creía que la mayoría social tiene el derecho a imponer sus valores sobre el resto de los miembros de la sociedad con el fin de prevenir la desintegración de los valores comunes. En el universo constitucional de Boggiano, el Estado tiene el rol de tutor moral. Por lo tanto, si la sociedad argentina desprecia a la homosexualidad, se encuentra justificada su prohibición jurídica.¹⁵

El juez Belluscio, por su parte, agregó otro ángulo en esta argumentación. Negó que existiera discriminación contra los homosexuales en Argentina en estos términos:

Independientemente del juicio moral que pueda merecer una desviación del instinto sexual cuyos orígenes no están bien precisados, tal discriminación no se da en nuestro país, donde –a diferencia de otros [...]–, nunca ha existido punición penal de la homosexualidad, y personas que padecen tal desviación han ocupado destacados lugares en la vida artística, literaria y aun científica.¹⁶

En consecuencia, no había necesidad de reconocer a una organización cuyo objetivo principal consistía en luchar contra la discriminación dado que no había discriminación contra personas homosexuales en Argentina.

La disidencia de dos jueces procedentes de la Corte seleccionada por el gobierno anterior, empleó un entendimiento diferente sobre el bien común. El juez Fayt señaló que la Constitución Nacional protege la concreción del propio plan de vida, principio reconocido en su artículo 19.¹⁷ Enfatizó que lo que diferencia a una democracia de una dictadura es justamente una concepción fuerte de la privacidad.¹⁸ Por ello, destacó que le preocupaba el peligro que la democracia puede significar para los grupos minoritarios sujetos a la voluntad de la mayoría en su búsqueda de objetivos comunitarios. Según Fayt, la arquitectura social no debe colocarse por encima de las decisiones personales. Por su parte, en una línea de razonamiento similar, el juez Petracchi alertó

15. *Ibíd.*, p. 1572. A tono con la opinión de Boggiano, Belluscio sostuvo que “no se advierte cuál es la perfección que puede alcanzarse mediante el desarrollo de la homosexualidad”.

16. *Ibíd.*, p. 1571.

17. *Ibíd.*, p. 1599.

18. *Ibíd.*, p. 1600.

que conceptos como el bien común han sido utilizados durante la dictadura argentina para justificar restricciones a la libertad individual.¹⁹

Varios constitucionalistas argentinos compartieron la postura de la minoría de la Corte. Carlos Nino sostuvo que la lucha contra todo tipo de discriminación es un aspecto central del bien común. Una asociación que busca alcanzar este objetivo asume parte del rol que el Estado y la sociedad deben realizar; por lo tanto debe ser apoyada con recursos públicos, como el reconocimiento de la capacidad jurídica.²⁰ Otro constitucionalista expresó, por su parte, que la tesis mayoritaria en “CHA” es difícil de entender dado que la defensa contra la discriminación no pareciera contradecir al bien común, sino todo lo opuesto, al menos en una sociedad pluralista y tolerante.²¹ Finalmente, Germán Bidart Campos centró su crítica a la postura mayoritaria en la violación al derecho de libre asociación que implica la denegatoria de personería jurídica a la CHA al sostener que “los argumentos que la fundamentan carecen de asidero ya que no es cierto que, aun cuando se le deniegue la personalidad jurídica, dicha asociación sea un sujeto de derecho”.²²

La decisión aquí examinada es reflejo de los prejuicios existentes en esa época en la sociedad argentina contra las personas homosexuales. Los jueces de la Corte, exceptuando la opinión de la minoría que fue capaz de argumentar en términos de derechos humanos sobre la discriminación y violación de derechos que significaba negar la personería jurídica, recurrieron a argumentos discriminatorios en pos de reafirmar sus creencias personales homofóbicas, muchas de ellas religiosas.

A pesar de la resolución negativa del Tribunal Supremo, la CHA finalmente consiguió el reconocimiento estatal pero por la vía de la pragmática política. Haciendo caso omiso de la decisión de la Corte y en virtud de la presión internacional que distintas organizaciones homosexuales ejercieron sobre el gobierno argentino, el entonces presidente Carlos Menem le ordenó a la IGJ que volviera sobre sus

19. *Ibidem*, p. 1616.

20. Nino, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000.

21. Sagiúes, Néstor, *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1999.

22. Bidart Campos, Germán, “El fallo de la Corte Suprema en el caso de la comunidad homosexual argentina”, en *Revista Jurisprudencia Argentina*, N° 5765, 1992, p. 3.

pasos y le confiriera la personería jurídica a la CHA, hecho que se consumó el 15 de enero de 1992.²³

La depuración de la Corte Suprema²⁴

A partir de 2003, el Máximo Tribunal experimenta modificaciones en su conformación que incidieron de manera positiva para moldearla como un actor político relevante por medio del restablecimiento de su autoridad y legitimidad, las cuales se habían visto truncadas por la Corte nombrada durante el menemismo. Para comprender la magnitud de la tarea que tenía por delante este tribunal para volver a instalarse como un tribunal con credibilidad social, sirve recordar el trayecto sinuoso que recorrió la integración de los miembros del Máximo Tribunal desde la democracia hasta 2003. A modo de adelanto, “ALITT” será una de las decisiones adoptadas por la Corte en esa época que contribuirá a afianzar su credibilidad y respeto social.

Ni bien asumió el gobierno democrático luego de la dictadura militar, el presidente Raúl Alfonsín nombró una Corte Suprema que tenía por objeto ser independiente del poder político. Este tribunal se caracterizó por tomar en consideración en sus decisiones el contexto histórico-político que rodeaba las distintas contiendas constitucionales que le tocó examinar y el principio de autonomía como el pilar fundamental de la reconstrucción de una democracia respetuosa de los derechos humanos. Estos fines elevados no llegaron a echar raíces. Demasiado pronto se vieron coartados por la decisión de Menem de aumentar el número de jueces supremos a fin de crear una mayoría automática adicta a sus intereses políticos, conforme explico más arriba. Más adelante, el presidente provisional Eduardo Duhalde tuvo la oportunidad de nombrar un juez supremo. El debate en el Senado sobre su candidato duró menos de una semana. Finalmente, el presidente Néstor Kirchner

23. Véase un relato de esta historia en Verbitsky, Horacio, *Hacer la Corte*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana y *Página/12*, 2006, pp. 310-319.

24. Algunos párrafos de este punto son una síntesis del punto I de “La Construcción de Legitimidad de la Corte Suprema de Justicia en Argentina”, de mi autoría, Documento de Coyuntura N° 3, Carrera de Estudios Políticos, Universidad Nacional de General Sarmiento, 2015. Disponible en: https://www.ungs.edu.ar/wp-content/uploads/2018/03/Documento_Coyuntura_031.pdf (fecha de consulta: 12/11/2018).

solicitó juicios políticos para dos de los jueces de la era menemista y otros tres renunciaron para evitar el enjuiciamiento. Otro juez renunció por haber llegado al límite de edad de 75 años fijado por la Constitución. Ante estas vacantes, Kirchner, siguiendo un nuevo procedimiento que garantiza la participación de la sociedad civil en el examen y discusión de la excelencia profesional e imparcialidad de los candidatos postulados, propuso cuatro prestigiosos jueces para integrar la Corte, entre ellos a dos mujeres, Elena Highton de Nolasco y Carmen Argibay.²⁵ Ello inauguraría una nueva etapa para el Máximo Tribunal.

Además de la reconfiguración de la integración de la Corte, otros factores también incidieron en su depuración, circunstancia que a su vez permitió una redefinición de la manera en la cual dicho tribunal debe desempeñarse en una democracia constitucional.

En primer término, la reforma constitucional argentina de 1994 creó condiciones para que los jueces acrecienten su poder por medio de la protección de los derechos humanos. A pesar de que la ley de necesidad de reforma de la Constitución impedía modificar su primera parte relativa a los derechos y garantías, ello no fue óbice para incorporar nuevos derechos y garantías en otras partes del texto constitucional, lo cual ha sido realizado desde varios frentes distintos. Primero, el artículo 75 inciso 22 reconoce con jerarquía constitucional a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. En consecuencia, las cláusulas de dichos instrumentos pasan a formar parte de la Constitución y deben ser interpretadas de forma armónica con el resto del articulado constitucional, expandiendo de forma considerable la carta de derechos reconocidos en ella. Esta carta también se expandió con la incorporación de un apartado sobre nuevos derechos, entre los cuales se reconocen el derecho a un ambiente sano, los derechos de los consumidores y usuarios y los derechos de incidencia colectiva.²⁶ Asimismo, la reforma constitucional ha provisto de mecanismos y herramientas individuales y grupales para hacer exigible y efectiva la protección más robusta de los derechos consagrados en la nueva Constitución, como es el caso de la acción de amparo colec-

25. Las dos vacantes que quedaban no fueron completadas dado que por ley se dispuso ir reduciendo, a medida que se presentaran vacantes, el número de miembros de la Corte Suprema de nueve a cinco.

26. Constitución Nacional, art. 42.

tivo y de la acción de *habeas data*.²⁷ La incorporación de la figura del Defensor del Pueblo como defensor de los derechos humanos reconocidos en la Constitución²⁸ es otro de los elementos de la reforma de 1994 que incidieron en la reconfiguración de la Corte Suprema, a lo que cabe agregar el establecimiento del Ministerio Público (fiscales y defensores) como un órgano extra-poder.²⁹ Todas estas reformas han generado las condiciones para un protagonismo mayor de los jueces en lo que respecta a la protección de los derechos, tanto por la cantidad de temas nuevos en los que puede intervenir como de los mecanismos a través de los cuales puede hacerlo. Muchos de los nuevos derechos y mecanismos reconocidos repercuten en el alcance de la decisión que adoptan los jueces la cual ahora puede extenderse más allá de las partes exclusivas del caso. Esto determina una importancia aún mayor del rol que tienen los jueces para atribuir significado a la Constitución.

Esta nueva textura constitucional sirvió de plataforma para pensar mecanismos que apuntalen la legitimidad de la Corte Suprema. Las iniciativas llevadas a cabo con este fin pueden agruparse en dos tipos. La primera provino de afuera, es decir, de un poder ajeno a él. En 2003, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 222/03 que reglamenta el proceso constitucional de selección de los jueces supremos, los cuales, según el artículo 99 inciso 4 de la Constitución, son elegidos por el presidente con acuerdo del Senado en sesión pública (este último requisito fue agregado en la reforma del 94). Dicho decreto establece que los jueces que integren el Tribunal Supremo deben poseer antecedentes destacados, trayectoria pública y prestigio. Asimismo, estipula que la integración del tribunal debe estar equilibrada en términos de género, procedencia regional y áreas del derecho. También contempla la posibilidad de un debate público y de amplia participación, dando la oportunidad a los miembros de la comunidad, individuos u organizaciones, de plantear sus opiniones e interrogantes respecto de las ideas y acciones de los candidatos a jueces del Máximo Tribunal. Esta innovación permitió incorporar una mayor transparencia al nombramiento y generar un canal de participación de la ciudadanía.

27. *Ibíd.*, art. 43.

28. *Ibíd.*, art. 86.

29. *Ibíd.*, art. 120.

La segunda iniciativa para renovar la Corte se originó desde adentro, es decir, fue el mismo Tribunal Supremo quien contribuyó a su saneamiento al dictar Acordadas que tienden a hacer más transparentes sus actos. Ya con cierta legitimidad obtenida gracias al nuevo mecanismo por el cual fueron designados, los jueces supremos se avocaron a regular sobre la participación pública en su esfera y sobre la publicidad y transparencia de sus actos de gobierno. De esta forma, entre otras medidas, autorizaron con respecto a las causas en trámite ante la Corte y siempre que en ellas se ventilen cuestiones de trascendencia institucional o que resulten de interés público, la actuación de los denominados *Amigos del Tribunal* con el objeto de que hagan saber sus opiniones o sugerencias sobre asuntos de aquella naturaleza y, con ese alcance, ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión de dichas causas.

Las reformas implementadas en y por la Corte Suprema se han destacado tanto por la utilización de nuevas herramientas para la resolución de casos, como por el tratamiento sustantivo que le dio a muchas de las temáticas de casos que decidió. Las decisiones adoptadas y la forma en la que ello fue realizado crearon las condiciones para ir dotando a la institución de la tan ansiada credibilidad y respetabilidad social.

Hasta la decisión en “ALITT” –que se detalla en el punto siguiente–, las cuestiones decididas por la Corte renovada, con sólo tres años de funcionamiento, fueron del tenor más variado. Entre otras decisiones, cabe mencionar: la constitucionalidad del corralito, la anulación de las leyes de obediencia debida y punto final, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, y los derechos económicos y sociales en los cuales amparó a personas sin recursos para el acceso a bienes básicos como medicamentos, tratamientos médicos y prestaciones alimentarias. El Máximo Tribunal también declaró la inconstitucionalidad de normas que discriminaban sobre la base de la nacionalidad de las personas y estableció el alcance del derecho a elegir libremente una profesión o empleo y a no ser discriminado en razón del género en el proceso de selección para acceder a un empleo. En procesos vinculados a la formulación de políticas públicas en materia previsional la Corte forzó un cambio en la política del gobierno respecto del alcance de la protección de los derechos previsionales.

Asimismo, incursionó en la resolución de lo que se conoce como litigios complejos relativos a reformas estructurales donde se combi-

nan un contenido respetuoso de derechos humanos antes ignorados con remedios judiciales novedosos como audiencias públicas para escuchar a las partes del caso.³⁰ A esto se suman órdenes, exhortaciones, encomiendas, y seguimientos dirigidos a los poderes políticos respectivos con el fin de que realicen determinadas acciones. Esto implica generar canales de diálogo e interacción con otros poderes del Estado para resolver la violación de derechos. También implica un engrosamiento de las facultades de la judicatura.

Por último, la Corte Suprema ha afianzado la postura relativa a que la jurisprudencia de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), como así también la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, sirven como guía de interpretación para resolver los casos en los cuales está en juego la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³¹

Lo expuesto es una síntesis de las decisiones adoptadas por el Máximo Tribunal que le permitieron atravesar de manera exitosa esta fase de redefinición. Su objetivo principal consistió en construir su identidad institucional de forma tal de irradiar confianza y respetabilidad en la sociedad. La legitimidad de este tribunal es un producto de sustancia y percepción que se expresa en la aceptación que el pueblo hace de la judicatura como preparada para determinar lo que las leyes de la Nación significan y para declarar lo que demandan. Aquí se des-

30. Véanse, “Verbitsky”, 2005 (se decide la situación de casi 6000 personas detenidas en comisarías de la provincia de Buenos Aires. Los poderes Ejecutivo y Legislativo de la provincia de Buenos Aires deben adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y de ejecución penal y penitenciaria a los estándares constitucionales e internacionales); “Mendoza”, 2006 (se ordenó que el Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires, la Ciudad de Buenos Aires y el Consejo Federal de Medio Ambiente trabajen coordinadamente a través de un plan integrado en el saneamiento de la cuenta del río Matanza-Riachuelo); y el desarrollo de audiencias públicas en casos de conflictos indígenas.

31. En concreto, la Corte Suprema ha sostenido que como resultado de la reforma constitucional de 1994 las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sirven como guía de interpretación para resolver los casos en los cuales está en juego la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Véanse, “Giroldi”, Fallos: 319:514, 1995; “Espósito”, Fallos: 327:5668, 2004; “Bramajo”, Fallos: 319:1840, 1996; “Romero Cacharane”, Fallos: 327:388, 2004; “Viaña”, Fallos: 318:2348, 1995; “Nardelli”, Fallos: 319:2557, 1995; “Llerena”, Fallos: 328:1491, 2005; “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional”, 2013. Véase también el reciente traspié de esta jurisprudencia en los casos “Fontevicchia” y “Muiña”, 2017.

taca el rol que la especial habilidad de la Corte tiene para determinar las dimensiones políticas de la Constitución y su cercana relación con la percepción y aceptación pública de la misma.

La construcción de legitimidad de la Corte ha requerido, en primer lugar, imbuir de algún grado de continuidad y permanencia a sus opiniones. En segundo lugar, ha sido central que sus jueces hicieran expresas las razones que fundamentan la solución de sus fallos. En tercer lugar, ha sido necesario que el Tribunal Supremo acepte que su palabra no es la única ni la última fuente de validez del derecho, sino que también los poderes políticos, más una multiplicidad de actores (medios, ONG, academia, movimientos sociales, instituciones de la sociedad civil, organismos internacionales, etcétera), son parte del proceso de decidir qué es el derecho.

Es en este contexto de depuración de la Corte y de creación y afianzamiento de su aceptabilidad social que este tribunal resuelve el caso “ALITT” modificando de esta manera la jurisprudencia bochornosa esbozada por su predecesora en el fallo “CHA”.

La discusión en “ALITT”³²

Casi 15 años después del fallo “CHA”, llegó “ALITT”, otra asociación que defendía los derechos de minorías de la diversidad sexual que se encontró nuevamente con el rechazo de parte de la IGJ al reconocimiento estatal de la asociación creada con ese objeto. En el caso “ALITT”, el Inspector General y luego la Cámara de Apelaciones utilizaron argumentos similares a los que habían sido invocados en el caso “CHA”. En el mes de abril de 2003, ALITT solicitó a la IGJ el reconocimiento de su personalidad jurídica. Este pedido consignaba, como uno de sus objetivos fundamentales, la lucha por el reconocimiento legal y social del travestismo como una identidad propia, así como el reconocimiento de las personas travestis y transexuales como ciudadanas de pleno derecho. Los objetivos de ALITT están enumerados en el artículo 2 de su estatuto social y consisten en: a) luchar por que el Estado y la sociedad acepten el travestismo como una identidad propia; b) lograr que las personas travestis y transexuales

32. Este punto es una síntesis de una parte del Capítulo 2 de mi libro *Subordinaciones invertidas: sobre el Derecho a la Identidad de Género*, *op. cit.*

sean reconocidas como sujetos de Derecho; c) conseguir una mejor calidad de vida para las personas travestis y transexuales; entre otros. Debe tenerse en cuenta que al momento de hacer esta presentación administrativa el movimiento transgénero entraba al siglo veintiuno con una década de lucha en sus espaldas, como se explica más adelante.

En su solicitud, ALITT sostuvo que el bien común que exige el Código Civil consiste en la articulación y el equilibrio de los distintos intereses que alberga en la actualidad la sociedad, entre los que se incluye el reconocimiento de las diversidades que existen, y su armonización, en tanto tengan un objeto considerado como lícito y que no interfiera con la libertad y la diversidad de terceros. Además, en su presentación, ALITT propuso considerar la noción de bien común desde el punto de vista de las condiciones histórico-sociales-culturales concretas. Sostuvo que debe tenerse en cuenta que la lucha por la diversidad ha signado la segunda mitad del siglo XX en forma especial y que la evolución de la sociedad debe verse reflejada en el derecho. Afirmó que este tipo de análisis constituye una herramienta fundamental para comprender la necesidad de dejar a un lado interpretaciones dogmáticas y restrictivas de dicha noción.

La IGJ adoptó una posición contraria a aquella sostenida por ALITT y consideró –como hizo en el caso “CHA”– que los objetivos de la asociación eran contrarios al requisito de bien común exigido por el Código Civil dado que

... no ofrecen un marco valioso para el desarrollo de la convivencia, integrando así el patrimonio espiritual y cultural de la comunidad, que es condición esencial para que una asociación de naturaleza civil pueda obtener el reconocimiento del Estado en lo que se refiere a sus actividades y objetivo.³³

Por esta razón, este órgano del Poder Ejecutivo decidió denegar la autorización para funcionar como una asociación con reconocimiento estatal. Esta denegatoria llevó a ALITT a recurrir la decisión

33. Resolución IGJ N° 001142, 16/09/2003, punto 7. Además, indicó que “La autorización prevista por el artículo 33 del Código Civil es de interés predominantemente estatal. Ello significa que la autorización otorgada por el Estado a las asociaciones civiles que se presentan para obtener la misma, implica hacer suyos los objetivos que persigue esa entidad y no creo que constituya una prioridad del Estado la aceptación del travestismo como una identidad propia o la construcción de una ciudadanía travesti-transexual, según los expresos propósitos que han inspirado su fundación, conforme cláusula expresa de su estatuto”, punto 11.

ante la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, quien confirmó la resolución de la IGJ.³⁴ El argumento principal esbozado por la Cámara para considerar correctamente denegada la personería jurídica por parte de la IGJ consistió en afirmar que no alcanza con que el objeto de la asociación sea lícito, sino que también debía ser socialmente útil. En otras palabras, la utilidad del fin de la asociación no debía serlo sólo para sus integrantes y para quienes compartan sus ideas, sino que debía implicar un beneficio positivo para toda la sociedad. Y en el caso, el tribunal observó sólo un beneficio particular para los integrantes del grupo conformado por las personas que detentan esa condición y para quienes comulgan con sus ideas.

Una conclusión que se sigue necesariamente de esta posición consiste en aceptar que se puede privar a las personas de ciertos derechos si los mismos no se alinean con el interés de la sociedad o el Estado entendido como un todo. Esta visión presupone una entidad colectiva que constituye una persona moral independiente con intereses irreductibles. De esta manera, la autonomía de los individuos sólo se materializaría en relación con su pertenencia al todo del Estado o la sociedad que, a su vez, les confiere a ellos su carácter real. En este escenario el Estado no está conformado por individuos que satisfacen intereses individuales, sino que está por encima de ellos.

Luego de la sentencia negativa de la Cámara, ALITT demandó ante la Corte Suprema, que para entonces ya tenía una composición diferente a aquella que decidió el caso “CHA”. En consonancia con la crítica esbozada en el párrafo anterior, y contrariando la decisión de la Cámara, la Corte no sólo reconoce la plena validez de los objetivos estatutarios de la asociación, sino que además critica la identificación del bien común con la perspectiva de las mayorías. Asimismo, consideró que el rechazo de la personería jurídica a ALITT había constituido una injustificable iniciativa discriminatoria, y estableció que su derecho de asociación debía ser reconocido en nombre del respeto a la dignidad humana.³⁵

Es notorio el reconocimiento expreso que realiza la Corte de las vicisitudes que enfrentan todos los días las personas LGBT cuando

34. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “ALITT”, Sala K, abril de 2004.

35. *Ibidem*, párr. 11.

afirmó que las personas que pertenecen a las minorías sexuales representadas por ALITT:

... no sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo.³⁶

Ante semejante realidad de opresión y discriminación de las personas travestis y transexuales, los jueces supremos subrayaron la importancia que tienen los objetivos estatutarios de ALITT para revertir esta situación. Al respecto afirmaron que

... resulta prácticamente imposible negar propósitos de bien común a una asociación que procura rescatar de la marginalidad social a un grupo de personas y fomentar la elevación de su calidad de vida, de sus niveles de salud física y mental, evitar la difusión de dolencias infecciosas, prolongarles la vida, abrir proyectos para que la única opción de vida deje de hallarse en los bordes de la legalidad o en el campo de arbitrariedad controladora y, en definitiva, evitar muertes, violencia y enfermedad.³⁷

En consecuencia, concluye la Corte, los objetivos que procura ALITT propenden al bien común, al cual dota de una esencia pluralista que se extiende más allá del beneficio propio de los integrantes de las minorías sexuales involucradas en el caso.³⁸

A lo expuesto cabe agregar que por primera vez el tribunal supremo nacional hace referencia a la realidad de exclusión, marginalidad y opresión que día a día viven las personas integrantes de las distintas minorías sexuales. Lo hace en los siguientes términos:

...no es posible ignorar los prejuicios existentes respecto de las minorías sexuales, que reconocen antecedentes históricos universales con terribles consecuencias genocidas, basadas en ideologías racistas y falsas

36. *Ibíd.*, párr. 17.

37. *Ibíd.*, párr. 15.

38. *Ibíd.*, párr. 18.

afirmaciones a las que no fue ajeno nuestro país, como tampoco actuales persecuciones de similar carácter en buena parte del mundo, y que han dado lugar a un creciente movimiento mundial de reclamo de derechos que hacen a la dignidad de la persona y al respeto elemental a la autonomía de la conciencia.³⁹

¿Qué pasó en la sociedad y el derecho entre “CHA” y “ALITT”?

Durante los 15 años que transcurrieron entre ambas causas, sucedieron muchas cosas que propulsaron la visibilización del movimiento y demandas LGBT.

A comienzos de los años 90 entran a jugar en la discusión pública cuestiones vinculadas a la sexualidad como el aborto, los derechos sexuales y reproductivos, la violencia contra la mujer y cuestiones de equidad de género y acoso sexual. A nivel internacional se sancionan instrumentos internacionales que receptan los derechos de grupos minoritarios específicos (Convención de los Derechos del Niño, la Convención *CEDAW*, etc.). Mientras tanto, un año antes de que la Corte decidiera “ALITT”, el Poder Ejecutivo reconoció la situación de vulneración y de tratos discriminatorios y de violencia que sufren las personas transgénero, travestis, transexuales e intersex en Argentina en el ámbito de la educación, la salud y el trabajo.⁴⁰

A nivel de la sociedad, fueron adquiriendo relevancia las marchas del orgullo, las cuales fueron muy importantes para la visibilidad en el espacio público del movimiento LGBT. Las marchas han combinado un espacio para la celebración de la diversidad con un acto de protesta y denuncia de las situaciones de violencia y discriminación a las que están expuestas las personas LGBT.⁴¹ Debe también recordarse que en

39. *Ibidem*, párr. 16.

40. Véase el documento “Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación”, aprobado por el Decreto N° 1086/05, 2005, pp. 166-171. Este documento realiza un diagnóstico de las distintas cuestiones y grupos que son objeto de discriminación en Argentina y entre ellas menciona la identidad y orientación sexual.

41. Por ejemplo, las “marchas del orgullo” fueron parte de esta estrategia. Para una descripción detallada de su contenido y dinámica véanse las encuestas realizadas por, Carlos Figari, Daniel Jones, Micaela Libson, Hernán Manzelli, Flavio Rapisardi y

los años 90, la epidemia del HIV-SIDA estaba en su punto más álgido y la importancia y necesidad de controlarla era ampliamente reconocida a nivel social y político.

A nivel jurídico, debe destacarse la reforma constitucional argentina del año 1994, la cual reconoce con igual jerarquía constitucional a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y reconoce también derechos de grupos minoritarios, proveyendo de esta forma de argumentos para justificar la protección de aquellos grupos en situación desaventajada.⁴²

La instauración en el año 1996 de la primera Constitución de la Ciudad de Buenos Aires⁴³ brindó otra oportunidad de instalar en el ámbito público discusiones referidas a los derechos de las minorías sexuales. La ocasión fue el reconocimiento de la orientación sexual en el articulado de la nueva Constitución local como factor prohibido de discriminación.⁴⁴ Organizaciones homosexuales y transgénero apoyaron esta incorporación, ello a pesar de que los grupos trans se dieron cuenta de que este motivo de prohibición de discriminación no se extendía a ellos.⁴⁵

Una cuestión central en la lucha por el reconocimiento de los derechos de la diversidad sexual fue la discusión contra los Edictos Policiales en la Ciudad de Buenos Aires que penalizaban la prostitución, la homosexualidad y vestirse como alguien del género opuesto al que figuraba en los documentos de identidad.⁴⁶ A comienzos de la década del 90, el

Horacio Sívori en "Sociabilidad, Política, Violencia y Derechos. La Marcha del Orgullo GLTTB de Buenos Aires 2004. Primera Encuesta", con el apoyo del Instituto de Investigaciones Gino Germani (IIGG) Área Queer – Laboratorio de Políticas Públicas (LPP) y del Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos (CLAM) y Tomás Iosa, Hugo H. Rabbia, Ma. Candelaria Sgró Ruata, José Manuel Morán Faúndes y Juan Marco Vaggione, "Política, sexualidades y derechos. Primera Encuesta Marcha del Orgullo y la Diversidad", Córdoba, Argentina, 2010.

42. Desarrollé este punto en el apartado "La depuración de la Corte Suprema" de este trabajo.

43. La reforma de la Constitución Nacional de 1994 estableció la autonomía de esta localidad (art. 125) razón por la cual debía darse su propio texto constitucional.

44. Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, art. 11.

45. Berkins, Lohana, "Un itinerario político del travestismo", en Maffía, Diana (ed.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Feminaria Editora, 2003, p. 130.

46. Véase el "Informe sobre códigos contravencionales y de faltas de las provincias de la República Argentina y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en relación con la discriminación y represión a gays, lesbianas y bisexuales y trans" elaborado por la

movimiento LGBT emprende la lucha contra este tipo de normas locales, cuestión que sirvió de catalizador para la organización y movilización de las personas travestis y transexuales.⁴⁷ Esta circunstancia les permitió ganar visibilidad política. Fue también una oportunidad para articular políticamente con diferentes actores con quienes establecerían vínculos que serían importantes para su lucha por el derecho a la identidad de género, grupos como las feministas, las organizaciones tradicionales de derechos humanos (el Servicio de Paz y Justicia, el Centro de Estudios Legales y Sociales, las Madres de Plaza de Mayo y otros organismos) y organizaciones de mujeres en prostitución.⁴⁸

En 1998, en el marco de la autonomía asignada a la Ciudad de Buenos Aires, se reemplazó la vieja legislación contravencional, es decir, los Edictos Policiales de 1946, cuya aplicación estaba a cargo de la Policía Federal, por un nuevo código contravencional, el Código de Convivencia Urbana, que estableció los deberes y derechos de los habitantes de la Ciudad y despenalizó el trabajo sexual.⁴⁹ Pero ello duraría poco, ya que cuatro meses después se limitó tal despenalización bajo la figura de la oferta y demanda de servicios sexuales en el espacio público. Luego, en 1999, fue nuevamente prohibido el trabajo sexual y en 2004 se lo reformula con la creación de una zona roja oficial (un espacio limitado del territorio de la Ciudad de Buenos Aires donde se permitía

Federación Argentina LGBT. Disponible en: http://www.lgbt.org.ar/archivos/codigos_contravencionalesyfaltas.pdf (fecha de consulta: 12/11/2018).

47. Sabsay, Leticia, *Fronteras sexuales. Espacio urbano, cuerpos y ciudadanía*, Buenos Aires, Paidós, 2011. En este trabajo se retrata el proceso de criminalización y discriminación en relación con la despenalización del trabajo sexual y la visibilización de colectivos de travestis y mujeres transexuales en el espacio público de la ciudad de Buenos Aires. También véase Fernández, Josefina, *Cuerpos desobedientes. Travestismo e identidad de género*, Edhasa, 2004, cap. 4 y “Un itinerario político del travestismo”.

48. Berkins, Lohana, “Un itinerario político del travestismo”, *op. cit.*, p. 130. Dice Josefina Fernández que a fines de 1999, entre las organizaciones de derechos humanos que apoyaban a la comunidad LGBT cabe mencionar a HIJOS y Madres de Plaza de Mayo (Fernández, Josefina, *Cuerpos Desobedientes. Travestismo e identidad de género*, *op. cit.*, p. 131).

49. En el Código Penal Argentino el trabajo sexual no constituye un delito. Sí, en cambio, lo constituye la explotación de la prostitución (arts. 126 y 127). La penalización del trabajo sexual corresponde a cada una de las provincias del país en sus propios códigos penales y/o en los códigos contravenciones locales mediante figuras tales como “escándalo en la vía pública”, “alteración a la tranquilidad pública” y otras actividades que “atenten contra la moral pública, el decoro y las buenas costumbres”. Éstas son las figuras que no receptó el nuevo Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires.

el trabajo sexual en la vía pública), espacio que representó los límites y desafíos de la lucha por los derechos de las personas transgénero.

Al mismo tiempo que tenían lugar las discusiones sobre los Edictos Policiales, las organizaciones de la diversidad sexual emprendieron acciones destinadas a remover los estereotipos y promover la valoración positiva de la diversidad sexual en la sociedad. Estas acciones se enmarcan en lo que se llama la “política de la visibilidad”, es decir, “un conjunto de estrategias de crítica y creación de nuevos patrones sociales de ‘representación, interpretación y comunicación’”.⁵⁰

En suma, durante la década del 90 y en los años hasta la decisión en “ALITT”, las personas travestis y transexuales de forma gradual, recurriendo a distintas acciones, tanto jurídicas como sociales, consiguieron imponer su nombre y presencia al interior del movimiento por la diversidad sexual, hecho que facilitó la creación de un escenario político nuevo.⁵¹

¿Qué pasó con el derecho y la sociedad después de “ALITT”?

Las demandas por el reconocimiento estatal de la personería jurídica de Organizaciones No Gubernamentales que trabajan en pos de la defensa de los derechos de la comunidad LGBT fueron un terreno fundamental en el cual se jugó la lucha por la visibilidad y el reconocimiento social y legal. El fallo “CHA” marca el momento más radical de la exclusión de este grupo, mientras que el fallo “ALITT” señala un rumbo más protector de sus derechos.

La decisión del Máximo Tribunal en este último caso fue central para destrabar y darles más velocidad a los reclamos de las minorías sexuales.

50. Moreno, Aluminé, “La invisibilidad como injusticia. Estrategias del movimiento de la diversidad sexual”, en Pecheny, Mario; Figari, Carlos; Jones, Daniel (eds.), *Todo sexo es político. Estudios sobre sexualidades en Argentina*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2008, p. 232.

51. El primer grupo travesti en organizarse fue la Asociación de Travestis Argentinas (ATA) en 1991. Poco tiempo después, en virtud de diferencias internas respecto de si debían aceptar o no la práctica prostibular, ATA se divide y se constituyen otras dos organizaciones. Por un lado, la Organización de Travestis y Transexuales de la República Argentina (OTTRA) y por el otro, la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual (ALITT). Un momento de inflexión para el colectivo LGBT fue la VIII Marcha del Orgullo GLTT y B de 1999, en donde pueden vislumbrarse acuerdos y puntos de contacto entre los distintos grupos de la diversidad sexual.

Una de las demandas que se benefició del contexto favorable generado por dicho caso fue el referido a la pensión por fallecimiento de uno de los integrantes de una pareja homosexual, el caso “Pascale”, uno de los logros concretos más significativos para la comunidad homosexual.

El señor Alfredo Pascale formó una pareja con convivencia pública, permanencia, fidelidad y asistencia mutua durante 40 años con otro hombre. Varios años antes del fallecimiento de su pareja se habían instituido mutuamente como herederos únicos y universales mediante escritura pública. En 1997, Pascale inició ante ANSES los trámites administrativos tendientes al reconocimiento del derecho a la pensión derivada de la muerte de su pareja.⁵² Siete años después, este organismo desestimó la petición de Pascale bajo el argumento de que las parejas convivientes homosexuales no tienen derecho a la pensión derivada de la muerte de uno de ellos (establecido en el art. 53 de la Ley N° 24241), pues ese derecho sólo le corresponde a los convivientes que forman una pareja heterosexual.⁵³ Ya para entonces Pascale tenía 90 años. Frente a la denegatoria de la ANSES, Pascale inició una demanda ante un Juzgado de Primera Instancia del fuero de la Seguridad Social. La jueza del caso denegó dicha pensión basada en lo antinatural de las uniones homosexuales.⁵⁴ Pascale apeló esta decisión ante la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, tribunal que confirmó la denegatoria de las instancias judicial y administrativa anteriores.⁵⁵

Pascale volvió a apelar esta vez ante la Corte Suprema. Existía una razonable presunción de que este tribunal colegiado decidiría a favor del derecho a la pensión gay en juego, ya que el Máximo Tribunal había decidido “ALITT” un año antes. No obstante, el Poder Ejecutivo le ganó de mano a la Corte y le ordenó a la ANSES que revisara su resolución previa denegatoria del derecho de Pascale a los efectos de que reconozca su derecho a la pensión gay.⁵⁶ La nueva resolución de la ANSES no tornó abstracto el reclamo de Pascale, ya que el

52. ANSES, Expte. N° 024-24044729683-007.

53. ANSES, Resolución N° 1501/04.

54. Sentencia N° 24533 del 24/11/1906 del Juzgado de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 5.

55. Sentencia N° 118316 de la Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

56. ANSES, Resolución N° 671/08 declara a los convivientes del mismo sexo como parientes con derecho a la pensión por fallecimiento del jubilado, del beneficiario de retiro

beneficio concedido por la ANSES se proyectó de forma retroactiva sólo a los haberes devengados durante el año anterior a la fecha de la citada resolución, mientras que Pascale reclamaba la retroactividad al momento del fallecimiento de su pareja. Es por ello que presentó una nueva demanda judicial relativa a dicha retroactividad, que fue aceptada por la Corte Suprema un año después de la sanción de la ley sobre el matrimonio igualitario.⁵⁷ Cabe aquí recordar que sólo un año antes de la aprobación de esta ley, en otro caso sobre pensión por fallecimiento de parejas del mismo sexo, el Máximo Tribunal había declarado arbitraria la decisión de la Corte de la provincia de Buenos Aires que, con fundamentos procedimentales y sin tocar en la sustancia del caso, había denegado el derecho a la pensión por fallecimiento a parejas homosexuales. La Corte Suprema Nacional le ordenó a su par provincial que emita una nueva decisión conforme a derecho.⁵⁸

Los casos “ALITT” y “Pascale” muestran que uno de los grandes desafíos para el afianzamiento de la democracia en Argentina consistió en la conquista de campos del derecho que la prédica tradicional de los derechos humanos había excluido de su ámbito de influencia.⁵⁹ A medida que esta mirada sobre los derechos humanos se fue expandiendo hasta incluir el derecho contra la discriminación, viejos campos del derecho son objeto de interpelación: el derecho civil, laboral, de la seguridad social, el derecho a la salud, el derecho de lxs niñxs, por ejemplo. Este proceso de imbuir campos tradicionales del derecho con la mirada de los derechos humanos ha sido, y continúa siendo, un rasgo particularmente interesante y novedoso del derecho argentino. En “Pascale”, por ejemplo, la Corte Suprema, no obstante ver coartada su oportunidad de expedirse en el caso (sólo pudo hacerlo respecto de los efectos retroactivos de la decisión de la ANSES), dio señales de estar un paso adelante de la mirada de la Cámara de Apelaciones y lista para adoptar

por invalidez o del afiliado en actividad del Régimen Previsional Público o del Régimen de Capitalización, que acrediten derecho a percibir la pensión o beneficio mencionado.

57. CSJN, “Pascale”, 28/06/2011.

58. CSJN, “Y.E c/Caja de previsión”, 28/07/2009.

59. Por mirada tradicional de los derechos humanos hago referencia a aquella que entiende al Estado como enemigo por ser violador de los derechos humanos a través de desapariciones, tortura y asesinatos, todas ellas violaciones producidas principalmente por el Estado dictatorial.

aquella basada en los derechos humanos como no discriminación en un caso sobre seguridad social. A su vez, la postura favorable en la materia que la Corte había adelantado en “ALITT” alentó a otro actor político, el Poder Ejecutivo, a que se pusiera a la vanguardia en el tema, cosa que ocurre cuando le ordena al titular del organismo nacional de la seguridad social que reconozca el derecho a la pensión por fallecimiento gay (incluso cuando unos años antes fue este mismo organismo quien había rechazado dicho reconocimiento en el mismo caso). En “ALITT” el Máximo Tribunal extiende el discurso de los derechos humanos a una materia de derecho civil como es el reconocimiento de la personería jurídica. Ambos casos representan la conquista que realizan los derechos humanos de espacios tradicionales del derecho.

Cabe tener presente que tanto “ALITT” como “Pascale” sucedieron antes de que el Congreso dicte la ley de matrimonio igualitario y la ley sobre el derecho a la identidad de género, razón por la cual es sensato deducir que ambos casos han generado condiciones favorables para la obtención de estas leyes.

Dos años más tarde, tal como ocurrió en el caso “Pascale”, ahora en el terreno de la lucha por el matrimonio igualitario, el gobierno nuevamente capitalizó la opinión pública favorable sobre el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, y se adelantó a la resolución en este sentido que, es razonable pensar, hubiera emitido la Corte Suprema en alguno de los cuatro casos que tenía pendiente de decisión sobre el tema. De esta forma se abrió el camino para la discusión de la reforma del matrimonio civil y de la adopción a fin de que estas instituciones sean inclusivas de las parejas homosexuales.⁶⁰ Además de haber sido la antesala para la sanción de la ley de matrimonio igualitario, “ALITT” también lo fue para la sanción de la ley sobre el derecho a la identidad de género (año 2012) que reconoce por primera vez en el mundo a la propia percepción del género como único criterio válido para determinarlo.⁶¹

60. Para una reconstrucción del proceso que concluyó en la sanción de la ley de matrimonio igualitario, véase Hiller, Renata, “Matrimonio igualitario y espacio público en Argentina”, en Aldao, Martín; Clérico, Laura (coord.), *Matrimonio Igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

61. Para una reconstrucción del proceso que concluyó en la sanción de la ley sobre el derecho a la identidad de género, véase mi libro *Subordinaciones Invertidas...*, *op. cit.*

En este sentido, cabe afirmar que “ALITT” creó condiciones propicias para el reconocimiento de las personas LGBT como ciudadanas con plenos derechos. El reconocimiento de parte del Tribunal Supremo del país de la violencia y discriminación de la que han sido objeto estas personas implicó una valoración positiva de la diversidad sexual que a su vez confirió legitimidad a las demandas hechas en su nombre. Los reconocimientos estatales que “ALITT” motorizó de las negaciones de humanidad de las personas LGBT, quienes han sufrido la violación sistemática de sus derechos humanos de parte del Estado y de particulares, han significado una importante reparación histórica y simbólica de muchas violencias, tales como la patologización, la discriminación y la criminalización. Finalmente, no puede dejar de mencionarse que la historia del reconocimiento de derechos que aquí se cuenta a través de la historia de los casos “CHA” y “ALITT” ha sido impulsada por la militancia y el activismo de sus propios protagonistas, las organizaciones y personas LGBT. Esto confiere a esta historia un manto especial de legitimidad.

El concepto de travesticidio/transfemicidio y su inscripción en el pedido de justicia por Diana Sacayán*

Diana Maffía** y Alba Rueda***

Femicidio: un concepto que no permite abordar adecuadamente los asesinatos de travestis y mujeres trans

El concepto de femicidio se lo debemos al feminismo, y fue pensado como un concepto primordialmente político, como bien lo expresa la definición que en su momento dio Diane Rusell al usarlo en el Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres en Bruselas, en 1976:

El femicidio está en el extremo final de un continuum de terror sexista que incluye una amplia variedad de abusos verbales y físicos como la

* Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en el 24° Seminario Internacional de Ciências Criminais, IBCCRIM, en la ciudad de San Pablo, entre el 28 y el 31 de agosto de 2018. Asimismo, parte de este artículo fue publicado como “Travesticidio/transfemicidio como crimen de género”, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, N° 93, diciembre/2018, p. 79 y ss. Queremos agradecer la colaboración de Florencia Sotelo, Roberta Ruiz y Aluminé Moreno, que aportaron datos relevantes y revisaron las diferentes versiones de este texto.

** Doctora en Filosofía por la Universidad de Buenos Aires. Directora del Observatorio de Género en la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Investigadora del Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género y profesora de Filosofía Feminista, en la carrera de Filosofía, de la misma universidad. Consejera académica del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires (2012-2014). Diputada de la Ciudad de Buenos Aires (2007-2011). Directora académica del Instituto Hannah Arendt de Política y Cultura (2004-2008). Defensora Adjunta en derechos humanos en la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (1998-2003).

*** Estudió el Profesorado de Filosofía en la Universidad de Buenos Aires. Forma parte del Observatorio de la Discriminación del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) y se desempeña en la Oficina de Identidad de Género y Orientación sexual del Observatorio de Género en la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Activista trans, integrante de la organización social Mujeres Trans Argentina. Investigadora en temas de disidencias sexuales del Departamento de Género y Comunicaciones del Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini.

violación, la tortura, la esclavitud sexual (particularmente por prostitución), el abuso sexual infantil incestuoso o extrafamiliar, las golpizas físicas y emocionales, el acoso sexual (por teléfono, en las calles, en la oficina y en el aula), la mutilación genital (cliteridectomías, escisión, infibulaciones), las operaciones ginecológicas innecesarias (histerectomías), la heterosexualidad forzada, la esterilización forzada, la maternidad forzada (por la criminalización de la anticoncepción y del aborto), la psicocirugía, la privación de comida para mujeres en algunas culturas, la cirugía plástica y otras mutilaciones en nombre del embellecimiento. Siempre que estas formas de terrorismo resultan en muerte, se convierten en femicidio.¹

Son muchas las cuestiones culturales y sociales que naturalizan la violencia y la posesión por parte de los varones de los cuerpos y la vida de las mujeres. Entonces son muchas las áreas del Estado que deberían estar comprometidas en cambiar estos parámetros, en lugar de participar de esa naturalización, menospreciar los riesgos, desoír la gravedad de las denuncias reiteradas y descuidar el cumplimiento de las medidas de restricción de acercamiento cuando se logra establecerlas. El femicidio, por tanto, es un problema político y su resolución judicial entra en la categoría de “litigios complejos” tanto por los esfuerzos de articulación que involucra, como por la alta incidencia en políticas públicas necesarias para amparar derechos en personas con múltiples subordinaciones superpuestas.

En Argentina, pese al esfuerzo de diputadas feministas, no se logró redactar una figura penal de “femicidio” a pesar de un significativo debate político. En 2012 se discutió si el delito de femicidio constituía una figura penal específica o un agravante del delito de homicidio. El esfuerzo feminista residía en plantear que estos delitos principalmente se constituyen como amenaza para la mayoría de las mujeres, estableciendo la constitución de una subjetividad de dominación masculina que incorpora la amenaza del femicidio. Y los datos estadísticos refieren que principalmente ocurren en relaciones sexoafectivas donde los hombres consideran que las mujeres son extensión de su propiedad, en sentido patrimonial, y tienen la impunidad al matarlas “porque era mía”. Estas distancias entre lo asignado como natural y una visibilización de la trama femicida permiten comprender mejor la falta de registro de estos crímenes hacia las mujeres, entre lo negado y

1. Russell, Diana E.; Harmes, Roberta A., *Femicide in Global Perspective*, Nueva York, Teachers College Press, 2001 (La traducción de esta cita es de Marcela Rodríguez).

su ocultamiento se encuentra el reconocimiento social de este delito. En palabras de Rita Segato: “el cuerpo genérico de la mujer se reduce para adherirse definitivamente a la función de objeto destinado al consumo en la construcción de la masculinidad”.²

A pesar de estos obstáculos, en 2012 se sancionó la Ley N° 26791 que modificó el artículo 80 del Código Penal, ampliando el agravante del homicidio por el vínculo, abarcando tanto al cónyuge como al excónyuge, o a la persona con quien se mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. Se incluyeron aquellos homicidios cometidos por odio de género o de orientación sexual, identidad de género o su expresión (inc. 4), así como a una mujer cuando el hecho fuera perpetrado por un hombre y mediare violencia de género (inc. 11).

Nos interesa sobre todo el inciso 4, porque da pie a la definición de “travesticidios/transfemicidios” que el Observatorio de Género en la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires se propuso definir y aplicar tanto para su registro público como para los litigios sobre estos crímenes. En efecto, esta clase de homicidio agravado exige una calidad especial de sujeto pasivo, puesto que la protección se dirige a colectivos especialmente atacados³ por su identidad de género, orientación sexual o corporalidad. Para definir brevemente:

1. El género: por oposición al sexo, que fue asignado al nacer, es una construcción social y subjetiva. A partir de la Ley N° 26473 de Identidad de Género se admite la identidad autopercebida por cada persona, que puede modificarse respecto de la que le fue asignada al nacer si así lo desea.
2. La orientación sexual: personas no heterosexuales, gays, lesbianas y bisexuales (distinciones que continúan siendo binarias y no son exhaustivas).
3. La identidad de género: está expresamente definida en la Ley N° 26743, como la

... vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado

2. Segato, Rita Laura, *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Buenos Aires, Prometeo, 2010, p. 252.

3. Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), *Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios)*. Disponible en: https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/03/Informe_ufem_2018.pdf (fecha de consulta: 05/11/2018).

al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de los medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales (art. 2).

4. La expresión de género: se refiere a la manifestación pública del género de una persona. Asimismo, se ha afirmado que la expresión de género es visible y puede ser una fuente de identificación, especialmente cuando a través de características como la vestimenta, los modales y las modificaciones corporales, se subvierten expectativas tradicionales de expresión de género.⁴
5. La corporalidad: nuestra Ley de Identidad de Género permite realizar los cambios médicos, hormonales o quirúrgicos que la persona requiera para expresar su género, no exigiendo obligatoriamente ninguno. Por tanto, hay dos géneros reconocidos pero muchas corporalidades que pueden encarnarlos.

A pesar de los avances legales enormes que esto implica, persiste la discriminación y a veces la violencia y el odio de género. El odio (y esto es especialmente relevante para la justicia) se prueba a partir de evidencias exteriorizadas. Pero rara vez esa evidencia excede la escena del crimen y así se deja fuera de consideración la violencia estructural que caracteriza la vida de este colectivo.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵ (CIDH) menciona de manera no taxativa algunos indicios posibles de los crímenes por prejuicio:

- 1) el alto grado de violencia con el que la persona perpetró el crimen y los signos que exceden claramente la mera intención de matar;
- 2) los prejuicios que alberga el sujeto activo y que manifiesta antes, durante o después del crimen;
- 3) el carácter de referente y activista de la víctima, si la muerte tuvo un gran impacto en ese colectivo y si tuvo el efecto simbólico de reproducir la sensación de desprotección e inseguridad que sufren sus integrantes.

4. *Ibíd.*, UFEM, p. 19.

5. CIDH, *Violencia contra personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, OAE/Ser.L/V/II.rev.2, Doc. 36, 12 noviembre 2015, párr. 504. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti/pdf> (fecha de consulta: 05/11/2018).

El asesinato de Diana Sacayán: la construcción del concepto de travesticidio/transfemicidio

Un crimen que en Argentina tuvo gran impacto fue (en octubre de 2015) el de la dirigente travesti Amancay Diana Sacayán. Unos meses antes, ella había marchado junto a la gran activista Lohana Berkins en la primera marcha *Ni Una Menos* realizada por el movimiento de mujeres contra la violencia y los femicidios, reclamando “Basta de travesticidios”. Diana fue asesinada ferozmente en su casa por dos hombres, uno de ellos su pareja ocasional. Murió apuñalada trece veces, lo que denota odio y furia. Sentimos mucho su pérdida quienes trabajamos en derechos de la diversidad sexual y de géneros, porque era una dirigente destacada, promotora de la Ley N° 14783 de Cupo Laboral Trans en la provincia de Buenos Aires que hoy rige, y que busca que la prostitución no sea la única fuente de supervivencia para las travestis. En 2012, apenas promulgada la Ley de Identidad de Género, había obtenido su documentación personal con su nombre real, aquel con el que vivió su vida. Su muerte fue una pérdida enorme para el movimiento de la diversidad, como luego fue probado con numerosos testimonios durante el juicio.

El juez Gustavo Pierreti caratuló la causa de su asesinato “Homicidio agravado por femicidio”. En la investigación, el fiscal pidió la colaboración de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (en adelante UFEM), la oficina de la Procuración General de la Nación dedicada a la violencia de género, que proveyó protocolos, apoyo técnico, experiencia de campo y personal. Fue, por otra parte, la primera vez que se usó el protocolo de escena del crimen para femicidios en la muerte de una persona trans en el país.

Podría pensarse que la justicia le dio un tratamiento respetuoso al caso, dado los recursos disponibles en la UFEM y que Diana Sacayán había obtenido un cambio en su documento de identidad que la reconocía como “mujer” (la Ley de Identidad de Género sólo admite un cambio dentro del binario mujer/varón). Pero ¿es el tratamiento adecuado? La extraordinaria dirigente travesti Lohana Berkins, Say Sacayán (hermano de Diana) y distintos activistas y familiares que conformaron el Comité de Justicia por Diana Sacayán, insistieron en que el hecho debía investigarse como un “travesticidio”, lo que implicaba que se consideraran las específicas condiciones de vulnerabilidad de las personas travestis y trans. Se

trataba del mismo criterio político que las feministas usamos oportunamente para denominar los homicidios de mujeres como femicidios.

Lohana había iniciado la tarea mientras se desempeñaba como responsable de la Oficina de Identidad de Género y Orientación Sexual en el Observatorio de Género en la Justicia del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Desafortunadamente, Lohana murió en febrero de 2016, cumpliendo el destino de tantas travestis y trans que no llegan a la vejez. Entonces, decidimos junto a todo el equipo de trabajo continuar tras su ausencia, y en la definición de “travesticidio” se empeñaron especialmente Alejandra Sardá y Blas Radi.⁶ En los próximos párrafos seguiremos su investigación.

Buscando información sobre el tema, Radi y Sardá encontraron el informe presentado por el Observatorio de Personas Trans Asesinadas (TMM por sus siglas en inglés, *Trans Murder Monitoring*)⁷ que arroja la cifra de 2016 crímenes de personas trans⁸ y de género no binario reportados en-

6. Radi, Blas; Sardá-Chandiramani, Alejandra, “Travesticidio / transfemicidio”. *Coordinadas para pensar los crímenes de travestis y mujeres trans en Argentina*, Boletín N° 9, julio de 2016, Observatorio de Género en la Justicia, Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Disponible en: <https://cdconsejo.jusbaires.gob.ar/content/travesticidio-transfemicidio>

7. El proyecto Trans Murder Monitoring (TMM) monitorea sistemáticamente los crímenes de personas trans y personas de género no binario en todo el mundo. Esto significa que su investigación se aplica a los crímenes perpetrados contra una población específica que se identifica con un género distinto al asignado al nacer. Esta población no se limita a travestis y mujeres trans, sino que comprende una multiplicidad de categorías identitarias que incluye varones trans, personas de género neutro, personas no binarias, muxés, kathoey, etc. Este proyecto comenzó en abril de 2009 como una colaboración entre Transgender Europe (TGEU) y la revista académica en línea *Liminalis* y se convirtió en un proyecto piloto de “Transrespeto versus transfobia en el mundo” –el proyecto de investigación de Transgender Europe–. Los resultados de este trabajo son presentados en informes anuales que incluyen mapas y tablas que presentan estadísticas detallando: región, país, fecha del crimen, causa de la muerte, edad y profesión de las víctimas.

8. Según la Organización Panamericana de la Salud (2012), las personas “trans” son aquellas cuya identidad y/o expresión de género no corresponde con las normas y expectativas sociales tradicionalmente asociadas con el sexo asignado al nacer. “Travestiti” es un término político que Berkins (2007) define de la siguiente manera: “Somos personas que construimos nuestra identidad cuestionando los sentidos que otorga la cultura dominante a la genitalidad... Se considera que a un cuerpo con pene seguirá una subjetividad masculina y a un cuerpo con una vagina seguirá una subjetividad femenina. El travestismo irrumpe en esta lógica binaria que es hegemónica y que oprime a quienes se resisten a ser subsumidas/os en las categorías ‘varón’ y ‘mujer’”, Berkins, Lohana, “Cómo nos decimos: las travestis en Latinoamérica”, en *E-misférica*,

tre el 1º de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2015 en 65 países en todo el mundo. El 78% de estos asesinatos –1313 de ellos– fueron registrados en los países de América Central y América del Sur, encabezados por Brasil (802), México (229), Colombia (105), Venezuela (98) y Honduras (79).

Estos datos recogen noticias encontradas en Internet y proporcionadas por la cooperación con organizaciones y activistas trans de todo el mundo. Por este motivo, lxs responsables del Observatorio TMM destacan que las cifras más altas fueron encontradas en países con movimientos trans y organizaciones de la sociedad civil fuertes que realizan algún tipo de monitoreo profesional. En países donde este registro sistemático no se había llevado a cabo, como es el caso de Argentina, no es posible estimar el número de crímenes no denunciados.⁹ Pero a pesar de ello existen organizaciones sociales y activistas que comparten información sobre los homicidios que se perpetúan sobre la población travesti trans; por ejemplo, la activista por los derechos de las personas trans, hermana Mónica Astorga de la congregación de las Carmelitas, lleva adelante un registro que plantea que en 2018 se perpetraron setenta travesticidios y transfemicidios.

La Resolución N° 17/19 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹⁰ encargó a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante ACNUDH) la realización de un estudio para documentar, entre otros, los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. Este informe utiliza el término *violencia transfóbica* y la define como “una forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género”.¹¹

N° 4.2, 2007. Disponible en: http://hemisphericinstitute.org/journal/4.2/esp/es42_pg_berkins.html (fecha de consulta: 05/11/2018).

9. Ver “Nota de Prensa: Día Internacional contra la Homofobia, la Transfobia y la Bifobia (IDAHOT). Ya 100 asesinatos de personas trans registrados en 2016” difundida por Transgender Europe, disponible en: <https://transrespect.org/es/idahot-2016-tmm-update/> (Fecha de consulta: 15/03/2019).

10. Resolución N° 17/19, 2011.

11. ONU, *Asamblea General. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-41_sp.pdf

En el informe *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*,¹² la Comisión Interamericana de Derechos Humanos otorga una importancia fundamental a la obligación estatal de “desarrollar medidas de recolección de datos para estudiar y evaluar el alcance y las tendencias de la violencia por prejuicio contra las personas LGBTI”¹³ y la relaciona directamente con la impunidad:

Cuando los Estados no realizan investigaciones exhaustivas e imparciales respecto de los casos de violencia contra las personas LGBTI, se genera una impunidad frente a estos crímenes que envía un fuerte mensaje social de que la violencia es condonada y tolerada, lo que puede a su vez generar más violencia y conduce a las víctimas a desconfiar en el sistema de justicia.¹⁴

Desde el activismo, así como también en la academia y los sistemas internacionales y regionales de Derechos Humanos se han desarrollado distintas estrategias para abordar este fenómeno desde el punto de vista conceptual. En los abordajes relevados, Sardá y Radi encuentran cuatro perspectivas predominantes:

Tipificación	Referencia	Víctimas
Crimen homofóbico y/o crimen de odio	Carrara y Vianna, 2006 ¹⁵ Amnistía, 2001 ¹⁶	Gays/homosexuales/ Marica
Transfeminicidio	Bento, 2014	Mujeres Trans
Travesticidio	Berkins, 2015 ¹⁷	Travestis
Crimen por prejuicio	CIDH, 2015	Todas las víctimas por prejuicios

12. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, op. cit. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf> (fecha de consulta: 05/11/2018).

13. *Ibidem*, párr. 18.

14. *Ibidem*, párr. 22.

15. Carrara, Sérgio; Vianna, Adriana, “*Tá lá o corpo estendido no chão...: a Violência Letal contra Travestis no Município do Rio de Janeiro*, 2006. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v16n2/v16n2a06.pdf> (fecha de consulta: 05/11/2018).

16. Amnistía Internacional, “Crímenes de odio, conspiración de silencio. Tortura y malos tratos basados en la identidad sexual”, 2001.

17. Berkins, Lohana, “El travesticidio también es femicidio”, *Página/12, Suplemento Soy*, 2015. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-9791-2015-06-12.html> (fecha de consulta: 05/11/2018).

Quiénes sean identificados como perpetradores y las dimensiones mismas de la violencia registrada también varían sustantivamente de acuerdo al concepto aplicado. Por ejemplo, se ha cuestionado lo restrictivo del alcance al identificar estos homicidios como “crímenes de odio”. La idea de odio o fobia construye estos crímenes “como expresiones individuales de los prejuicios personales y por lo tanto eclipsan la comprensión de la naturaleza sistémica de la desigualdad”.¹⁸ Este abordaje exige únicamente que las personas sean asesinadas en virtud de su género, pero no pone en cuestión las condiciones de vida y subordinación sistémica a las que las personas están expuestas –también en virtud de su género–. El impacto de estas desigualdades en la vida de las personas trans se puede rastrear en todos los estudios realizados al respecto; por ejemplo, *La Revolución de las Mariposas*¹⁹ señala que las dificultades al momento de obtener un empleo formal incluye el 89% de la población trans encuestada, y que el 90% está o estuvo en situación de prostitución como un modo de supervivencia. De este modo, un problema de orden público es convertido en un asunto privado y no se ofrecen auténticas soluciones para las personas y comunidades afectadas por este tipo de violencia.

Un aspecto original de la definición elaborada por el Observatorio de Género en la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires es que se realizó con la participación de las propias personas y organizaciones travestis y trans.²⁰ Desde otro ángulo, las organizaciones sociales, familiares y activistas que conformaron la Comisión de Justicia por Diana Sacayán también se refirieron a estos hechos como travesticidios y transfemicidios. Es desde *la autoridad epistémica de estos colectivos*, que resultan víctimas privilegiadas de la violencia letal, que se acuñó el término “travesticidio/

18. Spade, Dean, “Keynote address: Trans Law Reform Strategies, Co-Optation, and the Potential for Transformative Change”, en *Women’s Rights Law Reporter*, Vol. 30, 2009, pp. 44-45.

19. Programa de Género y Diversidad Sexual, Bachillerato Popular Mocha Celis, “La revolución de las mariposas. A diez años de La gesta del nombre propio”, Edición Publicación del Ministerio Público de la Defensa, CABA, 2017.

20. La principal fuente de este documento fue proporcionada por las voces expertas a partir de entrevistas personales e intercambios virtuales. Agradecemos a Norma Gildardi (Asociación de Lucha por la Identidad Travesti-Transexual), Luisa Paz (Asociación de Travestis Transexuales y Transgéneros de Argentina), Alba Rueda (Mujeres Trans Argentina), Romina Guadagnini y Victoria Antola.

transfemicidio” pues se lo consideró el más adecuado para identificar, registrar y cuantificar los crímenes perpetrados contra ellas.

Radi y Sardá²¹ hacen las siguientes consideraciones sobre las decisiones metodológicas y teóricas que guiaron la elaboración de la definición:

Considerar a travestis y mujeres trans como un grupo diferenciado permite reconocer la especificidad de sus identidades y expresiones de género y atender a las particularidades de los crímenes perpetrados contra ellas. En particular, permite distinguir estos crímenes de aquellos cometidos en virtud de la orientación sexual de las víctimas (“Crímenes homofóbicos/lesbofóbicos”); emerge del consenso de la comunidad afectada, y reconoce sus saberes como los conocimientos expertos e imprescindibles para desarrollar soluciones apropiadas a los problemas que enfrentan (Hale, 2006; Namaste, 2000 y Paz, Rueda, Guadagnini, Antola, en comunicación personal, abril del 2016). Además, recoge el término travesti que tiene una historia importante de movilización política en Argentina, y que es reivindicado con orgullo como locus político por excelencia de resistencia a las políticas de la corporalidad binaria y la lógica sexogenérica dicotómica (Berkins, 2007; Guadagnini, Antola y Rueda, en comunicación personal, abril del 2016); incluye también a las mujeres trans, que de optarse solo por travesticidio podrían sentirse excluidas. Además, en tanto trans se entiende como término paraguas, incluirlo también permite no asignar definiciones identitarias demasiado específicas post mortem. (Paz, en comunicación personal, abril del 2016); reconoce estos crímenes como una expresión extrema de violencia de género y, en consecuencia, amplía la noción de violencia de género, expandiendo su espectro de modalidades y víctimas; no adopta el punto de vista del perpetrador, sino que hace foco en las víctimas y permite atender a las condiciones de opresión sistémica, es decir a la forma en que poblaciones enteras son excluidas de las oportunidades de vida –tales como la educación, el empleo, la vivienda, la salud y la alimentación–. Permite, además, entender a esta distribución deficiente de las oportunidades de vida como un dispositivo de producción de muerte prematura y violenta (Spade, 2009); se inscribe en la estela de los análisis feministas que otorgan centralidad al rol del Estado –por acción y omisión– con relación a la impunidad de estos crímenes y la connivencia estatal; señala además su responsabilidad en lo que hace al desarrollo de políticas públicas para erradicarlos.

21. Radi, Blas y Sardá-Chandiramani, Alejandra, “Travesticidio / transfemicidio”. *Coordenadas para pensar los crímenes de travestis y mujeres trans en Argentina*, op. cit., pp. 31-32. Disponible en: <https://cdconsejo.jusbaires.gob.ar/content/travesticidio-transfemicidio>

Travesticidio/transfemicidio: emergente de un sistema de desigualdad²²

El travesticidio/transfemicidio es la expresión más visible y final de una cadena de violencias estructurales que responden a un sistema cultural, social, político y económico vertebrado por la división binaria excluyente entre los géneros. Este sistema recibe el nombre de cissexismo. En él, las personas cis (es decir, aquellas que no son trans) detentan privilegios que no se reconocen como tales, sino que se asimilan al “orden natural”. En este contexto, “ser travesti o trans tiene consecuencias materiales y simbólicas en las condiciones de existencia”.²³ El correlato del privilegio cis es la precariedad estructural de las vidas trans, sometidas a una dinámica expulsiva que, en el caso de travestis y mujeres, las mantiene cuidadosamente separadas de la sociedad y las ubica en un lugar material y simbólico mucho más expuesto a la muerte prematura y violenta.

La muerte temprana, violenta y evitable es incorporada por la Comisión de Justicia Diana Sacayán cuando menciona que una de cada tres travestis o trans morirá por causas evitables. El dato es contundente y señala que el travesticidio/transfemicidio es el extremo de un continuum de violencias que comienza con la expulsión del hogar, la exclusión del sistema educativo, del sistema sanitario y del mercado laboral, la iniciación temprana en la prostitución, el riesgo permanente de contagio de enfermedades de transmisión sexual, la criminalización, la estigmatización social, la patologización, la persecución y la violencia policial. Esta trama de violencias constituye el espacio de experiencia de travestis y mujeres trans y se espeja en su menguado horizonte de expectativas.

Al respecto, se presentó en 2016 *La Revolución de las Mariposas*, un estudio de las condiciones de vida travestis y trans elaborado en forma conjunta por el Programa de Género y Diversidad Sexual de la defensa pública, la Fundación Divino Tesoro y el Bachillerato Popular Trans “Mocha Celis”. Los resultados de este relevamiento se contrastaron con un trabajo pionero de las organizaciones sociales sobre población

22. En esta sección se retoman los argumentos de Radi, Blas y Sardá-Chandiramani, Alejandra, 2016, *op. cit.*

23. Cabral, Mauro, “Cuestión de privilegio”, en *Página/12, Suplemento Soy*, 2014. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-8688-2014-03-07.html> (fecha de consulta: 05/11/2018).

travesti, *La gesta del nombre propio* (2005), en un homenaje por los 10 años de tomada la primera muestra. En líneas generales se pueden observar dos datos reveladores: la exclusión sigue siendo un predicado común en los trayectos de vidas travestis y trans y esto se materializa en el acceso al empleo donde se puede leer que el 88% de las personas encuestadas en 2016 continúan sin un trabajo formal, sólo el 5% logró una inserción en el empleo privado y un 7% en la administración pública. Un dato revelador, en términos de cambio social, señala que el 64% de las personas encuestadas se encuentran cursando las instituciones educativas. Es decir, actualmente el ámbito de la educación es un espacio en disputa por modelos educativos inclusivos o expulsivos para las personas travestis trans. Este dato es alentador pero no se traduce todavía en un cambio de políticas públicas.

Argentina no contaba con un monitoreo sistemático de travesticidios/transfemicidios. A partir de la definición elaborada por el Observatorio de Género en la Justicia, se logró que desde 2016 se incluyeran estos crímenes entre los datos oficiales recopilados en el Registro Nacional de Femicidios, elaborado por la Oficina Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.²⁴ El asesinato de Diana Sacayán produjo impacto en la sociedad civil y desde 2015 se registran travesticidios también en el Observatorio Maricel Zambrano de La Casa del Encuentro (que hasta ese año era la única organización que llevaba adelante un registro sistemático basado en las notas periodísticas). A partir del análisis de los casos que fueron documentados de manera aislada, del intercambio con representantes del colectivo travesti/trans, y del relevamiento bibliográfico podemos destacar una serie de elementos recurrentes en estos crímenes.

En su mayoría las víctimas son personas de bajos recursos y desarrollan ocupaciones estigmatizadas y de riesgo. La prostitución suele ser la fuente de ingresos más habitual. Los crímenes documentados ocurren mayoritariamente en la vía pública, sobre todo en las calles desiertas y en horas de la noche. Los cuerpos de las travestis y mujeres trans presentan marcas de una brutalidad y ensañamiento extremos. Los victimarios no suelen tener vínculos familiares con las víctimas, y

24. Disponible en: https://www.csjn.gov.ar/om/docs/femicidios_2016.pdf

con frecuencia se trata de miembros de las fuerzas policiales o individuos vinculados con estas.²⁵

Las prácticas policiales y judiciales se caracterizan por la falta de diligencia en el avance de las causas, la obstaculización, precariedad y deficiencia de las investigaciones, con frecuencia debidas al encubrimiento de la actuación del aparato estatal en los hechos investigados. Por otro lado, en los pocos casos en los que se lleva a cabo un proceso judicial, los crímenes suelen quedar impunes. La importancia y la gravedad de estos crímenes tienden a ser minimizadas y explicadas por la identidad de género y/o fuente de ingresos de las víctimas, atribuyendo a ellas la responsabilidad por sus propias muertes. En muchos casos los crímenes reciben la carátula de “causa natural”, que anticipa la falta de una investigación adecuada que busque las verdaderas causas de la muerte, destacándose en particular la falta de indagación sobre el accionar de la fuerza policial. A menudo las víctimas son registradas como individuos masculinos NN, lo cual presenta dificultades adicionales en las investigaciones y en el relevamiento estadístico de estos casos.

Los procesos criminales están atravesados por los prejuicios negativos que pesan sobre travestis y mujeres trans. El descrédito de su palabra las coloca en posiciones desfavorables como testigos y como víctimas y, a su vez, favorece a sus agresores. Las travestis y mujeres trans suelen ser recibidas más como sospechosas que como denunciantes o testigos. Esto las desalienta a acudir a la justicia y las fuerzas policiales, particularmente en el caso de aquellas en situación de prostitución. En los casos en los que los victimarios forman parte de la fuerza policial, se pone en riesgo, además, la vida de quienes intentan esclarecer el crimen.²⁶ Por último, los relatos periodísticos suelen dar publicidad al nombre masculino con el que las personas travestis

25. Bento, Berenice, “Brasil: O país do transfeminicídio”, en CLAM, Río de Janeiro, 2014; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, op. cit. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf> (fecha de consulta: 05/11/2018); Guadagnini, Antola, en comunicación personal, 2016.

26. Gilardi, Norma, en comunicación personal, abril de 2016.

y transexuales fueron inscriptas al nacer, y tienden a reforzar los estereotipos negativos acerca de esta población.²⁷

Enunciar las notas principales del travesticidio/transfemicidio –las características de las víctimas, del crimen, de los perpetradores y del tratamiento de las causas por parte del sistema de justicia–, implica evidenciar y denunciar la trama de relaciones que hicieron posibles esas violencias. Esta perspectiva hermenéutica pone en cuestión la idea de que los travesticidios/transfemicidios resultan exclusivamente del odio de individuos particulares y los reconocen, más bien, como una cuestión que interpela al Estado, como lo hacen los femicidios, por no garantizar una situación de igualdad que asegure una vida libre de violencia.

Un aspecto especialmente relevante en el travesticidio/transfemicidio es que el binarismo de las propias políticas públicas impide el acceso a los derechos. Por ejemplo, como solución habitacional en casos de violencia el Estado ofrece refugios para mujeres y para varones, y un programa especial para familias numerosas. ¿Dónde se hospedaría una travesti? El Poder Judicial ampara que se brinden tratamientos de salud a todas las personas afectadas por VIH, pero ¿en qué sala se internará una travesti, en una sala de varones o de mujeres? Se establecen condiciones mínimas de respeto a las condiciones de detención de las personas privadas de libertad, pero ¿a qué celda irán las personas travestis o trans?

Aquí queremos resaltar una medida muy positiva realizada por la Defensoría General de la Nación, que a partir de su monitoreo de cárceles detectó violencias específicas hacia esta población y estableció un protocolo de requisas y de revisiones médicas respetuosas de su privacidad y de la identidad de género autopercibida.²⁸ Un aspecto relevante en las condiciones de encierro es quién (personal e institucionalmente) decide bajo qué identidad se detiene a una persona y con qué criterios: ¿el documento de identidad, la genitalidad, la identidad autopercibida por el sujeto independientemente de los otros dos criterios observables? Es importante que, más allá de su genitalidad o su documentación, se respete la identidad autopercibida; pero esto no puede hacerse en tercera persona ni por un perito o experto. A veces la falta de respeto toma la

27. Bento, Berenice, “Brasil: O país do transfeminicídio”, *op. cit.*; Antola, Victoria, en comunicación personal, abril de 2016.

28. Disponible en: <http://www.mpd.gov.ar/pdf/4.%20Acta%20y%20ogu%C3%ADa%20definitiva.pdf> (fecha de consulta: 05/11/2018).

forma de la tutela paternalista, como cuando encierran a varones trans en cárceles de mujeres para evitar la violación. Otras incluyen violencias específicas, como privar a mujeres trans de pelucas o maquillajes que hacen a su expresión de género, como forma de humillación.

En cualquier caso, parte del problema (gravísimo en general para toda condición de encierro) es el alineamiento entre el binarismo sexual y el binarismo de las políticas públicas. Este debe ser revisado de modo integral porque afecta y hace a la vulnerabilidad de este colectivo travesti/trans en particular. En base a estas consideraciones se fundó un pedido de prisión domiciliaria para un hombre trans, presentado por su defensor público coadyuvante, logrando una primera resolución judicial que reconoce la vulneración de derechos de instituciones binarias sobre la identidad de género trans.²⁹

El juicio por el crimen de Diana Sacayán

En febrero de 2018 comenzó el juicio por el crimen de Diana Sacayán, a cargo del Tribunal Oral en lo Criminal N° 4. Luego de cuatro meses de audiencias de debate, el 18 de junio concluyó con un veredicto condenatorio al único imputado identificado, G. D. Marino, a la pena de prisión perpetua por “homicidio agravado por odio a la identidad de género” (inc. 4 del art. 80, también denominado como “travesticidio” en los fundamentos de la sentencia).³⁰ Coincidieron en esta calificación los dos varones que integraban el Tribunal (los jueces Adolfo Calvete y Julio César Báez) y votó en disidencia la jueza Ivana Verónica Bloch (quien condenó al imputado como autor del delito de “femicidio agravado por el vínculo de pareja”, inc. 11 del art. 80). La diferencia entre la mayoría y el voto en disidencia se centró en la interpretación de lo que configura un crimen de odio, aspecto que vale la pena analizar en sus fundamentos.³¹

29. Disponible en: <https://ppn.gov.ar/99-noticias/1989-otorgamiento-de-prision-domiciliaria-para-un-varon-trans-detenido-en-el-spf> (fecha de consulta: 05/11/2018).

30. Los fundamentos de la sentencia pueden descargarse íntegramente del sitio web del Centro de Información Judicial. Disponible en: www.cij.gov.ar/sentencias.html. Allí deben ingresarse los datos de la causa: Expediente N° 62182/2015, fecha de sentencia: 6 de julio de 2018, carátula: Marino, del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 4.

31. Este apartado fue elaborado a partir de las observaciones de las audiencias de juicio que realizaron lxs integrantes del Observatorio de Género en la Justicia. Agradecemos las

El impacto de la muerte de Diana en el colectivo travesti. Su carácter de referente del movimiento

En sus alegatos finales, la querrela de la familia de Diana Sacayán destacó los aspectos estructurales de la condición de vulnerabilidad de la víctima, así como la pérdida que había representado la muerte de Diana por su condición de líder en su comunidad. En este punto, recordó el conmovedor testimonio de Mónica Flores, quien convivía con Diana al momento de su homicidio. Luego de relatar las penurias de su historia de vida, semejante a la de tantas otras travestis, y la ayuda enorme que había recibido de Diana, dijo: “Si esto le pasó a ella, que era tan fuerte... ¿qué me puede pasar a mí que no soy nada?”. El desamparo expresado en su testimonio era absoluto.

El representante de la querrela institucional del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), por su parte, destacó la pérdida que sufrieron con la desaparición de Diana como funcionaria del Instituto, quien no pudo ser reemplazada en su tarea por otra persona trans. A los fines de mesurar el daño sufrido con su pérdida, recordó que Diana había participado en el Frente por la Ley de Identidad de Género, que se había consolidado como una referente de las personas trans y que hacía un seguimiento de las denuncias diarias que llegaban a la institución gubernamental. Se había ocupado de problematizar y poner en agenda política la urgente necesidad de derogar los Edictos Contravencionales Provinciales y Códigos de Faltas que estigmatizaban a las personas trans por el sólo hecho de ser quienes eran, por su identidad y expresión de género. También señaló que fue una de las impulsoras y encargadas de llevar adelante la Campaña Internacional por la Despatologización de las Identidades Trans, cuyo objetivo era que retiraran a la transexualidad de los catálogos de diagnóstico psiquiátricos (DSM) y que se dejara de considerar a las identidades trans como patologías o desórdenes mentales. Asimismo, había impulsado una encuesta piloto que representaba una “radiografía de la exclusión” del colectivo Travesti-Trans.

notas elaboradas por María Aluminé Moreno, Florencia Sotelo, Roberta Ruiz, Eugenia Poggio y Blas Radi.

El “odio” a la identidad de género y cómo se manifiestan en el crimen. El alto grado de violencia en el cuerpo de la víctima

Ambas querellas destacaron la importancia de que la sentencia incluyera el término “travesticidio” ya que era una manera de darle visibilidad a esta trama de violencias estructurales que se inscriben en las trayectorias de vida de las personas travestis y trans.

La querella de la familia señaló dos modelos de crímenes de odio: uno como parte de la subjetividad del autor; el otro que habla de un elemento que genera predisposición a que se ataque a determinadas personas, por el hecho de pertenecer a un determinado grupo. Y que en este caso existen elementos para entender el crimen de odio siguiendo cualquiera de los dos modelos.

La querella del INADI repasó que la doctrina le ha dado distintos significados al odio, y que en este sentido se han propuesto distintas definiciones que giran en torno a la motivación interna del agresor: aversión, prejuicio, repulsión, intolerancia, resentimiento, hostilidad, antipatía, rechazo, desprecio, aborrecimiento, abominación, repudio, desagrado o simplemente discriminación. Y sostuvo que la única manera de reconocer este elemento subjetivo, es a través de las manifestaciones exteriores del autor: se debe buscar en la escena del crimen los modos en que se manifiesta su odio.

Todas las partes acusadoras analizaron en sus alegatos los datos proporcionados por los médicos forenses a cargo de la autopsia y así tuvieron por probado que los autores desplegaron acciones violentas en tres etapas: primero maniataron y amordazaron a la víctima para inmovilizarla, luego la golpearon y patearon, y finalmente la apuñalaron. Tenía trece heridas cortantes en el cuerpo, algunas defensivas pero dos de ellas muy profundas que le produjeron la muerte.

Durante las audiencias del juicio un perito localizó las heridas que presentaba el cuerpo de Diana en dos diagramas: uno con un cuerpo de mujer y otro con uno de varón. Ninguno correspondía al cuerpo real de la víctima. La abogada querellante de la familia (Dra. Luciana Sánchez) y las organizaciones sociales y activistas preguntaron con qué identidad se registraba el cuerpo de Diana y el médico dijo que se respetaba la identidad indicada en el DNI. Pero no se trataba del cuerpo de una mujer, sino de una travesti: alguien que a la vez tiene pene y mamas. Y

entre otras cosas debía determinarse si el odio y el ensañamiento con su cuerpo tenían que ver con su identidad (heridas en sus pechos, en sus nalgas, en su abdomen). Esto muestra el binarismo que subyace en los análisis forenses y que dificultan nuestra comprensión de las violencias extremas que afectan a travestis y mujeres trans.

La querrela de la familia señaló que Diana no fue lesionada por casualidad: el ataque estuvo dirigido a las mamas, los glúteos y la frente. Además, destacó que los informes de la autopsia daban cuenta de que el imputado había tenido un control total y que la había ultimado cuando quiso hacerlo.

La forma en que Diana fue lesionada es indicio del travesticidio: Marino tenía total control sobre los lugares de las heridas, su objetivo era castigarla por su identidad de género. Todxs coincidieron en que en la escena del crimen había muchos indicios de que no había existido una pelea, sino un ataque de dos personas contra una. Las circunstancias del asesinato ponen de relieve cómo la identidad de género de Diana fue determinante en este crimen.

Investigación diligente y eficaz para evitar la impunidad

La querrela de la familia de Diana Sacayán valoró que por primera vez se hubieran utilizado los protocolos de femicidios para la preservación de la escena e investigación del hecho y que participara la unidad especializada en Criminalística. Y subrayó que no se trató de un procedimiento de rutina, ya que los casos de travesticidio suelen cerrarse con la más absoluta impunidad. Diana era una referente social: el impacto luego de su travesticidio disparó una atención especial por parte de la justicia. Es esa atención la que permite ir más allá de la figura de femicidio, mostrando las particularidades estructurales de la vida de las personas trans en relación a sus derechos. La querrela enfatizó que el caso dejó como enseñanza que otro puede ser el resultado cuando se aplican y se siguen los protocolos. En nuestro contexto, la Dra. Luciana Sánchez (representante de la familia de Diana) sostuvo: “el marcaje travesti funciona como un indicador de que la práctica homicida puede ser ejercida con impunidad. Sin embargo, en este caso el imputado fue identificado 16 días después del hecho”.

El valor de lxs testigxs expertxs

En el juicio declaró como testigo experta la antropóloga y muxe³² Amaranta Gómez Regalado, solicitada por la querrela de la familia Sacayán. Amaranta tuvo la misión de brindar al Tribunal un marco teórico que le permitiera interiorizarse en las identidades de género no hegemónicas, contar también con un vocabulario y conceptos con los que los jueces no están familiarizados y con información precisa sobre la multiplicidad de violencias a la que se hayan expuestos los colectivos travestis y trans.

La abogada de la Comisión de Justicia por Diana Sacayán, Dra. Luciana Sánchez, le preguntó por los términos “cis género”, “binarismo de género”, “trans” y “travesti”. Amaranta relató que la categoría “cis género” se asume como hegemónica y fue de creación reciente para denominar a las personas que son parte de la norma heteronormativa de alineamiento de cuerpo, género y deseo. Difieren de la identidad de género travesti o transexual. “Trans”, dijo, es una categoría política que corresponde a ese sujeto que trasciende lo binario y transita los géneros.

Explicó que las identidades trans no son hegemónicas y transitan situaciones comunes: carencias, violencia, vulnerabilidad y pobreza. Ante la pregunta por la identidad “travesti”, Amaranta contó que conoció el término de visita en Argentina, de la mano de Lohana Berkins.

La querrela preguntó también por las trayectorias de vida de las transexuales: Amaranta habló de la reclusión a la periferia (trabajadora sexual, peluquera o bailarina). “A las travestis se las excluye de la escuela. Se las excluye del mundo laboral. Y también está la negación a ser feliz”. Se le preguntó entonces por la edad travesti y Amaranta dijo que sería entre los 32 y 40 años debido a las muertes evitables causadas por la violencia social, travesticidio social.

Frente a las preguntas por el impacto de los homicidios de personas trans y travestis, dijo que se trata de un problema estructural:

Somos muy pocas activistas trans, no llegamos a treinta. Y cuando se colocan en el plano público, hay un aumento del riesgo. – ¿Y por qué au-

32. En la región zapoteca del istmo de Tehuantepec, se denomina muxe al género que define a una persona nacida con sexo genital masculino que asume roles femeninos en cualquiera de los ámbitos social, sexual y/o personal.

menta esa vulnerabilidad? Porque se espera que estén en ese reducto periférico, que no se empoderen. La vulnerabilidad alta se produce cuando pasan de lo privado a lo público. Lo que le mueve a la sociedad es que no es un cuerpo cis que está hablando. Hablar y cuestionar parece ser un privilegio de las personas cis. El asesinato está naturalizado entre las travestis porque en general, la referente de cada una está muerta.

Luciana Sánchez le pidió precisiones sobre la identificación de las mujeres trans con varones homosexuales: “hay una resistencia a entender que es una identidad propia”. Y luego cuál era la diferencia entre la homofobia y la transfobia:

... ambos grupos sufren agresiones físicas, *bullying*, insultos, pero la diferencia central es que para lxs trans el destino final es inexorablemente la muerte. Hay una saña, una doble negación: cuerpo travesti como cuerpo deseable pero que al mismo tiempo se niega. Se puede llegar a amarle y a disfrutarle, pero hay un chip cultural que dice que no está bien y da culpa. Para tapar ese deseo se mata ese cuerpo travesti y también se niega ese deseo, agrediendo.

Señaló también que son típicas las agresiones en la cabeza, y eso se interpreta como una agresión dirigida a negar la capacidad de pensar de ese otrx.

La sentencia

Como hemos señalado, el tribunal oral estaba constituido por dos jueces varones y una jueza mujer que votó en disidencia. Aunque ellos se mostraron más dispuestos en su sentencia a dictar la pena de prisión perpetua por homicidio agravado por odio a la identidad de género (denominado como “travesticidio” en los fundamentos) el fallo en disidencia también lo encuentra responsable y lo condena a prisión perpetua pero por el delito de femicidio agravado por el vínculo de pareja (es decir, el inc. 11 y no el 4 del art. 80 del Código Penal).

La negativa de la jueza Ivana Bloch a calificar al hecho como femicidio por el odio a la identidad de género de Diana reside en una cuestión netamente probatoria: ella encuentra otras motivaciones posibles (una pelea por el consumo de estupefacientes, la exigencia de dinero, aspectos que también tienen indicios en la escena del crimen). Más allá de

estas consideraciones, la jueza dedicó la mayor parte de su voto a analizar la figura del homicidio agravado por odio. Para explicar la constitucionalidad de este tipo penal, repasó los lineamientos de la tradición liberal que señalan que los motivos del agente para cometer un delito no deberían ser considerados al atribuir responsabilidad penal (Carlos Nino)³³ e incluso que los rasgos de carácter o personalidad, la maldad de ánimo, los motivos abyectos o perversos del autor, aun cuando se hubiesen manifestado en la realización de un acto injusto, no son aptos para fundar en ellos el reproche penal (Mario Magariños).³⁴ El problema en el inciso 4 del artículo 80 es la palabra “odio”, que es efectista, pero se presta a confusión al aplicarla al fenómeno criminal.

Sobre la motivación del autor del asesinato de Diana, Bloch afirma que si se acreditara que Marino mató con odio a la “identidad de género”, esto podría considerarse más grave que un homicidio simple, porque ello significaría que se trata, por un lado, de un crimen que se relaciona con el ejercicio de la autonomía personal por parte de Diana Sacayán y, por el otro, generaría en el colectivo al que ese “odio” se dirige la idea de que deberían ocultar todo aquello que pudiera ocultarse en el ejercicio de su autonomía a fin de no ser potenciales nuevas víctimas, restringiendo severamente la idea de llevar a cabo el propio plan de vida.

Esta restricción a la autonomía, según la jueza, no está presente en este travestidismo. Y por otra parte, considerando la escena del crimen, afirma que ninguna de las heridas cortantes revela la intención de negar rasgos característicos de la identidad de género travesti.

Nos interesó especialmente detallar este voto en disidencia porque revela que la dogmática penal muchas veces pone condiciones que dificultan modificar la construcción de la prueba para hacer que los datos nos digan otras cosas, nos revelen otros mundos a veces aquejados de violencia y sufrimientos arbitrarios. Las presunciones binarias sobre los sexos y sobre el alineamiento entre genitalidad y género, la consideración de la diversidad como una patología, las conjeturas sobre la orientación sexual o las prácticas sexuales ligadas a las iden-

33. Nino, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 385.

34. Magariños, Mario, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p. 100.

tidades de género, y sobre todo la ausencia de la propia voz de las víctimas, constituyen estereotipos y prejuicios que generan barreras en el acceso a la igualdad de derechos. Una igualdad que se construye no sólo sobre la base del respeto por las diferencias, sino también sobre el abandono del privilegio androcéntrico y sobre la celebración democrática de vivir en un mundo diverso y polifónico.

Bibliografía

AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Crímenes de odio, conspiración de silencio. Tortura y malos tratos basados en la identidad sexual”, 2001.

BENTO, Berenice, “Brasil: O país do transfeminicídio”, *CLAM*, Río de Janeiro, 2014.

BERKINS, Lohana, “Cómo nos decimos: las travestis en Latinoamérica”, en *E-misférica*, N° 4.2, 2007. Disponible en: http://hemisphericinstitute.org/journal/4.2/esp/es42_pg_berkins.html

_____, “El travesticidio también es femicidio”, *Página/12, Suplemento Soy*, 2015. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-9791-2015-06-12.html>

BERKINS, Lohana / FERNÁNDEZ, Josefina, *La gesta del nombre propio: informe sobre la situación de la comunidad travesti en la Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2^{da} ed., 2013.

CABRAL, Mauro, “Cuestión de privilegio”, *Página/12, Suplemento Soy*, 2014. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-8688-2014-03-07.html>

CARRARA, Sérgio / VIANNA, Adriana, “*Tá lá o corpo estendido no chão...*”: *a Violência Letal contra Travestis no Município do Rio de Janeiro*, 2006. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v16n2/v16n2a06.pdf>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, OAS/Ser.L/V/II.rev.1 Doc. 36, 12/11/2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Montevideo, Trilce Editorial, 2010.

HALE, Jacob, *Suggested Rules for Non-Transsexuals Writing about Transsexuals, Transsexuality, Transsexualism, or Trans*, 1997. Disponible en: <http://www.sandystone.com/hale.rules.html>

MAGARIÑOS, Mario, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.

NAMASTE, Viviane, *Invisible Lives: The Erasure of Transsexual and Transgendered People*, Chicago, University of Chicago Press, 2000.

NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

ONU, *Asamblea General. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. A/HRC/19/41. 17/11/2011. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-41_sp.pdf

PROGRAMA DE GÉNERO Y DIVERSIDAD SEXUAL, BACHILLERATO POPULAR MOCHA CELIS, “La revolución de las mariposas. A diez años de La gesta del nombre propio”, Edición Publicación del Ministerio Público de la Defensa, CABA, 2017.

RADI, Blas / SARDÁ-CHANDIRAMANI, Alejandra, “Travesticidio/transfemicidio”. *Coordenadas para pensar los crímenes de travestis y mujeres trans en Argentina*, Boletín N° 9, julio de 2016, Observatorio de Género en la Justicia, Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Disponible en: <https://cdconsejo.jusbaires.gob.ar/content/travesticidio-transfemicidio>

RUSSELL, Diana E. / HARMES, Roberta A., *Femicide in Global Perspective*, Nueva York, Teachers College Press, 2001.

SEGATO, Rita Laura, *Qué es un feminicidio. Notas para un debate emergente*. Brasilia, 2006. Disponible en: http://192.64.74.193/~genera/newsite/imagenes/cdr-documents/publicaciones/que_es_un_feminicidio.pdf

_____, *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Buenos Aires, Prometeo, 2010.

SPADE, Dean, “Keynote address: Trans Law Reform Strategies, Co-Optation, and the Potential for Transformative Change”, en *Women’s Rights Law Reporter*, Vol. 30, 2009.

SPADE, Dean / WILLSE, Craig, “Confronting the Limits of Gay Hate Crimes Activism: A Radical Critique”, en 21 *CHICANO-LATINO L. REV.* 38, 2000. Disponible en: <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/faculty/561>

TRANS RESPECT VERSUS TRANSPHOBIA, “Trans Murder Monitoring”, 2014. Disponible en: www.transrespect.org/en/research/trans-murder-monitoring/

TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí, *Femicidio/feminicidio*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2014.

UNIDAD FISCAL ESPECIALIZADA EN VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES (UFEM), *Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios)*. Disponible en: https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/03/Informe_ufem_2018.pdf

Testigo modesto conoce Hombrehembra: el testimonio experto como medio para la introducción válida del conocimiento situado en los procesos por violencia de género y prejuicio LGBTTTIQ*

Luciana Sánchez**

Introducción

La figura de lxs testigxs expertxs, introducida en nuestra práctica judicial de manera unívoca en los juicios por delitos de lesa humanidad,¹ se presenta como una novedad para los juicios ordinarios.

El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante ACNUDH) y La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) establecen dentro de sus estándares la necesidad de contar con testimonios expertos en los procesos judiciales donde es controvertida la violencia de género y por prejuicio² como un elemento del delito, o de la causa de justificación o eximente de responsabilidad.

* Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgénero, Travestis, Transexuales, Intersexuales, Queer.

** Abogada litigante, lesbiana, feminista. Egresada de la Universidad de Buenos Aires en 1998. Subdirectora del centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA-2001-2004). Integrante de Lesbianas y feministas por la Descriminalización del Aborto (2009-2018) y el área de Litigio Imposible del Colectivo para la Diversidad (COPADI, 2006-2019).

1. Garaño, Santiago, “La experiencia del ‘testigo de concepto/contexto’ en el juicio Operativo Independencia”, La Escuelita de Famaillá, noviembre de 2016. Disponible en: <https://www.aacademica.org/000-035/516.pdf>
http://conti.derhuman.jus.gov.ar/2016/11/seminario/mesa_19/almada_mesa_%2019.pdf
<http://escuelitadefamailla.org/la-experiencia-del-testigo-de-conceptocontexto-en-el-juicio-operativo-independencia-i/> (fecha de consulta: 20/10/2018).

2. La CIDH se enfoca en la violencia contra las personas LGBT como “... una violencia social contextualizada en la que la motivación del perpetrador debe ser comprendida como un fenómeno complejo y multifacético, y no sólo como un acto individual... [...] considera que el concepto de violencia por prejuicio resulta útil para comprender que la violencia contra las personas

Desde una perspectiva feminista del litigio penal, este estándar posibilita la apertura hacia la introducción de conocimiento situado de manera legítima y fortalecida como modo de producción de verdad, como medio de prueba.

Testigo modesto

El marco de análisis propuesto por Haraway³ sobre la construcción del testigo modesto como categoría narrativa fundante de la modernidad, en tanto productor de método científico, vale para inteligir los sesgos cognitivos de lxs actorxs en procesos penales donde está en juego la violencia de género y por prejuicio, y cómo dichos sesgos afectan la garantía de imparcialidad, el acceso a la justicia, debido proceso y el derecho a un veredicto razonado.

En un proceso penal, quienes son llamadx a ser juezxs, juradx y testigxs reciben, parafraseando a Haraway, *el extraordinario poder de establecer los hechos*.

Hay condiciones para poder establecer tales hechos de manera creíble, la retórica del testigo modesto: una retórica de objetivación que constituye la subjetividad de testigxs, juezxs y juradx en un punto de vista objetivo.

En estos procesos judiciales, como en el método científico, la credibilidad está dada por la modestia del testigo. El testimonio debe ser público y colectivo, debe tener lugar en un espacio que se pueda aceptar semióticamente como público, no privado. Pero se trata de un espacio público con acceso restringido, definido rigurosamente; no todo el mundo entra en él y tampoco todo el mundo puede testificar de manera creíble.

Para lxs testigxs legxs, esta modestia está dada porque el método para establecer los hechos son sus propios sentidos. Poco más que una

LGBT es el resultado de percepciones negativas basadas en generalizaciones falsas, así como en reacciones negativas a situaciones que son ajenas a las “nuestras”. Ver CIDH, *Informe sobre violencia contra personas LGBTI*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf> (fecha de consulta: 20/10/2018).

3. Haraway, Donna, TESTIGO MODESTO@SEGUNDO MILENIO. Disponible en: <http://revistes.iec.cat/index.php/lectora/article/download/43003/42954> (fecha de consulta: 22/10/2018).

filmación, aportan información en base a lo que percibieron con su vista, oído, olfato, tacto, gusto, los vestigios que el hecho dejó en su psique, sin opinar.

Para lxs peritxs esta modestia está dada porque sus opiniones son creíbles, en tanto provienen de la aplicación de un método científico disciplinar. Opinan, pero la credibilidad de su opinión está condicionada por el método científico, por sus credenciales académicas, profesionales, casuísticas.

Para lxs juezxs y juradx la modestia está dada por la sana crítica racional con que deben valorar la prueba en que basan sus veredictos, el propio conocimiento y opiniones personales deben dejarse de lado.

En esta cultura, los hechos contingentes –la verdad– se pueden establecer

... con toda la autoridad, pero sin ninguno de los considerables problemas de la verdad trascendental. Esta auto-invisibilidad es la forma específicamente moderna, europea, masculina y científica de la virtud de la modestia. Esta es la forma de modestia que recompensa a sus practicantes con la moneda del poder social y epistemológico.⁴

Testigx situadx

El testigo modesto fue construido para separar el conocimiento experto de la mera opinión, el gesto fundador de la separación de lo técnico y lo político.

Paradójicamente, lo que llamamos testimonios expertos en los procesos judiciales donde es controvertida la violencia de género y por prejuicio como un elemento del delito, o de la causa de justificación o eximente de responsabilidad, es la construcción a través de la cual se nos permite reintroducir lo político.

Esta posibilidad surge a partir de problematizar la asunción de la idea de que

... el género es una categoría preformada y funcionalista, una simple cuestión de hombres y mujeres “genéricos” pre constituidos, seres resultantes de una diferencia sexual biológica o social y haciendo papeles determinados, pero sin otro mayor interés [...] No ser masculino es no ser

4. *Ibíd.*, p. 14.

cortés, ser oscuro es ser rebelde. Tales metáforas han sido de enorme importancia en la constitución de qué puede contar como conocimiento.⁵

La introducción de unx testigx que cumpla la función en el proceso penal ante esos hechos controvertidos de problematizar el género, el racismo, la clase,

... no consiste en una serie de adjetivos o etiquetación de raza, sexo o clase. La localización no es lo concreto respecto al abstracto de la descontextualización. La localización es siempre parcial, siempre finita, siempre juego intenso de primer plano y fondo, texto y contexto, que constituye la investigación crítica. Sobre todo, la localización no es transparente ni autoevidente.⁶

El objetivo es marcar una diferencia en el mundo, implicarse por unos modos de vida y no otros. Para hacerlo, hay que estar en la acción, ser finito y sucio, no trascendente y limpio. Las tecnologías que producen conocimiento, incluyendo la creación de posiciones de sujeto y los modos de habitar tales posiciones, deben hacerse visibles sin vacilar y estar abiertas a la intervención crítica.⁷

Más que de su parcialidad o interés especial, a través de su posición de sujeto lx testigx expertx invierte la atención crítica desde las personas racializadas, sexuadas y trabajadoras hacia las descripciones de los cuerpos hegemónicos.

Haraway define esta posición epistemológica del siguiente modo:

No cumplir los estándares no es lo mismo que existir en un mundo sin ellos. Consciente de los tipos de multiplicidad que resultan de la exposición a la violencia, de estar fuera de una norma poderosa, más que de posiciones de independencia y poder... se ve atraído por el punto de partida del monstruo, de lo que está exiliado del sujeto claro y limpio. Y así sospecha que las “voces” de aquellos que sufren los abusos de la tecnociencia son de las más poderosas analíticamente.⁸

A nustrx testigx expertx “... le interesa quién vive y muere en los campos de fuerza generados. La estabilidad ‘pública’ de algunos es su-

5. *Ibidem*, p. 21.

6. *Ibidem*, p. 29.

7. *Ídem*.

8. *Ibidem*, p. 30.

frimiento ‘privado’ para otros; la autoinvisibilidad de algunos viene al coste de la visibilidad pública de otros”.⁹

Hechos incognoscibles

Si se requiere de testimonios expertos, es porque hay en el caso elementos y hechos incognoscibles para el tribunal y el jurado, que requieren de la explicación de personas con acreditada perspectiva y/o conocimiento específico.

Si el problema está dentro del entendimiento común, el testimonio experto no será útil para el tribunal y el jurado. “El rol del testimonio experto es la interpretación de una información que exige un conocimiento especializado, con el objeto de explicar sus significados en términos comunes y exactos dirigidos a generar la convicción del tribunal...”.¹⁰

La apreciación de los hechos presentados por las partes y sobre los cuales lxs expertxs dan su opinión exigen de un conocimiento especializado, en donde la mirada común del lego resulta abiertamente insuficiente para su adecuada comprensión.

En otras palabras, se requieren testigxs expertxs en aquellos casos en los que el tribunal también se encuentra en la categoría de “lego” respecto de dicho conocimiento.

La posición acultural del testigo modesto es el punto ciego en su razonamiento. Su estatus de persona epistemológicamente invisible es percibido como “subjetivo” por lx testigx expertx (situadx), es decir que lx testigx expertx informa sobre el yo, parcial, opaco, no objetivo, de lxs testigxs modestxs (el tribunal, lxs juradxs, lxs testigxs de los hechos, lxs peritxs).

La violencia de género y por prejuicio resultan hechos incognoscibles en tanto están racionalizados por los testigos modestos. Esto ha llevado a la necesidad de establecer estándares que específicamente declaren estos hechos como incognoscibles, por una parte, y por otra, propongan formas de producción de conocimiento y su incorporación a los procesos judiciales, que repercutan en medios de prueba legítimos.

9. Ídem.

10. Baytelman, Andrés; Duce, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 150.

El proceso de racionalización es el proceso de invisibilización, el desplazamiento epistemológico trascendental que produce la incorporación de testigxs expertxs es revelar en juicio las tecnologías por las cuales esta invisibilidad se construye y la violencia de género y por prejuicio es justificada, por lo que permanece impune.

El testimonio experto forma parte en este sentido del derecho a la verdad, es un mecanismo para realizar este derecho en los procesos judiciales concretos.¹¹ Insisto en la evolución local de este tipo de testimonio que deviene de los procesos por delitos de lesa humanidad, más específicamente, de las querellas feministas en estos juicios.¹²

Estándares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

La CIDH, en su informe *Violencia contra personas LGTBI en las Américas*, se refiere específicamente a la carencia de producción de conocimiento específico de los sistemas de justicia respecto de la violencia de género y por prejuicio.

Los factores a los que la CIDH atribuye esta falta de conocimiento, son principalmente tres:

- La falta de entrenamiento diferenciado de las y los operadores judiciales en este campo;
- La falta de información estadística y cualitativa respecto de los asesinatos motivados en odio a la identidad de género expresión de género y orientación sexual de las víctimas;
- y la pertinacia de los estereotipos relacionados con orientaciones sexuales, expresiones de género e identidades de género diversas en las investigaciones judiciales.

11. CIDH, *Derecho a la Verdad en América*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf> (fecha de consulta: 22/10/2018).

12. Balardini, Lorena; Oberlin, Ana y Sobredo, Laura, *Violencia de género y abusos sexuales en centros clandestinos de detención. Un aporte a la comprensión de la experiencia argentina*. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/05/Balardini-Oberlin-Sobredo.pdf> (fecha de consulta: 27/12/2018).

La Comisión destaca que

... jueces y juezas deben recibir entrenamiento continuo sobre temas de diversidad sexual y de género. Los cursos especializados no deben estar dirigidos únicamente a que jueces y juezas se mantengan al tanto de los nuevos desarrollos legislativos, sino que también deben concentrarse en la erradicación de los prejuicios hacia las personas LGBTI en el sistema judicial. Finalmente, es esencial que estas capacitaciones no se limiten a jueces y juezas sino que también abarquen a empleados y empleadas en todos los niveles del sistema de administración de justicia...¹³

La ausencia de capacitación de funcionarios policiales y demás agentes encargados del cumplimiento de la ley en materias de género y sexualidad constituye uno de los desafíos más serios en la erradicación de la violencia por prejuicio cometida por agentes estatales en el continente americano...¹⁴

En cuanto a la información estadística

La Comisión observa que las estadísticas precisas sobre las tasas de condenas penales en casos de asesinatos y otros actos de violencia contra personas LGBTI en los Estados de la región son limitadas o inexistentes. La falta de estadísticas judiciales complica aún más el análisis de las situaciones de impunidad en los casos de violencia contra las personas LGBTI.¹⁵

... hay una falta generalizada de producción de estadísticas oficiales por parte del Estado. Como consecuencia, esta violencia se vuelve invisible, lo que a su vez incentiva más violencia contra personas LGBT.¹⁶

La CIDH observa que las estadísticas disponibles no reflejan la verdadera dimensión de la violencia que enfrentan las personas LGBTI en el continente americano [...] Los mecanismos de recolección de datos en los países de la OEA son muy limitados [...] la CIDH determinó que las estadísticas oficiales eran insuficientes, y tuvo que recurrir a fuentes complementarias de información, tales como la cobertura periodística en medios de comunicación, informes de organizaciones de la sociedad civil y otras fuentes que realizan monitoreo...¹⁷

13. CIDH, Informe sobre violencia contra personas LGBTI, *op. cit.*, p. 266.

14. *Ibíd.*, p. 251.

15. *Ibíd.*, p. 17.

16. *Ibíd.*, p. 69.

17. *Ibíd.*, p. 80.

Respecto de los estereotipos relacionados con orientaciones sexuales e identidades de género diversas en las investigaciones judiciales,

La CIDH ha recibido información de manera consistente sobre serias deficiencias en la investigación de casos de violencia por prejuicio contra personas con orientaciones sexuales e identidades de género no normativas. Al examinar con más detenimiento lo que está generando esta impunidad, la CIDH concluye en este informe que, en general, en la región existen deficiencias en la investigación y procesamiento penal de estos casos de violencia, tales como *el prejuicio contra las orientaciones sexuales e identidades de género no normativas que influye en la forma en la que se conducen las investigaciones, así como la ausencia de un enfoque diferenciado*.¹⁸

... la CIDH ha determinado que las personas LGBT encuentran varias barreras específicas [...] en la búsqueda de justicia, las cuales incluyen [...] presunciones estereotipadas que se manifiestan en las investigaciones sobre las motivaciones de los crímenes basadas en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima [...] actitudes discriminatorias de jueces, juezas y otros funcionarios dentro del sistema de administración de justicia; y alto riesgo de que se cuestione la credibilidad de las víctimas y de sus denuncias; entre otras.¹⁹

La implementación de las disposiciones legales que establecen crímenes de odio o agravantes por delitos cometidos por prejuicio [...] con frecuencia es débil, debido a las ineficiencias y obstáculos que existen en el acceso a la justicia respecto de estos crímenes, incluyendo la prevalencia de prejuicios en las investigaciones y la falta de entrenamiento de la policía, especialistas forenses, fiscales y jueces.²⁰

La violencia de género y por prejuicio como elemento del tipo penal

En nuestro país, el artículo 80 inciso 4 del Código Penal de la Nación (en adelante CPN) reconoce el odio hacia la identidad de género de la víctima como un factor agravante del homicidio, y el artículo 92 como agravante de las lesiones.

18. *Ibídem*, p. 17.

19. *Ibídem*, p. 259.

20. *Ibídem*, p. 290.

Si bien la figura ha sido incorporada al CPN en 2012, recién en 2018 se ha aplicado en el travesticidio de Diana Sacayán: la condena a uno de sus asesinos reconoce el odio a la identidad de género travesti de la víctima –esto es, la violencia por prejuicio con que se cometió el asesinato– como un móvil o circunstancia agravantes, y la identidad travesti dentro de la categoría mujer como elemento del sujeto pasivo del tipo de femicidio (art. 80 inc. 11 CPN).²¹

Respecto de la figura del artículo 80 inciso 11 del CPN, que agrava los homicidios cuando un hombre mata a una mujer y mediante violencia de género: sólo se registra un centenar de sentencias en que se usó esta figura, y dos donde se utilizó para condenar el asesinato de una mujer trans.²²

Cabe destacar que en igual período las organizaciones de la sociedad civil han documentado por lo menos 200 asesinatos de mujeres trans y travestis, los cuales en su gran mayoría ni siquiera fueron investigados.²³

Otro tanto sucede con los asesinatos y lesiones hacia lesbianas, bisexuales y gays cisgénero, donde la orientación sexual disidente no se visibiliza en la teoría de la acusación y por ende no se produce prueba al respecto. El impacto de la violencia por prejuicio queda escasamente documentado.

Esto se reproduce en todos los países de la región donde existe legislación que aumenta las penas por delitos cometidos por motivos

21. Los fundamentos de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 4 de la Capital Federal, “Fundamentos del Fallo dictado el 18/06/2018 en la causa Nro. 62.162/2015”. Disponible en: <ftp://ftp.errepar.com/Errepar/PDF/DianaSacayan-Fundamentos.pdf>

22. Se trata del caso de Gimena Álvarez, el hecho tuvo lugar en diciembre de 2014 cuando los condenados atacaron a golpes a la víctima y murió horas después. Gimena Álvarez había hecho el cambio de DNI con su nueva identidad. Disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/condenaron-prision-perpetua-hombres-femicidio_o_SJIDEOwu.html

23. Berkins, Lohana, *Cumbia, copeteo y lágrimas: informe nacional sobre la situación de las travestis, transexuales y transgéneros*, Buenos Aires, 2007. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/353411539/Berkins-Cumbia-copeteo-y-la-grimas> (fecha de consulta: 22/10/2018); CELS, *Situación de los DD. HH. de las travestis y trans en Argentina*, Buenos Aires, 2016, disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/situacion-de-los-derechos-humanos-de-las-travestis-y-trans-en-la-argentina/> (fecha de consulta: 22/10/2018); Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad de Buenos Aires, “La revolución de las mariposas. A diez años de la gesta del nombre propio”, Buenos Aires, 2017. Disponible en: https://www.mpdefensa.gob.ar/sites/default/files/la_revolucion_de_las_mariposas.pdf (fecha de consulta: 22/10/2018).

relacionados con la violencia de género o por prejuicio; esta legislación casi nunca se aplica judicialmente.

Parte de la resistencia a la aplicación de estas normas en forma de agravantes, en su luz más democrática, es que estas traslapan visibilizar un problema social y proponer una reparación simbólica, con aumentar las penas en términos de años de cárcel.

Pero en la mayoría de los casos, estas resistencias provienen de los propios prejuicios y sesgos judiciales y sociales contra la población LGTBTTIQ. Ante ello, la CIDH ha reiterado su preocupación sobre la falta de implementación de estas disposiciones que visibilizan la necesidad de analizar el papel que la violencia de género o por prejuicio jugó en los hechos atribuidos a la parte.²⁴

Respecto de las eximentes del artículo 34 CPN, la consideración específica de violencia de género y por prejuicio como elementos de las mismas no tiene aún su reflejo legislativo.

En el ámbito doctrinario y jurisprudencial se registran importantes antecedentes, en particular respecto de violencia sexual y violencia de género doméstica y legítima defensa.²⁵ Existen proyectos de ley que proponen la incorporación de un supuesto de legítima defensa privilegiada ante casos de violencia de género.

A pesar de este reconocimiento, aún es prácticamente nula la recepción jurisprudencial de la violencia por prejuicio como elemento de las eximentes: defensas por agresiones lesbotranshomofóbicas, incluso agresiones sexuales correctivas, considerar los contextos de opresión generados por violencia de género o por prejuicio como justificante o exculpante en la comisión de otros delitos (microtráfico de estupefacientes, entre otros).

En los delitos de violencia sexual, la violencia de género y por prejuicio forma parte del objeto del crimen, los motivos de lxs autorxs, y los contextos, medios y prácticas coercitivas que impiden el consentimiento.

24. CIDH, *Informe sobre violencia contra personas LGBTI*, op. cit., p. 240.

25. CSJN, “Leiva María Cecilia”, 01/11/2011. Dictamen del Procurador. Sentencia arbitraria. Violencia reactiva. Aplicación de la legítima defensa en caso de mujeres golpeadas. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/35407-csjn-leiva-maria-cecilia-1112011-dictamen-del-procurador-sentencia-arbitraria-violencia> (fecha de consulta: 25/10/2018).

Utilidad para resolver la disputa fáctica

Toda la prueba admisible debe ser pertinente o relevante, esto es, deberá guardar relación con los supuestos de hecho materia de la acusación –o, en el caso de las eximentes, los alegados por la defensa–.

Los testimonios expertos tienen que cumplir con estos requisitos de admisibilidad. Tienen que estar suficientemente sujetos a los hechos del caso como para ser útiles al tribunal a fin de resolver la disputa fáctica, para entender la evidencia o para determinar un hecho. Y son útiles en tanto materializan la indicación normativa de incorporar la violencia de género y por prejuicio en el análisis de los hechos.

Además, deben versar sobre hechos que revistan el carácter de controvertidos, no deberán tener fines dilatorios ni deberán versar sobre hechos públicos o evidentes.

El protocolo de ACNUDH, si bien es específico sobre femicidios, sirve como guía en relación con las pautas que deben seguirse en las investigaciones para acreditar la violencia de género o por prejuicio:

... la investigación de los motivos o razones de género en los casos de femicidio debe ser cuidadosa, metódica y exhaustiva, yendo más allá de la investigación del lugar de los hechos o de la escena del hallazgo del cuerpo. Ninguna pista debe ser descartada.²⁶

En todos los casos es necesario investigar las manifestaciones de violencia física, sexual, psicológica, económica, patrimonial o simbólica que precedieron a la muerte de la víctima [...] [p]ara asegurar que el contexto de violencia, desigualdad o discriminación en que pudo haberse enmarcado el femicidio sea investigado de manera adecuada...²⁷

Es un desafío en los casos donde litigamos la aplicación de las agravantes por violencia de género o por prejuicio, que estos elementos entren en consideración para lxs juezxs como parte de la disputa fáctica, la controversia está dada acerca de la existencia y relevancia de esta violencia en el caso.

26. OACNUDH/ONU Mujeres, *Modelo de Protocolo Latinoamericano para la investigación de muertes violentas de mujeres*, 2012, p. 64. Disponible en: <http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/56742.pdf> (fecha de consulta: 28/10/2018).

27. *Ibidem*, p. 65.

Ello plantea retos adicionales con respecto a la oportunidad para introducir estos testimonios, ya que hacerlo recién en juicio puede costar la libertad en las defensas y la congruencia en las acusaciones, en ausencia de otras evidencias.

La CIDH subraya la obligación de conducir investigaciones y debates libres de estereotipos relacionados con orientaciones sexuales e identidades de género diversas.

Es usual que como consecuencia de estas presunciones basadas en prejuicios [...] los oficiales de la policía y otros operadores de justicia dirijan sus acciones hacia la identificación de evidencia que confirme sus hipótesis prejuiciadas sobre los hechos, lo que a su vez frustra los propósitos de la investigación y puede conducir a la anulación de los procedimientos. Estas presunciones también pueden conllevar al abandono o archivo de las investigaciones, o pueden incluso impedir la existencia de una investigación.²⁸

Como parte de las medidas para dar cumplimiento a este requisito en ambos niveles descriptos, la CIDH propone que “al conducir las investigaciones, las autoridades del Estado deben basarse en testimonios de peritos, expertos y expertas capaces de identificar la discriminación y los prejuicios contra las personas LGBTI, que están arraigados en las sociedades de la región”.²⁹

Tipos de testimonio experto y proposiciones fácticas

Igualmente, debe tenerse en cuenta la naturaleza de la proposición fáctica que se quiera acreditar mediante el testimonio experto.

Malatesta, en su célebre *Lógica de las pruebas en el proceso criminal*,³⁰ define la certeza judicial como una construcción social, colectiva, en la que no es suficiente que lxs juezxs y juradx alcancen dicho estado a través de su conocimiento propio, sino que cualquier persona que se acerque al proceso debe poder seguir la lógica de dicha construcción.

En su análisis, lxs testigxs con conocimientos especiales cumplen, bajo diferentes modalidades, el papel de introducir al proceso penal

28. CIDH, *Informe sobre violencia contra personas LGBTI*, op. cit., p. 17.

29. *Ibidem*, p. 19.

30. Malatesta, Nicola Framarino dei, *Lógica de las pruebas en el proceso criminal*, Bogotá, Temis, 1988.

aquel conocimiento que escapa a esta lógica común, al hombre racional, en sus términos.

En nuestra cultura jurídica se admiten testimonios expertos en los procesos penales bajo tres formas: como testigxs de contexto/concepto, como peritxs, o como testigxs técnicxs o de conocimiento, en tanto una disciplina u experiencia. No necesariamente se trata de profesionales, pueden ser referentes culturales, personas que han tenido vínculo con lx víctima o agresor (concepto), organizaciones que producen conocimiento, entre otras.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su reglamento vigente,³¹ establece en el punto 23 que “el término ‘perito’ significa la persona que, poseyendo determinados conocimientos o experiencia científicos, artísticos, técnicos o prácticos, informa al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia”.

En los procesos donde es controvertida la violencia de género y por prejuicio como un elemento del delito o la eximente, estos testimonios son usados para probar hábitos o patrones de conducta, el punto de vista del agente, el contexto en el que se desarrollan los hechos (lógica de la acción que se investiga). Asimismo, puede ser una forma válida de introducir elementos sobre conducta no imputada respecto de hechos anteriores o posteriores de violencia de género o por prejuicio.

En nuestro sistema de apreciación de la prueba por sana crítica racional, la proposición fáctica a ser probada en el proceso determinará la naturaleza del testimonio experto.

Algunos testimonios expertos requieren el análisis de evidencia del expediente o refieren a los hechos en juicio, otros referirán a un estado del conocimiento sobre una materia, una época, lx imputadx, lx víctima.

La CIDH “... insta a los Estados Miembros de la OEA a que tomen en consideración las circunstancias específicas sobre cómo la violencia por prejuicio se manifiesta en sus países, y que consulten a organizaciones de la sociedad civil y activistas LGBT...”³²

31. CIDH, Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf (fecha de consulta: 22/10/2018).

32. CIDH, *Informe sobre violencia contra personas LGBTI*, op. cit., p. 281.

Cualquiera sea el motivo que califica a lx testigx como expertx, disciplinar, cultural, práctica, el mismo debe ser desarrollado a fin de acreditar a lx testigx, fundar la validez y utilidad de su punto de vista y conocimiento.

Conclusiones

Sin duda, cada caso presenta sus particularidades respecto a los medios de prueba.

En aquellas hipótesis fácticas donde pretenda jugarse violencia de género o por prejuicio como alguno de los elementos del crimen, hay determinados hechos que es irrenunciable probar por medio de testimonios expertos.

Acorde al Modelo de Protocolo Latinoamericano para la Investigación de Muertes violentas de Mujeres (ACNUDH)

... es necesario que los/las operadores/as de justicia cuenten con una serie de referencias comunes para orientar la investigación de los femicidios hasta su correcta conclusión. Entre ellas, es fundamental garantizar que la investigación sea conducida desde una perspectiva de género y con base en un análisis de género.³³

Estas referencias comunes deben estar dadas por las voces de aquellxs que son víctimas de los abusos de la administración de justicia, quienes son objeto de la impunidad de los crímenes con violencia de género y por prejuicio y de la invisibilización del rol de esta violencia en tanto elemento eximente.

El punto de partida es el impacto desproporcionado de violencia letal sobre las mujeres trans de color. Acorde a la CIDH:

... en el 2013, NCAVP reportó que casi el 90% de las víctimas de homicidios LGBTQ eran personas de color, el 72% de las víctimas LGBTQ de homicidios eran mujeres trans, y el 67% de todas las víctimas LGBTQ de homicidio eran mujeres trans de color.³⁴

33. OACNUDH/ONU Mujeres, *op. cit.*, p. 35.

34. *Ibíd.*, p. 212.

Asimismo

... en muchos casos puede ser difícil establecer el elemento subjetivo de la motivación. Puede que no sea fácil saber con certeza si el crimen fue el resultado de prejuicios por parte del perpetrador, particularmente en ausencia de una confesión en ese sentido por parte del acusado. Sin embargo, otro tipo de evidencia o la presencia de ciertas circunstancias pueden ser indicios valiosos para determinar la existencia de dicha motivación.³⁵

La violencia que tiene lugar en el contexto de una relación íntima también puede estar basada en prejuicios.

Cuando una persona (LGBTIQ); o percibida como tal, es agredida o asesinada, el Estado debe llevar a cabo una investigación para determinar si el crimen fue cometido con base en la orientación sexual o identidad de género, real o percibida, de la/s víctima/as, con independencia de la existencia de indicios que indiquen que la víctima tenía una relación íntima con el presunto perpetrador.³⁶

Finalmente, el Modelo de Protocolo refiere que

El perfil de una mujer víctima de violencia es imposible homogenizar. Contextualizar la vida y el entorno de la víctima es distinto para cada caso. El análisis interseccional resulta imprescindible para realizar el estudio de las formas de violencia que pudieron haber afectado a la víctima de un femicidio, antes, durante o después del hecho delictivo [...] Así, es diferente el análisis del contexto de violencia que rodea al entorno de una mujer heterosexual, casada, adulta mayor, y orientada en los roles normativos del ser mujer y que pudo ser asesinada por violencia patrimonial, con el que debe realizarse en el caso de la muerte violenta de una mujer joven, lesbiana, bisexual o transgenerista que subvertía el orden normativo.³⁷

Sobre estos puntos resultan imprescindibles diversas herramientas o instrumentos de la antropología y la sociología que permiten hacer visibles las diferentes formas de las violencias de género y por prejuicio, como parte del contexto de las víctimas y de las prácticas victimizantes contra ellxs, como parte de la lectura con perspectiva de género de las diversas evidencias y pruebas sobre el crimen: la autopsia, el contexto, el lugar del hallazgo del/los cuerpo/s, lxs autorxs, lxs víctimas.

35. CIDH, *Informe sobre violencia contra personas LGBTI*, op. cit., p. 279.

36. *Ibidem*, p. 272.

37. OACNUDH/ONU Mujeres, op. cit., p. 43.

Excluir como medio de prueba el poder analítico de aquellxs que mueren en los campos de fuerza generados por la violencia de género y por prejuicio, conduce a una sentencia arbitraria y obstruye el ejercicio del derecho a la verdad: la jurisprudencia de la Corte IDH ha señalado que un Estado puede ser responsable por dejar de “ordenar, practicar o valorar pruebas que hubieran sido de mucha importancia para el debido esclarecimiento de los homicidios”.³⁸

Bibliografía

BALARDINI, Lorena / OBERLIN, Ana / SOBREDO, Laura, *Violencia de género y abusos sexuales en centros clandestinos de detención. Un aporte a la comprensión de la experiencia argentina*. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/05/Balardini-Oberlin-Sobredo.pdf>

BAYTELMAN, Andrés / DUCE, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2007.

BERKINS, Lohana, *Cumbia copeteo y lágrimas, informe nacional sobre la situación de las travestis, transexuales y transgéneros*, Buenos Aires, 2007. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/353411539/Berkins-Cumbia-copeteo-y-la-grimas>

CELS, *Situación de los DD. HH. de las travestis y trans en Argentina*, Buenos Aires, 2016. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/situacion-de-los-derechos-humanos-de-las-travestis-y-trans-en-la-argentina/>

CIDH, *Informe sobre violencia contra personas LGBTI*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>

_____, *Derecho a la Verdad en América*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>

38. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de los “Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, Sentencia de 19/11/1999 (Fondo). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf, párr. 349; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “María Isabel Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, 2011. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf

_____, Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf

CLARÍN, “Un caso inédito en Salta. Condenaron a prisión perpetua a dos hombres por el femicidio de una trans”. Disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/condenaron-prision-perpetua-hombres-femicidio_o_SJIDE0wu.html

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso de los “Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, Sentencia de 19/11/1999 (Fondo). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf

_____, caso “María Isabel Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, 2011. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf

CSJN, “Leiva María Cecilia”, 01/11/2011. Dictamen del Procurador. Sentencia arbitraria. Violencia reactiva. Aplicación de la legítima defensa en caso de mujeres golpeadas. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/35407-csjn-leiva-maria-cecilia-1112011-dictamen-del-procurador-sentencia-arbitraria-violencia>

GARAÑO, Santiago, “La experiencia del ‘testigo de concepto/contexto’ en el juicio Operativo Independencia”, La Escuelita de Famaillá, noviembre 2016. Disponible en: <https://www.aacademica.org/000-035/516.pdf>; http://conti.derhuman.jus.gov.ar/2016/11/seminario/mesa_19/almada_mesa_%2019.pdf; <http://escuelitadefamailla.org/la-experiencia-del-testigo-de-concepto-contexto-en-el-juicio-operativo-independencia-i/>

HARAWAY, Donna, *Testigo Modesto@Segundo Milenio*. Disponible en: <http://revistes.iec.cat/index.php/lectora/article/download/43003/42954>

MALATESTA, Nicola Framarino dei, *Lógica de las pruebas en el proceso criminal*, Bogotá, Temis, 1988.

MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, *La revolución de las mariposas. A diez años de la gesta del nombre propio*, Buenos Aires, 2017. Disponible en: https://www.mpdefensa.gob.ar/sites/default/files/la_revolucion_de_las_mariposas.pdf

OACNUDH / ONU MUJERES, *Modelo de Protocolo Latinoamericano para la investigación de muertes violentas de mujeres*, 2012. Disponible en: <http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/56742.pdf>

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 4 DE LA CAPITAL FEDERAL, “Fundamentos del Fallo dictado el 18/06/2018 en la causa Nro. 62.162/2015”. Disponible en: <ftp://ftp.errepar.com/Errepar/PDF/DianaSacayan-Fundamentos.pdf>

Capítulo 4
**Desafíos jurídicos y éticos de las técnicas
de reproducción humana**

La biotecnología en la esfera reproductiva humana

Patricia Digilio*

Compartir prácticas vinculadas con la sociabilidad es la condición que hace posible la comunicación y la transmisión de sentidos en una sociedad dada. Es así como se constituye ese *ethos* en el que nuestra existencia cobra sentido. Pero sabemos también que esas prácticas a menudo no son lo que parecen ser o lo que pretenden ser, y que siempre se expresan en, al menos, dos niveles. Un nivel superficial, que presenta sus estructuras oficiales, y otro más profundo y fundamental, al que es más difícil acceder. Son esas prácticas, en sus dos niveles, reveladoras del sistema social.

En nuestra actualidad podemos reconocer los signos de un tipo de acercamiento a la definición, comprensión y tratamiento de lo viviente y del viviente humano en particular preponderantemente científico-técnico. Ya es común decir que los nuevos conocimientos provistos por la biología y la biomedicina permiten introducir una nueva interpretación de la vida, al mismo tiempo que ponen en entredicho otras, así como generan nuevas prácticas y acciones que se centran en la reproducción.

Me interesa aquí analizar la novedad de esta situación. Es decir, de estas formas de conocimiento de lo viviente y de las acciones y prácticas sociales que de este conocimiento se derivan teniendo en cuenta esos dos niveles que dijimos que son constitutivos de las prácticas. Para esto tendremos que considerar los elementos que se relacionan para producir estas nuevas condiciones que, en el caso que nos ocupa aquí, dan lugar a nuevas formas de la reproducción humana¹ que ponen en evidencia la concepción no naturalista de la humanidad contemporánea.

* Doctora en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Políticas Sociales y Profesora de Filosofía. Profesora Titular e Investigadora de la Universidad de Buenos Aires. Docente de grado y posgrado en otras universidades nacionales y extranjeras. Autora de libros y numerosos artículos sobre su especialidad.

1. Hago esta aclaración porque la capacidad de intervenir sobre la vida desarrollada por los nuevos conocimientos y técnicas comprende en su acción todas las formas de

Como sabemos, los desarrollos de la biología molecular, de la ingeniería genética, de la genética predictiva y diagnóstica y su implementación mediante tecnología específica habilitan la intrusión directa en la génesis misma de lo viviente a través de inéditos modos de relación entre las nuevas perspectivas de conocimiento que se generan y las formas de acción que desde esas nuevas perspectivas se impulsan.

Procreación sin sexualidad, decodificación del genoma humano, intervención y rectificación, identificación de los genes, de sus funciones y potencialidades, diagnósticos preimplantatorios, clasificaciones, ordenamientos nuevos de lo viviente, entidades inéditas como el embrión criopreservado, son algunos de los acontecimientos producidos por el encuentro entre la biología, la informática y la medicina.

Hace ya un tiempo que la *vida* se ha constituido en objeto de formas de conocimiento y tratamiento científico-técnico y que ha devenido lugar de ensayo y experimentación. Son estas innovaciones las que se convierten en objeto de reflexión, pensamiento y debate jurídico, filosófico, sociológico, moral y político. Y es en medio de estos debates que la pregunta por el sentido de la vida vuelve a cobrar relevancia. Pero es preciso identificar el carácter propio que en estas circunstancias asume esta pregunta. Porque el sentido que aquí se disputa no renueva ni alcanza un tono existencial a la manera de esos interrogantes que una filosofía de la existencia hace suyas. Lo que aquí está en examen, estudio y debate son las derivaciones que una aproximación científico-técnica puede imprimirle a la vida. Es esa dimensión de la vida la que está en disputa. Y digámoslo de una vez y desde el comienzo, es esa una pobre interpretación de la dimensión de la vida. Hay una deuda con la vida en esta interpretación. Porque esta interpretación no sabe de ella como aquello que resulta irreductible a toda forma. Es precisamente operando sobre esta omisión que los nuevos conocimientos y el *saber hacer* tecnocientífico irrumpen abruptamente sobre la vida y se vuelven sus intérpretes privilegiados. Y es mediante esta irrupción que la vida deviene de una manera nueva, lugar de experimentación, creación y recreación y es sometida a procesos de transformación, intervención y control.

lo viviente. Aquí nos concentraremos en el viviente humano en particular y en lo que concierne a la esfera reproductiva.

Es en este marco y según estas preocupaciones que me interesa considerar la relación entre las técnicas reproductivas y la biotecnología, en tanto manifestación particular del modelo científico-tecnológico y de producción que resultan propios de esta etapa del capitalismo denominada *biotecnocapitalismo*, a fin de examinar el alcance biopolítico de esta relación.

La propuesta consiste en intentar desentrañar las condiciones de posibilidad de lo que entiendo resulta propio de nuestro tiempo: la conformación de un nuevo diagrama del biopoder correspondiente a un tipo de orden que podemos llamar *orden biotecnológico*, caracterizado por la introducción de una de nueva semántica de la vida que se resuelve en esa expresión que es *la biotecnología*, en tanto un modo de conocimiento y de acción propios de nuestro tiempo.

Para llevar adelante este intento, es necesario introducir algunas observaciones que configuran el contexto que propongo para el examen del tema en cuestión.

Comienzo por decir que para la racionalidad científico-técnica de Occidente intervenir sobre la vida no es observar, ni contemplar; es dominar, controlar, dirigir. Es habilidad para actuar. El imaginario occidental porta como una de las notas que lo identifican la propensión a su realización. Y es allí donde reside la particularidad de la forma de racionalidad dominante.

Esta habilidad para actuar se acompaña de una concepción instrumental de la razón para la cual la dimensión *instrumental* representa el rango más elevado de la acción. La acción se vuelve, así, “acción instrumental” (producción y fabricación) y el pensamiento, “conocimiento”, en el moderno sentido de *know how*.

Acción instrumental y “saber hacer”, subordinados al principio de utilidad y a la relación medios-fines conforman la matriz en la que se gesta la ciencia moderna. Esto es: la forma de producción de conocimiento aceptada y legitimada en buena parte del mundo que habitamos.

De manera que todo intento por comprender la situación de las ciencias contemporáneas requiere indagar tanto en las *razones* (explícitas) como en las *fuerzas* (implícitas) que impulsan su movimiento. Algo que una perspectiva de género y feminista no puede soslayar porque es sobre esa conjunción entre razones explícitas y fuerzas implícitas que el patriarcado, mediante sus *producciones científicas*, ha fundado su dominio.

Ahora bien, adelantemos que como uno de los rasgos propios de nuestra actualidad observamos profundas modificaciones en los aparatos y dispositivos discursivo-técnicos de producción y control del cuerpo, del deseo, de la sexualidad. Son parte de estas modificaciones las innovaciones que afectan a los procesos de reproducción de la vida.

De esta situación podemos inferir que estos procesos, en tanto producen nuevas articulaciones entre lo biológico, lo social y lo técnico, necesariamente habrán de modificar las formas de ejercicio del biopoder y, por la tanto, el alcance y la organización de las formas de dominación social.

Estas nuevas articulaciones no han pasado desapercibidas para el pensamiento. Desde que en los últimos años se ha advertido el interés científico, tecnológico y económico en la reproducción y el desarrollo de técnicas de intervención en este proceso, se han abierto y desplegado distintas interpretaciones y perspectivas para reflexionar en torno de la incidencia en distintos ámbitos de estos conocimientos y prácticas que se ponen en movimiento.

En esta línea, pensadoras feministas han sido protagonistas de los debates sobre su alcance y significado sin pasar por alto que el dominio del proceso reproductivo, a través del control y manipulación de los cuerpos, tiene efectos sociales que van más allá de los objetivos particulares y manifiestos ligados a la realización de la procreación en términos individuales.

Ya a principios de los 90, Françoise Collin proponía analizar en su proyección socio-política la denominada *revolución biotecnológica* para considerar su alcance en *la esfera reproductiva*. Por entonces, con agudeza decía al respecto:

Las formas en las que hoy se practica el desposeimiento de la generación y más concretamente de la maternidad, resultan más constrictivas porque están ubicadas en espacios de poder que escapan a la conquista individual. La fecundación *in vitro*, el cultivo de embriones, los bancos de esperma, la inseminación artificial, la separación entre maternidad y biología por la vía indirecta de madre “portadora”, mediando o no dinero, y las investigaciones sobre manipulaciones genéticas trastocan el concepto de generación; *hacen de la reproducción una nueva zona de poder.*²

2. Collin, Françoise, “Tiempo natal”, en revista *Letra*, N° 33, 1994, p. 58. El destacado me pertenece.

Lo que la autora ya adelantaba es que interrogarnos sobre las nuevas formas que adquiere la reproducción obliga a preguntarse por la propia lógica de estos desarrollos y por sus condiciones e implicaciones. Esto no quiere decir que hay que diferenciar entre “una forma natural” de reproducción y otra “tecnológica”, suponiendo en esta diferenciación una jerarquía moral o de valores. No es mi propósito hacer esa distinción ni menos sostener esa ponderación. En todo caso, lo que particularmente me interesa indagar es cómo se constituyen las condiciones para que resulten posibles nuevas maneras de concebir y organizar la procreación humana, y cuánto de lo conocido y repetido se mantiene en lo que aparece como nuevo. Particularmente me interesa analizar cómo estas nuevas formas de procreación se inscriben en ese horizonte que les sirve de fondo: la llamada era *postindustrial* o *biotécnica*, sin perder de vista su dimensión biopolítica.

Para esto, me detendré en los párrafos siguientes en algunos de los momentos clave en lo que hace al recibimiento de las técnicas por parte de pensadoras feministas. Soy consciente de los límites en los que se encuadra este escrito, por lo tanto no busco aquí ser exhaustiva ni menos profundizar en las posiciones y los argumentos que suscriben las autoras. Solamente quiero valerme de esta introducción para señalar algunos de los problemas que sus reflexiones exponen. Entiendo que, aunque breve e incompleta, esta presentación en su conjunto nos permitirá percibir la profundidad y la amplitud propias del tema que nos ocupa.

En un plano general, podemos decir que la aceptación y la bienvenida a las técnicas reproductivas resultaron, en un principio, más extendidas que la crítica. Esta forma de recibimiento se centró en la convicción de que se trataba de dotarlas de significado y, por lo tanto, de sentido, y que ese sentido podía estar dado por un pensamiento feminista.

Sin embargo, lo que parece que no fue advertido por esta perspectiva, a pesar de inscribirse en las incipientes críticas a la tecnociencia como realización patriarcal y capitalista, es que las técnicas no nacían huérfanas de significados/sentidos, sino que esa elaboración resultaba patrimonio de las emergentes disciplinas biotecnológicas y biogenéticas y tributaria de una concepción de la biología forjada según la fuerte influencia de las teorías deterministas modernas. Lo que tampoco pudo percibirse fue la persistencia de las complicidades

entre las ciencias médicas y jurídicas en su función normativa y normalizadora, ni pudo preverse la poderosa influencia que la industria y la investigación privadas biomédicas alcanzarían en este campo hasta adquirir la magnitud de lo que se conoce como “industria procreativa”. Pero si esa percepción marcó un comienzo, digamos también que rápidamente se produjo un giro que habilitó un cambio de enfoque. La identificación del androcentrismo propio de la ciencia, en oposición a las concepciones tradicionales y dominantes sostenedoras de su neutralidad, permitirá no sólo objetar el valor social de esa pretendida neutralidad, sino que denunciará además su función falsificadora. El reconocimiento de la imposibilidad de neutralidad por parte de un proyecto científico que proviene de una ciencia patriarcal permitirá una lectura que habilitará un cambio sustancial para el abordaje de las técnicas. Este deslizamiento de sentido deviene tan oportuno como central cuando el comportamiento reproductivo se vuelve un sofisticado –y aceptado– dispositivo de los sistemas biomédicos.

En el transcurso de un tiempo breve pero intenso en realizaciones, las técnicas reproductivas se extienden de manera vertiginosa en lo que hace a sus posibilidades y a su universo de aplicación. Así, se van volviendo más complejas a la vez que más refinadas y precisas. Para entonces, voces críticas y feministas respecto de su implementación conforman organizaciones y colectivos académicos y de activistas que con postura firme, sobre la base de una importante producción y elaboración teórica, previenen sobre la existencia de una suerte de tecnopoder que habilitaría la introducción de formas de manipulación de los cuerpos y de la vida hasta el momento desconocidas.

La relación de copertenencia con la técnica que da forma a las sociedades actuales es percibida por este enfoque como la condición de posibilidad para una “reproducción tecnificada” en la que las “madres”, en tanto cuerpos reproductores, serían sustituidas por máquinas controladas por el poder científico que no dejaría de ser patriarcal y masculino.

Otras voces, aunque no feministas pero que alcanzan importancia por su involucramiento en la investigación y concreción de las técnicas, como la de Jacques Testart,³ llaman críticamente a la reflexión

3. Testart, Jacques, *La procréation médicalisée*, París, Flammarion, 1993 y, del mismo autor, *Au bazar du vivant*, París, Seuil, 2001.

y solicitan precaución y responsabilidad respecto de la dinámica que van adquiriendo los procedimientos y sus posibilidades.

A pesar de que algunas de estas consideraciones puedan sonar como exageradas o distópicas, no dejan de ser un señalamiento sobre un avance tecnológico que, como en todos los campos, parece obedecer a esa dinámica automotivada de la producción y realización científica paradójicamente motivada por *un fin sin fin*.

Así lo plantea con preocupación el filósofo Hans Jonas:

Para alcanzar sus propios objetivos *teóricos* la ciencia necesita una tecnología cada vez más refinada y físicamente fuerte como herramienta que se produce a sí misma, es decir, que encarga a la tecnología. Lo que encuentre con esta ayuda será el punto de partida de nuevos comienzos en el terreno *práctico*, y este en su conjunto, es decir, la tecnología trabajando en el mundo, proporciona a su vez a la ciencia con sus experiencias un laboratorio a gran escala, una incubadora de nuevas preguntas para ella, y así sucesivamente en un circuito sin fin. De este modo, el aparato es común al reino teórico y al práctico; o la tecnología infiltra tanto la ciencia como la ciencia la tecnología.⁴

La propia dinámica de este movimiento científico-técnico, la complejidad técnica que alcanza el proceso reproductivo así como el conjunto del dispositivo técnico-biomédico en el que se inscriben las operaciones que se efectúan produce una asimetría de saber-poder que una perspectiva feminista sobre el tema no puede desatender. ¿Qué control se puede tener sobre el propio cuerpo y el propio proceso reproductivo bajo estas condiciones?

La proliferación de embriones criopreservados, el mercado de la “donación”, la extracción de un número excepcional de óvulos para llevar adelante los procedimientos (con la consabida sobreestimulación química para producirlos), la selección de embriones a transferir, la intervención de la genética diagnóstica y predictiva en conjunción con las técnicas reproductivas representan todo un conjunto de prácticas que se precipitan y que requieren una mirada sobre el conjunto. Analizar este conjunto exige superar tanto una postura ingenua y ofensiva, como también la actitud tecnofóbica que no produce más que una crítica paralizante y reduccionista. Se trata, mejor, de agudizar la

4. Jonas, Hans, *Técnica, medicina y ética*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 23.

capacidad de reflexión, teniendo en cuenta que las técnicas reproductivas ya son parte de las formas actuales de reproducción humana. Y esta condición debe resultar un elemento sustancial de todo análisis que se pretenda encarar. Y debe estar en consideración porque la aparición de las técnicas ha habilitado también la deconstrucción de las concepciones tradicionales, patriarcales y opresivas sobre la maternidad, la paternidad y la familia, entre otras formas de relación social. Son, por lo tanto, portadoras de una posibilidad de transformación que amplía el horizonte de la reproducción humana. Y en esta ampliación radica una potencialidad que no podemos soslayar.

De allí que el denominado *tecnofeminismo*, desde una lectura que advierte sobre los perjuicios y las contradicciones que portan las técnicas, pero también sobre sus posibilidades, busque redefinir el lugar de la ciencia y de la técnica en la esfera reproductiva en el proceso emancipatorio del siglo XXI.

En medio de las polémicas que ponen en juego la condición humana y post-humana, la figura del Cyborg que propone Haraway⁵ resulta el ícono de esta perspectiva. Haraway no desestima el contexto político-económico en el que el descubrimiento biológico que nos revela como “escrituras encarnadas” se incluye. Por el contrario, destaca que este se inscribe en las relaciones de poder características del tardocapitalismo, el sistema político económico en el que actualmente se desarrollan nuestras sociedades. Ve en la confluencia entre vida y tecnología y en la interfaz humano/máquina la clave de interpretación para la comprensión del estatus humano y maquínico del “sujeto” del siglo XXI, así como la posibilidad de una superación de un estadio evolutivo antropocéntrico que desborda los presupuestos esencialistas y/o naturalistas y las nociones de humanidad y humano. Como Foucault, reconoce estructuras de poder, pero esas estructuras de poder deben ser identificadas y entendidas a partir de las nuevas formas de comprensión y de acción sobre la vida que la genómica y la biotecnología introducen para tratar directamente con ellas. En esta línea, Rosi Braidotti⁶ no elude subrayar las preocupaciones que despiertan lo

5. Haraway, Donna, *Ciencia, Cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1995.

6. Braidotti, Rosi, *Lo posthumano*, Barcelona, Gedisa, 2015.

que reconoce como procesos de colonización sobre la vida motivados por la lógica del mercado y el principio del beneficio individual, pero al mismo tiempo pone énfasis en las posibilidades de los neohumanismos ligados a los estudios poscoloniales y de género atendiendo a sus posibilidades críticas y a sus acciones.

Lo que se revela como experiencia es que en los hechos tecnología y naturaleza se fusionan y la reproducción deja de ser entendida como un proceso “natural-biológico” o exclusivamente cultural para ser concebida como un proceso “tecnológicamente naturalizado”.

Es esta expresión la que, a mi juicio, sintetiza el cambio de base que se produce sobre la fundamentación y comprensión de los procesos reproductivos en la actual sociedad tecnologizada y es ese cambio de base lo que representa un desafío ético y jurídico. Y, por supuesto, también social y político.

El breve recorrido que corresponde a esta presentación de problemas y posiciones desde una perspectiva feminista pone de manifiesto que el desafío político y ético del pensamiento feminista, aun en su heterogeneidad, ha consistido y consiste en procurar que la extensión de las tecnologías reproductivas no se constituya en una condición de regulación y dominación de los cuerpos y la sexualidad, reponiendo atávicas nociones, para en cambio volverse parte de ese largo proceso emancipatorio que sabemos que no es ni ha sido lineal ni acumulativo.⁷

Ahora bien, el cambio de base en la reproducción, según hemos visto, no puede interpretarse como un fenómeno separado de aquellos que interesan y son objeto de la biopolítica.

Desde Platón, tal como él mismo lo presenta en *La República*, la regulación de la vida reproductiva es un problema de la *polis* y del ejercicio de gobierno. Por lo tanto, es –debe ser– objeto de control y

7. Como dato para considerar esta situación, hay que tener en cuenta que las nuevas técnicas reproductivas se han extendido con una extraordinaria velocidad incluso en comparación con otras innovaciones tecnológicas. En nuestro país, por ejemplo, se han desarrollado vertiginosamente a diferencia de lo que ocurre con otras innovaciones tecnológicas. Existen importantes centros, en su gran mayoría de origen privado, de excelencia y con reconocimiento internacional, dedicados a implementarlas y a la investigación en este campo. Por cierto, esto contrasta notablemente con los escasos logros alcanzados por la sin embargo persistente lucha encabezada por organizaciones feministas y de mujeres por la libertad reproductiva, el acceso a métodos anticonceptivos seguros y la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos.

regulación por parte del gobierno. Se trata de un problema que hay que asumir como una de las formas de ejercicio del biopoder y que ha encontrado distintas expresiones a lo largo de la historia humana.

Pero si bien podríamos inscribir la intervención tecnológica en la esfera reproductiva en esta historia de ejercicio del biopoder, esta inscripción no puede identificarse con las formas ya conocidas precisamente porque las posibilidades que la tecnología introduce resultan tan radicales y profundas como inéditas respecto de este ejercicio.

De manera que si los nuevos conocimientos provistos por la biología y la biomedicina permiten introducir una nueva interpretación de la vida, a la vez que deslegitiman otras, y hacen posible la directa intrusión en la génesis misma de lo viviente, necesariamente también inauguran un nuevo horizonte de comprensión, de significaciones y de acciones en relación con los procesos biológicos que permiten imaginar profundas modificaciones en las formas de ejercicio del biopoder y en la constitución de los dispositivos de la biopolítica misma.

Se trata de nuevos entrelazamientos entre saber y poder que reúnen la capacidad de generar una nueva tecnología biosociopolítica, cuyo funcionamiento aún no podemos precisar aunque podemos aventurar que esa tecnología se encontrará en estrecha relación con el alcance y la significación que se le atribuya a la noción de *bios*.⁸

Si en la matriz de la biopolítica moderna la vida es comprendida como un dato que resulta indisponible e invariable y que posee leyes propias, aunque susceptibles de ser conocidas, *esa vida*, a partir de los nuevos conocimientos y técnicas, se convierte en una realidad disponible, susceptible de ser modificada esencialmente, manipulada, reproducida y producida. Nuevos conocimientos, nuevas tecnologías y una nueva semántica de la vida configuran una matriz en la que el mapa anatómico de la modernidad, que representaba al cuerpo como un sistema integrado de subsistemas (esqueleto, sistema muscular, aparato vascular, sistema nervioso, funciones digestivas y demás) y de interpretaciones funcionales, resulta obsoleto. Es con la visualización del nivel subcelular que los modelos geométricos propios de los conceptos de la mecánica clásica, de la física y la química se vuelven inad-

8. Sloterdijk, Peter, *Normas para el parque humano*, Madrid, Siruela, 2008; del mismo autor, *Experimentos con uno mismo*, Valencia, Pre-Textos, 2000.

cuados para dar cuenta de una nueva escala de referencia de la vida, cuya codificación corresponde ahora a las ciencias de la información y, por lo tanto, a un complejo conjunto de saberes compuesto por las teorías de los flujos de energía, de las redes y las conexiones.

Ese cuerpo humano orgánico de la modernidad, con el desarrollo de la biología molecular y otras disciplinas relacionadas, es desplazado por el cuerpo textual del mapa genético para abrirse a las posibilidades biotecnológicas que, ciertamente, se acercan más a ese biocrático sueño que aspira a su transformación en términos de su perfección.

Estas nuevas aproximaciones y posibilidades ponen en debate la propia definición de vida y las racionalidades de las intervenciones tecnológicas que, además, la configuran.

Estas intervenciones ya no pueden comprenderse enmarcadas en el paradigma tradicional del modelo salud-enfermedad. No se trata de intervenciones que buscan restituir el estado de salud alterado por la enfermedad. Las intervenciones tecnológicas no restituyen una función, sino que la sustituyen mediante una acción/un dispositivo técnico.

Las tecnologías reproductivas, por ejemplo, no “curan” la esterilidad, *sustituyen una función corporal por una técnica* y esta observación, vuelvo a insistir, no debe ser interpretada como una asignación de valor a esa función o como una crítica a esta intervención. Por el contrario, lo que intento es poner en evidencia la especificidad de este modo de intervención sobre el cuerpo, para poder volver a pensar la relación entre salud/enfermedad. Porque acompañando esta observación también hay que decir que del relato de las pacientes que acceden a los tratamientos se desprende una percepción sobre su propio cuerpo como un cuerpo medicalizado. Un cuerpo que es percibido y descrito como un conjunto de órganos separados, “tratados” y convertidos en objeto de investigación.

Claramente, esta percepción se inscribe en la relación saber médico-saber femenino del cuerpo donde, de la misma manera que en otras esferas de la medicina, el saber espontáneo sobre el propio cuerpo es cuestionado por la clínica médica, por su dispositivo técnico y su poder de hacer visible lo invisible, lo que este oculta.

Esta situación conduce a una pérdida de la posición del sujeto que queda excluido de las operaciones que “otros” realizan sobre su cuerpo. Sobre ese cuerpo que ya no les pertenece. En realidad esta apreciación no se circunscribe a los casos donde la procreación es médicamente

asistida, porque si analizamos el proceso del embarazo y el parto en general, observamos que no ha permanecido ajeno a este régimen de expropiación, medicalización y tratamiento.

Estas intervenciones técnicas tampoco obedecen a una supuesta normatividad orgánica “natural”, sino que transgreden esa normatividad orgánica y sus límites dando lugar a un nuevo orden vital humano íntimamente conectado con la tecnología.

Las tecnologías reproductivas derriban los límites impuestos por la sexualidad, la edad, la infertilidad y la dinámica del proceso reproductivo mismo: el tiempo que puede mediar entre la producción de un embrión y su desarrollo dependerá del acto deliberado de transferencia a –por el momento– un útero receptor, técnica de criopreservación mediante, por ejemplo.

Indudablemente, estas condiciones modifican objetivamente la forma de reproducción pero también subjetivamente, puesto que las “maneras de vivir”, las esperanzas, las expectativas, los temores y sensaciones que generan las nuevas condiciones para la maternidad, paternidad y filiación dan lugar a procesos nuevos de subjetivación vinculados con la procreación. En buena medida estos procesos de subjetivación moldeados sobre la base de la disponibilidad de las técnicas son un dato clave para la inteligibilidad de su rápida expansión y aceptación. Y vale aquí una observación, porque si a partir de estas nuevas condiciones, lo que era una determinación biológica pasa a ser una contingencia que se puede superar “la exigencia biológica” respecto de los lazos familiares a tejer se encuentra, en cambio, presente en los discursos que apuntan a la fundamentación y legitimación de los procedimientos.

Lo que resulta de esta observación es que parece que hay ciertas normatividades “naturales” que pueden ser desafiadas y abolidas, pero que hay otras que persisten y son reforzadas mediante el artificio biomédico.

Indudablemente, resulta necesario dirigir la atención sobre estos aspectos, para que, justamente, la *disponibilidad de las técnicas* no se transforme en la *imposición de las técnicas*.

Consideremos también que si las ciencias y las técnicas contemporáneas tienen la capacidad de transformar de manera irreversible las estructuras más profundas de lo viviente en función de su propia lógica y tendencias, esta lógica y estas tendencias que animan este proyecto (la voluntad procreativa, la dimensión terapéutica, el mejo-

ramiento eugénico, y demás) están a su vez estrechamente ligadas –si acaso no son las mismas– con las que han animado el tratamiento de la materia inerte en las sociedades industriales capitalistas. Tampoco permanecen ajenas a la propia historia de la biología, siempre atravesada por esa tensión que se mantiene entre la voluntad de conservar la especificidad de lo viviente en relación con lo inerte y el modelo inspirado en la física que busca romper esos límites.

Es así que, tributaria de una concepción mecanicista y ahora informática sobre la vida, esta forma de tratamiento de lo viviente habilita el intercambio de la materia viva, su extracción, división, conservación y acumulación de acuerdo con formas de explotación y tratamiento que hacen de lo viviente mercancía en nombre de objetivos científicos, técnicos y más claramente también económicos. Intercambios comerciales, bancos de gametos, tratamientos de alto costo, son parte de estas relaciones.

Como ya podemos ir reconociendo, la reproducción humana trasciende la esfera médico-biológica. La trasciende incluso cuando se pretende circunscribirla al dispositivo técnico biológico-médico. Por lo tanto, no es conveniente una evaluación de estas técnicas soslayando esta situación y reduciendo los procesos de evaluación al control de la eficacia y la calidad de los procedimientos, o una relación diádica entre profesional y paciente. Su análisis no puede reducirse a situaciones individuales. Centrarse en las situaciones individuales conduce a una casuística que pierde de vista que las soluciones que pueden ser beneficiosas individualmente, pueden tener otros efectos en su proyección social. Pero además, frente a situaciones que representan transformaciones tan profundas, las acciones, las decisiones y las elecciones en el campo de la biomedicina reproductiva alcanzan una dimensión y una importancia que trascienden el plano individual, para adquirir una proyección cuyo tratamiento ya no puede restringirse ni fundamentarse solamente en las propias elecciones o en una voluntad individual, que encontraría su expresión en el Consentimiento Informado. La insistencia en hacer de la decisión individual el resguardo del cumplimiento ético de los procedimientos parece desconocer el aparato coercitivo que sigue desplegándose en torno a la reproducción, especialmente para las mujeres. Y es que si se observa la uniformidad de los comportamientos, esa libertad individual sobre la que se

sostiene la decisión parece tener un corto alcance cuando el mandato social sigue cumpliendo su función y cuando las elecciones permanecen en el dominio del modelo de la sociedad medicalizada.

En el intento por comprender la sociedad actual, a la que denomina sociedad del riesgo, en su obra Ulrich Beck⁹ señala que nos encontramos constantemente en la posición de tener que tomar decisiones acerca de cuestiones que afectan de modo fundamental nuestras vidas, pero sin contar con una base adecuada de conocimientos en las que estas decisiones puedan sustentarse. Y –podemos agregar– con una visión muy limitada de los contextos en los que se toman esas decisiones.

Estos condicionamientos no pueden desconocerse cuando el Consentimiento Informado es el instrumento privilegiado como garantía ética. Pero además, el tratamiento puramente individual del tema no está a la altura de la transformación ontológica, epistemológica y necesariamente axiológica que supone la implementación de las técnicas y sus intervenciones.

Agreguemos, para completar, que la relación entre la velocidad con la que se desarrollan e introducen las innovaciones, acciones y tratamientos y los tiempos de estudio, análisis y reflexión que se requieren para conducirlos resulta claramente asimétrica. Y en esa asimetría, lo que compulsivamente se reclama son normas, leyes, instrucciones. Guías de comportamiento. Como si se tratase de un saber hacer técnico, se supone que resulta suficiente cumplir con las normas para los procedimientos para habilitar la acción y brindar garantías éticas. Pero es justamente este reclamo de normas para conducir la acción el que cancela la pregunta certeramente ética, que no es otra que aquella que interroga por el sentido y el fundamento de la acción. Tarde llegan la ética y la bioética, en particular, en esa carrera que es ir detrás de las innovaciones científico-técnicas. En esa carrera lo que la bioética ha desplegado es una gran capacidad de adaptación frente a toda técnica que se revela como posible para, en el mejor de los casos, limitar su función al plano prescriptivo y normativo. Como si la subordinación mecánica a la norma viniese a sustituir la adhesión responsable a la

9. Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós Básica, 1998.

norma o esa otra tarea propia de la ética que es la pregunta por la fundamentación de los actos y de las acciones.

La bioética debería trascender ese plano normativo y/o meramente prescriptivo para prestar especial atención a las formas sobre la comprensión de la vida que la aproximación biotecnológica inaugura, sin desconocer la dimensión biopolítica del tema ni el problema que significa elaborar una ética para un modelo de desarrollo científico-tecnológico que se despliega en íntima conexión con el desarrollo del mercado.

Asistimos a la emergencia de nuevos procedimientos y técnicas aplicados a la vida que posibilitan nuevas articulaciones entre lo biológico, lo técnico, lo natural y lo artificial, en la medida en que la vida es identificada como un código y en virtud de esa identificación puede, al mismo tiempo, ser “reescrita” tecnológicamente. No existen antecedentes de un conocimiento ni de una capacidad similar. Nuestras categorías ontológicas, epistemológicas y axiológicas ceden en su eficacia interpretativa frente a lo que no obstante es posible hacer, e incluso hacer de manera irreversible.

He intentado presentar algunas de las cuestiones propias de nuestra actualidad en las que se relacionan la vida, la biotecnología y las formas de la biopolítica en la convicción de que estamos en un umbral. No considero posible, por lo tanto, llegar a conclusiones o resoluciones definitivas; resultaría tan precipitado como contrario a mi propósito que no es sino el de introducir la complejidad del tema y eludir la vía de la respuesta moral o legal inmediata. En esa complejidad se entraman preguntas que son las señas de nuestra época: ¿cuál es el horizonte evolutivo que se abre a partir de las nuevas posibilidades técnicas en la esfera reproductiva? ¿Qué nuevas formas de interpretación del mundo y de lo humano se organizan a partir de estas nuevas posibilidades de intervención en el desarrollo de la vida? ¿Cuáles son las formas de control y administración de la vida que se incuban en este tiempo biotécnico?

Son los interrogantes que como telón de fondo y horizonte no podemos dejar de plantear aunque, todavía, no tengamos respuestas.

Bibliografía

BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós Básica, 1998.

BRAIDOTTI, Rosi, *Lo posthumano*, Barcelona, Gedisa, 2015.

COLLIN, Françoise, “Tiempo natal”, en revista *Letra*, N° 33, 1994.

HARAWAY, Donna, *Ciencia, Cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1995.

JONAS, Hans, *Técnica, medicina y ética*, Barcelona, Paidós, 1997.

SLOTERDIJK, Peter, *Normas para el parque humano*, Madrid, Siruela, 2000.

—————, *Experimentos con uno mismo*, Valencia, Pre-Textos, 2003.

TESTART, Jacques, *La procréation médicalisée*, París, Flammarion, 1993.

—————, *Au bazar du vivant*, París, Seuil, 2001.

El Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) en Argentina. Usos, ética y regulación al principio de la vida

Lucía Ariza*

Introducción

En 2013, luego de casi 30 años de existencia en un vacío legal, los tratamientos de reproducción asistida (en adelante, TRA) fueron regulados en Argentina bajo la Ley de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (en adelante, LRMA).¹ Se trató de una legislación esperada

* Doctora en Sociología por Goldsmiths, University of London. Investigadora invitada del Instituto de Investigaciones Gino Germani (Universidad de Buenos Aires) e investigadora de la Dirección de Análisis, Investigación y Monitoreo de la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual. Sus áreas de trabajo incluyen la relación entre salud, fertilidad y biotecnologías; entre género, sexualidad y medicinas alternativas; y entre medios audiovisuales y discursos sobre el bienestar. Sus perspectivas incluyen teoría feminista y *queer*; estudios sobre tecnociencia y relaciones humano-animal; sociología y antropología de la medicina; estudios sobre espiritualidad y Nueva Era; y teorías culturales de la comunicación.

1. Los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad se proveen en Argentina desde hace más de tres décadas. El primer nacimiento ocurrió aquí en 1986. El país fue uno de los primeros de la región en adaptar técnicas desarrolladas en países centrales. Argentina es el país de la región con una relación proporcional más alta entre cantidad de ciclos iniciados por cantidad de habitantes (348,8 ciclos cada millón de habitantes) seguida con bastante diferencia por Chile (211 ciclos) y Uruguay (150,3 por millón). Zegers-Hochschild, Fernando; Schwarze, *et al.*, “Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American Registry”, en *JBRA Assisted Reproduction*, Vol. 21, N° 3, 2017, pp. 164-175. En 2014, Argentina contribuyó con casi un cuarto (22,9%) del total de ciclos iniciados en la región, después de Brasil (41,6%) y antes de México (14,1%). Estos números dan cuenta de la preeminencia del campo reproductivo argentino en el ámbito latinoamericano, preeminencia que está sostenida también en la calidad de la formación de los profesionales y en el reconocimiento regional de sus equipos médicos. No existen registros ni datos para el caso del Diagnóstico Genético Preimplantatorio abordado en este capítulo. Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, en *La Ley*, 2013,

y demandada por grupos de pacientes y colectivos de la diversidad sexual² que otorgó orden y reglas claras a la provisión de tratamientos reproductivos. Además de ser uno de los pocos países latinoamericanos que poseen legislación en este tema, la Argentina se convirtió así en un caso especial dentro de la regulación internacional, al proponer un modelo de regulación centrado en las reglas de acceso antes que en las de provisión. En efecto, la LRMA legisló las técnicas de procreación artificial principalmente *a través de considerar su acceso un derecho*, y basándose en el paradigma de los Derechos Humanos, garantizó el derecho a la salud, a la reproducción, al goce del avance científico y a formar una familia,³ en el marco de una serie de ampliaciones de derechos que tuvieron lugar durante los tres gobiernos kirchneristas (2003-2015). El texto de la reglamentación indica efectivamente que

... en dicha ley prevalecen [...] los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud.

... la Ley N° 26.862 se fundamenta en *la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona*, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y, promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa. (El destacado es nuestro).

pp. 1-13; Straw, Cecilia; Petracci, Mónica, “Sistemas de salud, trayectorias recorridas en reproducción asistida y demandas al Estado: vinculaciones conflictivas para las mujeres de sectores populares del Área Metropolitana de Buenos Aires”, en *Eä Journal of Medical Humanities & Social Studies of Science and Technology*, Vol. 4, N° 1, 2012, pp. 1-28; Ariza, Lucía, “La regulación de las tecnologías reproductivas y genéticas en Argentina: análisis del debate parlamentario”, en *Cadernos Pagú*, N° 50, 2017, pp. 1-42.

2. Landeira, Florencia Paz, “Concepciones nativas alrededor de la comaternidad pos ‘Matrimonio Igualitario’”, ponencia presentada en XI Reunión de Antropología del Mercosur, Montevideo, celebrada del 30 de noviembre al 4 de diciembre de 2015 y Ariza, Lucía, “Cuerpos abstractos, riesgos concretos: dispositivos clínicos y la salud de las donantes de óvulos en la medicina reproductiva argentina”, en *Salud Colectiva*, Vol. 12, N° 3, 2016, pp. 361-382.

3. Ley N° 26962 Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, República Argentina, 2013. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm> (fecha de consulta: 15/02/2019); Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, “Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima sobre los preconceptos”, en *La Ley*, 2014, pp. 1-4.

Sin embargo, dado en parte este énfasis en el acceso como derecho, y dada la primacía de un pragmatismo político que preveía las dificultades de legislar sobre aspectos socialmente no consensuados, la ley no reguló sobre ciertos temas (investigación y diagnósticos genéticos del embrión, acceso a los TRA por parte de varones gays, derecho a la identidad genética, entre otros). Se trataba de elementos éticamente contenciosos, como en el caso del diagnóstico genético preimplantatorio (en adelante DGP, definido abajo), o de cierta complejidad institucional, como la creación de un registro central de donantes de gametos (óvulos y esperma), que fueron dejados de lado en pos de la aprobación de la ley. Pero dado el avance biotecnológico y la difusión de las TRA en sectores de distinta constitución sociodemográfica (principalmente luego de la sanción de la LRMA),⁴ la Argentina necesitará encarar en el futuro cercano la consideración social, ética y jurídica de los aspectos dejados fuera de la normativa sobre TRA sancionada y su reglamentación. A pesar del actual horizonte de retroceso en el proceso de ampliación de derechos que organiza la escena política argentina, las nuevas formas de ejercicio de la ciudadanía biológica,⁵ y la modalidad particular a partir de la cual esta

4. Hasta la sanción de la ley, casi todos los tratamientos de reproducción asistida se realizaban en clínicas privadas y a altos costos. La ley de 2013 *garantiza el derecho al acceso universal a las NTRG para toda persona que lo necesite y sin restricción por edad, orientación sexual o estado civil, obligando a la cobertura del tratamiento a las obras sociales, empresas de medicina privada y hospitales públicos*. Si bien la implementación de la ley en el ámbito de la salud pública está aún en proceso con algunas dificultades y limitaciones (Ariza, Lucía, “Factores que inciden en la provisión de tratamientos de reproducción asistida en un hospital público de CABA”, en *Revista Argentina de Salud Pública*, Vol. 9, N° 34, 2018, p. 28-34.), es dable esperar una progresiva mejora de estos aspectos.

5. Este concepto, propuesto por Rose y Novas, busca nombrar las situaciones en las cuales ciertas personas se agrupan en “colectividades biosociales” cuyos partícipes se reconocen sobre la base de una identidad biológica compartida. El término es utilizado para incluir todos los proyectos en los que las concepciones de ciudadanía se vinculan explícitamente con la existencia biológica de los seres humanos (sea en calidad de individualidades, colectividades, comunidades, especies, “razas”, etc.). La idea de ciudadanía biológica apunta a describir tanto las situaciones en las que las intervenciones estatales buscan “hacer” individuos, como aquellas en las que son los mismos individuos los que reconocen su ciudadanía principalmente a partir de la detentación de ciertos rasgos biológicos. Toda ciudadanía biológica se inscribe, según los autores, en un “régimen del yo” que describe una particularidad de la subjetividad contemporánea, y en la cual la previsión, anticipación y decisión son estrategias de la constitución de un yo responsable por la propia salud y bienestar. Rose, Nikolas;

ha sido garantizada, constituyen transformaciones culturales que permanecerán, a la vez que plantean zonas de incertidumbre ética y necesidades legales ligadas a innovaciones tecnológicas en el campo de las biotecnologías reproductivas y genéticas, como es la medicina regenerativa con células madre, que serán cada día más acuciantes.

El presente artículo busca brindar un mapa de los usos, ética y legalidad del DGP en Argentina, de cara a la producción de regulaciones y políticas que atienden a la reciente ampliación de nuevos derechos reproductivos, así como al veloz avance científico en estos ámbitos, de forma de promover un campo de reflexión académica sobre el tema e incentivar la transferencia de conocimiento social a los ámbitos legislativo y de generación de políticas públicas sobre la materia.

El Diagnóstico Genético Preimplantacional y sus formas de uso

Las Nuevas Tecnologías Reproductivas y Genéticas (en adelante, NTRG) comenzaron a ser utilizadas clínicamente a fines de los años 70. La primera bebé, Louise Brown, fue concebida en Inglaterra gracias a la asociación profesional del clínico Robert Edwards y el cirujano Patrick Steptoe. Su aplicación a la concepción *in vitro* fue el resultado del largo proceso de desarrollo biotecnológico de las “ciencias de la vida”, particularmente de la embriología durante el siglo XIX y de la biología molecular a lo largo del siglo XX.

El Diagnóstico Genético Preimplantacional es un desprendimiento de estos desarrollos. Se trata de una técnica biomolecular que se utiliza para conocer la constitución genética del embrión durante los tratamientos de reproducción asistida. Su aplicación permite diagnosticar si el embrión podría ocasionar una enfermedad de origen genético en la persona resultante.⁶ Típicamente, se realiza con el objetivo de

Novas, Carlos, “Biological Citizenship”, en Ong, Aihwa; Collier, Stephen (eds.), *Global Assemblages: Technology, Politics, and Ethics as Anthropological Problems*, Malden, Oxford, Blackwell Publishing, 2005, pp. 439-463.

6. El DGP permite identificar la presencia de translocaciones cromosómicas o alteraciones monogénicas (mutaciones en el ADN de un solo gen). Se conocen más de 4000 enfermedades monogénicas. Entre las que se testean de manera más frecuente están la fibrosis quística, la talasemia, y el síndrome de Tay-Sachs. También pueden detec-

seleccionar un embrión que no posea una alteración genética incompatible con la vida uterina o que ocasione una enfermedad genética.

El discurso oficial sobre el DGP indica por lo tanto, que este tiene como principal finalidad clínica la producción de un bebé sano.⁷ Pero esta aseveración observa matices a lo largo de las divisiones norte/sur y de aquellas que atienden a las diferencias en los sistemas público o privado de provisión de salud: en los países centrales, y especialmente en aquellos donde el acceso a las TRA se encuentra cubierto por el Estado, no suele ofrecerse o realizarse DGP a personas o parejas que no posean antecedentes de enfermedades genéticas. El caso es diferente en aquellos países donde la provisión de TRA es de corte privado y de impronta comercial: allí el DGP puede ofrecerse como un nuevo “tratamiento” para el caso de fallas reiteradas de implantación o abortos recurrentes. En estos casos, se busca seleccionar “el mejor embrión” según la información genética que se ha obtenido de este, y bajo la premisa de que un embrión no defectuoso no ocasionará aquellas fallas y abortos, considerados producto de embriones con mala constitución genética.

Lo anterior indica que el régimen de provisión (público, privado, mixto) de TRA en general y DGP en particular afecta las formas en las cuales se concibe la finalidad de este último: los esquemas de corte público tenderán a restringir el acceso y a caracterizarlo como un servicio orientado exclusivamente a personas ya afectadas (como portadoras o expresivas) por una dolencia genética, mientras que los esquemas de corte privado tenderán a ampliar el acceso (dentro del estrecho marco de quienes acceden a servicios médicos caros), expandiendo la definición de quiénes están en condiciones de beneficiarse con su uso. En este último caso, no serán ya (sólo) las personas que demuestran tener un antecedente familiar con enfermedades genéticas (porque ya han tenido descendencia afectada, o porque su cariotipo así lo indica), sino también aquellas que encuentran difícil concebir con ayuda médica, pero sin explicación de este fracaso recurrente, las que serán incluidas como potenciales beneficiarias.

tarse anomalías asociadas con ciertos tipos de cáncer. En Argentina, el DGP se provee actualmente en los principales centros de fertilidad de la Ciudad de Buenos Aires.

7. Franklin, Sarah; Roberts, Celia, *Born and Made: An Ethnography of Pre-Implantation Genetic Diagnosis*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2006.

Lo anterior tiene efectos para las maneras en las cuales se formaliza el acceso al DGP, y no simplemente sobre si el DGP será o no considerado un derecho en una futura enmienda de la legislación nacional existente, sino también sobre qué tipo de derecho dirá representar y quiénes son potencialmente sus beneficiarios/as. En Argentina la regulación sobre el tema ha seguido, antes que anticipar los usos que se hacen de la tecnología reproductiva, el hecho de que actualmente se provea DGP no sólo bajo el modelo minimalista (a parejas con antecedentes de enfermedades genéticas), sino también, y crecientemente, bajo el modelo maximalista (a parejas con fallas reproductivas recurrentes y sin un diagnóstico fehaciente) impactará de seguro en los contornos legales futuros del DGP. En este sentido, el análisis legal no puede estar escindido de las prácticas e incluso las “practicalidades” de la vida clínica del DGP.⁸

Ética del DGP

De acuerdo a lo dicho hasta aquí, el DGP es una técnica que potencialmente favorece y amplía las formas tradicionales y conocidas de ejercicio del derecho a la salud y los derechos reproductivos de las mujeres y las personas gestantes, en la medida que permite evitar transferencias embrionarias y embarazos en casos que tendrán un resultado negativo (como falla de implantación en el útero, abortos espontáneos o, incluso desde algunas perspectivas, el nacimiento de una persona con una enfermedad genética grave).⁹ En este sentido, el DGP permite prevenir lesiones a la salud física y psíquica de las mujeres o las personas gestantes, a la vez que promueve sus derechos reproductivos. El DGP entronca también con nuevos derechos de factura más reciente, como es el derecho a disfrutar del avance científico,¹⁰ así como el derecho a formar una familia, garantizados en la mencionada LRMA.

8. Mol, Annemarie, *The Body Multiple. Ontology in Medical Practice*, Durham y Londres, Duke University Press, 2002.

9. Bascuñán Rodríguez, Antonio, “La fecundación in vitro ante el derecho penal chileno”, en *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, Santiago, Universidad de Chile, 2013.

10. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima sobre los preconceptos”, *op. cit.*

Al mismo tiempo, el DGP presenta costados contenciosos. Por un lado, entre ciertos actores, por ejemplo, aquellos pertenecientes al arco católico, la técnica es rechazada dada precisamente la consideración del embrión no implantado como persona, y la oposición a la selección embrionaria y el descarte de embriones,¹¹ consustanciales a la implementación del DGP. Para ciertas asociaciones de pacientes y del activismo en el campo de la discapacidad y la diversidad funcional, la de-selección de embriones con genes compatibles con la vida y con el ejercicio de una vida saludable (como la sordera o el síndrome de Down) tiene un carácter discriminador hacia las personas que tienen o podrían potencialmente tener esas condiciones. En el campo del activismo *intersex*,¹² el DGP contra embriones *intersex* ha sido considerado frecuentemente una forma de eugenesia.¹³ Incluso dentro del campo médico reproductivo, la ausencia de una regulación y de reglas de juego claras, y el temor a la condena social favorecen en algunos casos actitudes de rechazo a todo uso del DGP.¹⁴ Los posicionamientos de estos actores contra el DGP obligan a considerar la reconfiguración de identidades de cara a la difusión de una tecnología innovadora y los alineamientos inesperados (por ejemplo, entre activistas católicos y militantes *intersex* y trans) que ello implica.

11. Esta concepción se encuentra asentada en distintos documentos católicos sobre temas de bioética, como la instrucción *Dignitas Personae*: “El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción”, Congregación para la Doctrina de la Fe *Dignitas Personae*. Disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html (fecha de consulta: 19/02/2019).

12. Se utiliza el término “intersex” para referir a una serie de diferencias corporales que varían respecto del promedio corporal femenino o masculino. Cabral, Mauro, “Presentación” en Cabral, Mauro (ed.), *Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en castellano*, Córdoba, Anarrés Editorial, 2009, pp. 5-11.

13. Orr, Celeste, “Eliminating Intersex Babies is Not a Legitimate Use of Genetic Embryo Testing”, *The Guardian*, 10/07/2015. Disponible en: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/jul/10/intersex-babies-genetic-embryo-testing> (fecha de consulta: 19/02/2019); Behrmann, Jason y Ravitsky, Vardit, “Queer Liberation, Not Elimination: Why Selecting Against Intersex is Not ‘Straight’ Forward” en *The American Journal of Bioethics*, N° 10, Vol. 13, 2013, pp. 39-59.

14. Según los datos relevados en mi investigación doctoral y conversaciones informales posteriores con médicos y otros actores del campo, en muchos centros existen médicos/as que rechazan la realización de DGP. En algunos centros reproductivos, la técnica directamente no se ofrece debido a las cuestiones señaladas.

A su vez, el DGP puede usarse con fines distintos a los de evitar los costos para la salud mental y física de una mujer o persona gestante. Puede comercializarse en extremo y proveerse “a demanda” de los pacientes y no para el caso de antecedentes de enfermedades genéticas, falla reiterada de implantación o abortos recurrentes; puede usarse como técnica de sexado (selección de un embrión de un determinado sexo) “social” (esto es, por razones no médicas);¹⁵ puede utilizarse como modo de seleccionar embriones que no tengan condiciones incompatibles con una vida plena y saludable (como las condiciones *intersex*, entre otras). También puede implementarse como forma de conseguir determinadas características de la progenie (altura, color de ojos); y como modo de conseguir células madre para tratar a hermanos con enfermedades genéticas y que podrían beneficiarse de un trasplante de estas células.¹⁶

Por último, pero no por ello menos importante, los aspectos ligados al estatus del embrión también configuran los bordes éticos del DGP. Así, es necesario considerar, por un lado, los fuertes vínculos que esta tecnología establece entre medicina reproductiva y medicina regenerativa,¹⁷ en la medida en que los embriones biopsiados y caracterizados como anómalos, enfermos o inviábiles pueden ser donados a la investigación,¹⁸ lo cual supone su manipulación, modificación y even-

15. De acuerdo a lo que se pudo establecer durante una investigación previa, en ocasiones el DGP se utiliza en Argentina para seleccionar embriones de determinado sexo por razones no médicas. El sexado por razones médicas se realiza cuando una determinada condición genética que se conoce poseen los progenitores se transmite a través de un sexo determinado. El sexado “social” se utiliza primeramente como forma de “balancear” la presencia de sexos en una determinada familia (lo que en inglés se conoce con el término *family balance*, utilizado para aludir a la búsqueda de equilibrio entre varones y mujeres).

16. Basset, Úrsula, “Un bebé ¿puede ser un medicamento? Reparos ético-jurídicos a un fallo que sienta buenos principios y deriva en malas conclusiones”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, suplemento del 10/06/2009, pp. 45-53. Disponible en: <https://docplayer.es/12288841-Un-bebe-puede-ser-un-medicamento-reparos-etico-juridicos-a-un-fallo-que-sienta-buenos-principios-y-deriva-en-malas-conclusiones.html> (fecha de consulta: 15/02/2019).

17. Las células madre embrionarias (hESC, por sus siglas en inglés) se cultivan *in vitro* y pueden ser utilizadas para terapias celulares de enfermedades degenerativas y para la investigación con embriones. Se alude a estas actividades con el término “medicina regenerativa”.

18. Resulta pertinente destacar que “Argentina es uno entre un número pequeño de países en desarrollo que están construyendo un mercado local competitivo para la medicina regenerativa y las soluciones para la salud en base a investigación con células

tual destrucción. Las ideas respecto de qué es un embrión no implantado y cuál es su estatus moral, impactarán de seguro en las formas que adquiera localmente la asociación entre medicina reproductiva y medicina regenerativa. Por otro lado, si no son donados a la investigación, los embriones diagnosticados con alguna alteración deben ser dispuestos de alguna manera: se los puede descartar, o criopreservar de manera de evitar el descarte.¹⁹ Cada una de estas decisiones supone la aplicación de consensos morales y éticos respecto del concepto de “embrión no implantado”; consensos a los que no se arriba fácilmente en una sociedad para nada consustanciada con la democratización del avance científico y la promoción del debate público sobre este.

Esto indica que los aspectos éticos son centrales en el desarrollo de esta técnica, y es imposible separarlos. La manera en que el estatus ético-moral del embrión sea configurada socialmente afectará las modalidades de implementación del DGP y la legislación vigente, lo que contrasta con una visión progresista de la ciencia que le adjudica un avance indeclinable sólo sostenido en las posibilidades técnicas del avance científico. Pero lo contrario es también cierto: las “practicalidades” a través de las que la técnica es provista (equipamiento tecnológico, recursos humanos, historia reproductiva de los/as pacientes, cantidad de embriones disponibles para testeo e implantación, información disponible sobre la anomalía detectada, etc.) afectan directamente las formas que adquiere la dimensión éti-

madre” (Harmon, S. H. E., “Emerging Technologies and Developing Countries: Stem Cell Research Regulation and Argentina”, en *Developing World Bioethics*, Vol. 8, N° 2, 2008, pp. 138-150). Aunque la mayoría de estos proyectos se han visto afectados por el actual retroceso en materia de derechos y financiamiento de la investigación llevados adelante durante la presidencia de Mauricio Macri, el escenario analizado por Harmon, donde Argentina es un jugador regional importante con aptitudes sustantivas para el desarrollo de un mercado local en base a medicina regenerativa, no ha quedado totalmente desactivado. Aran, Begonia *et al.*, “Vitrified Blastocysts from Preimplantation Genetic Diagnosis (PGD) as a Source for Human Embryonic Stem Cell (hESC) Derivation”, en *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, N° 29, 2012, pp. 1013-1020.

19. El destino de los embriones luego de la realización del DGP depende de los diferentes sistemas jurídicos de cada país. El Código de Ética de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER) indica que el “DGP implica la disposición de embriones considerados anormales por su constitución genética”, Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, *Código de Ética*, 2012, cap. 4. Disponible en: http://www.samer.org.ar/pdf/codigo_de_etica_de_reproduccion.pdf (fecha de consulta 19/02/2019).

ca de la implementación. No hay toma de decisiones éticas por fuera o al margen de las pequeñas practicidades, los arreglos sociotécnicos, la arquitectura del laboratorio o el conocimiento “técnico” de las y los embriólogos/os: la dimensión ética se encuentra profundamente imbricada en el quehacer material de la clínica reproductiva.

Aspectos jurídicos y legales

La LRMA de 2013 es parte de un conjunto de medidas legislativas de factura reciente en Argentina, que en el paradigma de los Derechos Humanos ha ampliado los derechos e incluido socialmente a minorías y grupos socialmente desfavorecidos y hasta hace poco relegados del sistema jurídico argentino.²⁰ Hasta antes de la sanción de la LRMA, el campo reproductivo local se autorregulaba sobre la base de sus propias normativas y a la adaptación de normas regionales e internacionales.²¹

20. Otras leyes que forman parte de esta transformación de paradigma son la Ley de Matrimonio Igualitario, la Ley de Identidad de Género, y el Nuevo Código Civil y Comercial. Herrera, Marisa y De la Torre, Natalia, “El derecho a la salud desde el derecho civil constitucionalizado: ¿un encuentro revolucionario, un cruce que se las trae o una perspectiva en construcción?”, en *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, 2013, pp. 373-404; Menin, Francisco, “La identidad de género como derecho humano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, N° 21, 2015, pp. 627-641; Farji Neer, Anahí, “Cuerpo, derechos y salud integral: Análisis de los debates parlamentarios de las leyes de Identidad de Género y Fertilización Asistida (Argentina, 2011-2013)”, en *Salud Colectiva*, Vol. 11, N° 3, 2015, pp. 351-363; Pecheny, Mario; Jones, Daniel y Ariza, Lucía, “Sexual Politics and Religious Actors in Argentina”, en *Religion & Gender*, Vol. 6, N° 2, 2016, pp. 205-225; Ariza, L., *The Normativity of Nature: Morality, Variability and Kinship in the Gamete Exchange*. Goldsmiths, Londres, 2013.

21. Esta es, precisamente, la situación que persiste con relación al uso del DGP. El mencionado Código de Ética de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva posee un apartado especial en relación con el DGP, donde se enuncian recomendaciones de carácter muy general: “Se debe evaluar con cuidado cualquier uso del diagnóstico genético preimplantacional [...] Hay que restringir el uso del DGP, y evitar su utilización en la prevención de problemas que no afectan seriamente la salud, o en la selección de género por razones no médicas [...] Es necesario buscar asesoramiento multidisciplinario en caso de seleccionar embriones para tejido histocompatible y convocar a un comité de ética para cada caso puntual [...] La selección de género es éticamente aceptable sólo para evitar la transmisión de enfermedades ligadas a los cromosomas sexuales”, Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, cap. 11, *op. cit.*

En Argentina, el DGP no está considerado, pero tampoco prohibido por la LRMA; tan sólo su cobertura no está garantizada.²² Su posible inclusión en una normativa futura está implícitamente considerada en la ley, en la medida en que esta indica que “podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”. Lo anterior supone que sería posible (y deseable) para el Ministerio de Salud (autoridad de aplicación) ampliar la cobertura médica del DGP.

Este vacío legislativo ha sido respondido legalmente con la presentación en 2014 (y luego nuevamente en 2017, después de que el primero perdiera estado parlamentario tras haber sido aprobado en la Cámara de Diputados) de un proyecto de regulación integral de las técnicas de reproducción asistida. Este incluyó muchos de los aspectos que habían quedado fuera de la LRMA. El proyecto contó con el apoyo de representantes de varias fuerzas políticas y buscó minimizar la persistente incertidumbre jurídica en materia de TRA, al proponer regular sobre cuestiones como un registro central de donantes, el máximo de nacidos vivos obtenido de un/a mismo/a donante, y la cobertura del DGP, entre otras. Al buscar legislar sobre el destino de los embriones (dentro de los que considera cuatro tipos: transferencias posteriores, donación a terceros para fines reproductivos, donación a la investigación o suspensión de la criopreservación), el proyecto hace propio lo establecido en el renombrado fallo del caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó que el embrión no implantado no tiene el estatus jurídico de persona.

Al mismo tiempo y desde el entramado de pacientes y operadores del derecho, la falta de definiciones de la LRMA sobre el DGP ha sido contestada a través de la apelación a la judicialización. Así, se ha presentado una serie de pedidos de amparo y acciones judiciales por parte de pacientes que demandan una respuesta legal en vistas de la ausencia normativa. Al respecto cabe destacar el caso “L., E. H. c/ O.S.E.P. s/ amparo”, entre

22. Vittola, Leonardo, “El diagnóstico genético preimplantacional desde la perspectiva jurisprudencial”, 2017. Disponible en: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/el-diagnostico-genetico-preimplantacional-desde-la-perspectiva-jurisprudencial> (fecha de consulta: 15/02/2019).

otros casos²³ presentados ante la justicia argentina para solicitar la cobertura del acceso a DGP con posterioridad a la sanción de la LRMA.²⁴ Los fundamentos legales de la solicitud de cobertura radican en el derecho fundamental y humano de acceso a las Nuevas Tecnologías Reproductivas y Genéticas consagrado en la Ley N° 26862 y su reglamentación; en el estatuto jurídico del embrión no implantado, entendido como no persona sobre la base de la interpretación del Código Civil y Comercial; en la desigualdad que genera el rechazo de su cobertura contra quienes no pueden afrontar los costos económicos de su realización. En particular, la presentación ante la Corte IDH y anteriores se basa en el mencionado fallo de la Corte IDH, cuyo argumento contrario había sido ofrecido por las Cortes provinciales para el rechazo de la cobertura.²⁵

Lo anterior es una muestra de la disputa que se está librando *actualmente* en torno a la cobertura del DGP en Argentina, con implicancia internacional (dada la falta de claridad de la LRMA sobre este punto, y la falta de inclusión de la técnica por parte del Ministerio de Salud –autoridad de aplicación– dentro de las prestaciones contempladas). La judicialización de la cobertura del DGP como parte de los derechos universales garantizados en la Ley de Acceso Integral a la Reproducción Asistida es prueba de la demanda por una definición legal

23. Información actualizada a julio de 2016, y compilada sobre la base de jurisprudencia publicada en revistas jurídicas y páginas de Internet (Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales (IIJS) “Dr. A. Gioja”, Facultad de Derecho, UBA, sin publicar). Agradezco a Marisa Herrera la generosa socialización de esta información.

24. El mencionado caso se encuentra actualmente en consideración bajo la CIDH, luego de instancias en cortes judiciales de la provincia de Mendoza (incluida la Corte Suprema de Justicia de dicha provincia, IIJS: 2016).

25. Al respecto cabe señalar que, al suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual resulta de aplicación obligatoria ya que forma parte de lo que se denomina “bloque de constitucionalidad” (art. 75 inc. 22, CN), la Argentina ha asumido obligaciones en el ámbito internacional, viéndose obligada a seguir la interpretación de CIDH. Esta cuestión fue señalada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso “Mazzeo” (13/07/2007): “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH lo cual importa una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, Vittola, Leonardo, “El diagnóstico genético preimplantacional desde la perspectiva jurisprudencial”, *op. cit.*

de la situación de acceso al DGP. Como resultado de estas acciones, sin embargo, la jurisprudencia nacional se ha mostrado en contra.²⁶

La disputa legal en torno a la cobertura del DGP que está potencialmente, aunque no explícitamente, garantizada en los derechos consagrados en la LRMA también es una muestra del punto hasta el cual este debate está modelado por la comprensión social y jurídica del estatus del embrión no implantado. Se trata desde luego de la cuestión central a definir en el marco del avance de las Nuevas Tecnologías Reproductivas y Genéticas. Dada la falta de consenso científico, social y religioso sobre el tema, es útil considerar los avances jurídicos.²⁷ Si bien el consenso en este terreno no es completo (como lo muestra el posicionamiento dispar de la jurisprudencia), se han realizado avances sustantivos hacia una definición jurídica del embrión no implantado. El más fundamental de estos es el mencionado caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, resuelto en 2012 y en el cual la voz jurídica más autorizada de la región, y cuyas conclusiones son, como se dijo, obligatorias para los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos,²⁸ entendió que el embrión no puede ser considerado persona.²⁹ Sin embargo, y como se mostró en el apartado anterior, incluso habiéndose establecido la naturaleza jurídica del embrión como no persona a través de la sentencia de la CIDH y de las acciones y definiciones jurídicas en el sistema legal argentino, el DGP posee un carácter contencioso entre ciertos actores o para ciertos usos.

Esto indica que para que el DGP pueda realizar su auténtico valor de instrumento de los nuevos derechos garantizados en la LRMA, es necesario producir consensos profundos entre amplios actores con intereses en la temática, incluyendo asociaciones de pacientes, médicas/os,

26. Vittola, Leonardo, *ídem*.

27. Lamm, Eleonora, “El comienzo de la personalidad jurídica en el nuevo CCYC. Status, alcance y protección del embrión *in vitro*”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 3, 2016, pp. 45-85.

28. Entre los cuales se encuentra Argentina, otorgándole además estatus constitucional a la Convención. Lamm, Eleonora, *ídem*.

29. Asimismo, existe jurisprudencia y normativas legales nacionales que en conjunto garantizan que en el sistema legal argentino el embrión no sea considerado persona, aunque sí objeto de una consideración especial. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, en *La Ley*, 2012, pp. 1-4.

biólogas/os, legisladoras/os, expertas/os, académicas/os. Tales consensos otorgan carnadura al desarrollo jurídico y legislativo que garantiza los derechos, posibilitando su ejercicio efectivo. Tales consensos, plasmados en protocolos, guías de acción y recomendaciones, quitan incertidumbre a la práctica médica y otorgan reglas claras al sistema de usuarias/os, proveedores y la sociedad en su conjunto. De otra forma, el silencio legislativo y normativo sobre derechos implícitos (al DGP) en los ya consagrados (acceso a la reproducción asistida) limita el alcance de estos últimos, poniendo en riesgo su pleno ejercicio. La persistencia de situaciones de indefinición e incertidumbre (evidentes en la necesidad de judicializar el acceso al DGP, o en la ponderación individual o institucional de en qué casos se permite o no su aplicación) limita el ejercicio de la ciudadanía reproductiva a la discreción médica individual o institucional, quitando consistencia al ejercicio del derecho en sus diversos ámbitos de aplicación. Así, también, la falta de datos relativos a las condiciones de provisión del DGP (clínicas, casos, costos), que es consecuencia de la indefinición legal, complican las decisiones políticas que se tomen al respecto. Por último, el vínculo dado entre DGP y medicina regenerativa y el debate en torno a células madre indican que se trata de un *campo que demanda una regulación y un conocimiento y debate social profundo*, dado el veloz avance científico, el desarrollo y provisión de estas técnicas en el país, y la ausencia total de legislación argentina sobre estas materias, lo que genera situaciones de desigualdad en el acceso.

Bibliografía

ARAN, Begonia / SOLE, Miguel / RODRÍGUEZ-PIZÁ, Ignasi *et al.*, “Vitrified Blastocysts from Preimplantation Genetic Diagnosis (PGD) as a Source for Human Embryonic Stem Cell (hESC) Derivation”, en *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, N° 29, 2012.

ARIZA, Lucía, *The Normativity of Nature: Morality, Variability and Kinship in the Gamete Exchange*, Goldsmiths, Universidad de Londres, 2013.

_____, “Cuerpos abstractos, riesgos concretos. Dispositivos sociotécnicos y la salud de las donantes de óvulos en la clínica de fertilidad argentina”, en *Salud colectiva*, Vol. 12, N° 3, 2016.

_____, “Factores que inciden en la provisión de tratamientos de reproducción asistida en un hospital público de CABA”, en *Revista Argentina de Salud Pública*, Vol. 9, N° 34, 2018.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “La fecundación in vitro ante el derecho penal chileno”, en *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, Santiago, Universidad de Chile, 2013.

BASSET, Úrsula, “Un bebe ¿puede ser un medicamento? Reparos ético-jurídicos a un fallo que sienta buenos principios y deriva en malas conclusiones”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 10 de junio de 2009. Disponible en: <https://docplayer.es/12288841-Un-bebe-puede-ser-un-medicamento-reparos-etico-juridicos-a-un-fallo-que-sienta-buenos-principios-y-deriva-en-malas-conclusiones.html>

BEHRMANN, Jason / RAVITSKY, Vardit, “Queer Liberation, Not Elimination: Why Selecting Against Intersex is Not ‘Straight’ Forward”, en *The American Journal of Bioethics*, Vol. 13, N° 10, 2013.

CABRAL, Mauro, “Presentación” en Cabral, M. (Ed.), *Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en castellano*, Córdoba, Anarrés Editorial, 2009.

CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Dignitas Personae*. Disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html

FARJI NEER, Anahí, “Cuerpo, derechos y salud integral: Análisis de los debates parlamentarios de las leyes de Identidad de Género y Fertilización Asistida (Argentina, 2011-2013)”, en *Salud Colectiva*, Vol. 11, N° 3, 2015.

FRANKLIN, Sarah / ROBERTS, Celia, *Born and Made: An Ethnography of Pre-Implantation Genetic Diagnosis*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2006.

HARMON, Shawn H. E., “Emerging Technologies and Developing Countries: Stem Cell Research Regulation and Argentina”, en *Developing World Bioethics*, Vol. 8, N° 2, 2008.

HERRERA, Marisa / LAMM, Eleonora, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, en *La Ley*, 2013.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída / HERRERA, Marisa / LAMM, Eleonora, “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, en *La Ley*, 2012.

_____, “Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima sobre los prejuicios”, en *La Ley*, 2014.

LAMM, Eleonora, “El comienzo de la personalidad jurídica en el nuevo CCYC. Status, alcance y protección del embrión *in vitro*” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 3, 2016.

LANDEIRA, Florencia Paz, “Concepciones nativas alrededor de la maternidad pos ‘Matrimonio Igualitario’”, ponencia presentada en la XI Reunión de Antropología del Mercosur, Montevideo, celebrada desde el 30/11/2015 al 04/12/2015.

Ley N° 26962 Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, República Argentina, 2013. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

MENIN, Francisco, “La identidad de género como derecho humano” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, N° 21, 2015.

MOL, Annemarie, *The Body Multiple. Ontology in Medical Practice*, Durham y Londres, Duke University Press, 2002.

PECHENY, Mario / JONES, Daniel / ARIZA, Lucía, “Sexual Politics and Religious Actors in Argentina”, en *Religion & Gender*, Vol. 6, N° 2, 2016.

ROSE, Nikolas / NOVAS, Carlos, “Biological Citizenship”, en Ong, Aihwa y Collier, Stephen (eds.), *Global Assemblages: Technology, Politics, and Ethics as Anthropological Problems*, Malden, Oxford, Blackwell Publishing, 2005.

SOCIEDAD ARGENTINA DE MEDICINA REPRODUCTIVA, *Código de Ética*, 2012. Disponible en: http://www.samer.org.ar/pdf/codigo_de_etica_de_reproduccion.pdf

STRAW, Cecilia / PETRACCI, Mónica, “Sistemas de salud, trayectorias recorridas en reproducción asistida y demandas al Estado: vinculaciones conflictivas para las mujeres de sectores populares del Área Metropolitana de Buenos Aires”, en *Eä Journal of Medical Humanities & Social Studies of Science and Technology*, Vol. 4, N° 1, 2012.

VITTOLA, Leonardo, “El diagnóstico genético preimplantacional desde la perspectiva jurisprudencial”, 2017. Disponible en: [http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/el-diagnostico\)-genetico-preimplantacional-desde-la-perspectiva-jurisprudencial](http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/el-diagnostico)-genetico-preimplantacional-desde-la-perspectiva-jurisprudencial)

ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando / SCHWARZE, Juan Enrique, *et al.*, “Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American Registry”, en *JBRA Assisted Reproduction*, Vol. 21, N° 3, 2017.

Capítulo 5

Debates en torno al aborto

Qué nos dice el debate sobre aborto en 2018 sobre la clase política y el espacio público en la Argentina

Mirna Lucaccini,^{*} Luca Zaidan^{**} y Mario Pecheny^{***}

Introducción

El 8 de marzo de 1984, primer Día Internacional de la Mujer desde el advenimiento de la democracia en 1983, una multitud de mujeres provenientes de distintas clases, barrios, grupos sociales y partidos políticos se concentraron en la Plaza de los Dos Congresos para marchar hacia la Plaza de Mayo. Entre los variados carteles que expresaban las demandas del feminismo argentino de aquella época, se destacó uno: “No a la maternidad, sí al placer”. Lo sostenía la feminista María Elena Oddone, quien, separándose de la muchedumbre, subió uno a uno los peldaños del Monumento a los Dos Congresos con la pancarta en alto.¹

A inicios de la década de 1990, Florentina Gómez Miranda, diputada nacional por la UCR, infructuosamente planteó debatir la no punibilidad del aborto en caso de violación, pero la clase política no discutía

* Estudiante de la Licenciatura en Ciencia Política de la Universidad de Buenos Aires. Integrante del proyecto UBACYT “Las escenas de espera y el poder de hacer esperar. Un estudio de tres ámbitos de la vida social: salud, dinero y amor”, dirigido por el Dr. Mario Pecheny. Su área de interés es géneros y sexualidades.

** Estudiante de la Licenciatura en Ciencia Política de la Universidad de Buenos Aires. Integrante del proyecto UBACYT “Las escenas de espera y el poder de hacer esperar. Un estudio de tres ámbitos de la vida social: salud, dinero y amor”, dirigido por el Dr. Mario Pecheny. Su interés se ubica en las áreas de teoría política contemporánea y de géneros y sexualidades.

*** Doctor en Ciencia Política por la Université de Paris III. Profesor Titular Regular de la Universidad de Buenos Aires. Investigador principal del CONICET en el Instituto de Investigaciones Gino Germani (Universidad de Buenos Aires). Trabaja sobre derechos y política en materia de salud, género y sexualidad.

1. Bellucci, Mabel, “Con la democracia se come, se cura, se educa, pero no se aborta”, en *Página/12*. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-6968-2012-01-03.html> (fecha de consulta: 19/02/2019).

sobre aborto. Debieron pasar más de diez años de democracia para que la clase política argentina en pleno discutiera sobre aborto, aunque con propuestas a contramano de las exigencias de las mujeres. En 1994, el entonces presidente Carlos Menem, en el marco de la convocatoria para la realización de la Convención Nacional Constituyente, planteó incorporar a la Constitución un artículo que contemplara el derecho a la vida desde la concepción. La oposición del movimiento de mujeres y las mujeres en el seno de la asamblea detuvieron su inclusión.² Paralelamente, en estos años, movimientos sociales y organizaciones de mujeres y feministas fueron creciendo en todo el país.

El 6 de marzo de 2018 se presentó, por séptima vez consecutiva en la Cámara de Diputados de la Nación, el Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), redactado por la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito (en adelante, la Campaña), que –compuesta por distintas organizaciones partidarias y no partidarias– desde 2005 aboga articuladamente por la despenalización y la legalización de los abortos en Argentina. Por primera vez, el proyecto fue tratado y discutido en el Congreso de la Nación, acompañado por la firma de 71 diputadas y diputados a lo largo del arco político, el mayor número en su historia.

Hasta el día de hoy, el artículo 86 del Código Penal Argentino –legislación vigente desde 1921– estipula penas para las mujeres que practican abortos y para quienes los llevan adelante. Contempla dos excepciones: cuando los abortos se realizaron “con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios” y “si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”. Ambas causales, y especialmente la segunda, habilitan interpretaciones ambiguas sobre su aplicación, que han propiciado distintas discusiones a lo largo de los años. No fue sino hasta 2012 que se disiparon las incertidumbres, cuando la Corte Supre-

2. Pecheny, Mario, “Yo no soy progre, soy peronista. ¿Por qué es tan difícil discutir políticamente sobre aborto?”, en Cáceres, Carlos; Careaga, Gloria; Frasca, Timothy; Pecheny, Mario (comps.), *Sexualidad, estigma y derechos humanos: desafíos para el acceso a la salud en América Latina*, Lima, Universidad Peruana Cayetano Heredia, 2006, p. 3.

ma de Justicia se expidió en la causa “F.A.L.”.³ Dicho fallo determinó que la segunda excepción debía ser interpretada como el derecho de toda mujer a interrumpir su embarazo producto de una violación, no sólo de aquellas impedidas mentalmente, y que las excepciones que hacen al aborto no punible no necesitan de autorización judicial. Este precedente permitió disminuir obstáculos de índole burocrático implicados en la solicitud para la realización de un aborto y promovió la implementación de protocolos para la correcta atención de abortos no punibles, con el fin de eliminar barreras administrativas y establecer los procedimientos adecuados.

Así como el caso “F.A.L.” permite esclarecer sobre todo la causal de violación, desde el Ministerio de Salud de la Nación, el “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo” aclara el significado de salud presente en el artículo 86 del Código Penal siguiendo la definición de salud de la Organización Mundial de la Salud (OMS): “el completo estado de bienestar físico, psíquico y social, y no solamente la ausencia de enfermedades o afecciones”. Esta es la definición con la que ha de interpretarse el mencionado artículo cuando debe certificarse el “peligro para la salud”. La noción integral de salud permite ampliar la posibilidad de realizar una interrupción legal del embarazo (ILE) en casos en que el riesgo o afectación de la salud es mental o social también y no sólo física.

Tratamiento del proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE)

En 2018, antes de su tratamiento en sesión legislativa, el proyecto comenzó a debatirse en audiencias públicas, en un plenario de distintas comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación (de Legislación Penal, de Legislación General, de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, y Acción Social y Salud Pública). Este proceso deliberativo y participativo es poco frecuente en la práctica del Poder Legislativo nacional. También es poco frecuente la presentación de un proyecto acerca del cual la opinión pública polarizada tenga tanto para decir. En la discu-

3. CSJN, Fallos: 335:197.

sión, el aborto aparece como una cuestión en la que se ponen en juego los valores de las personas (muchos anclados en instituciones):

El aborto se caracteriza por ser un asunto en el que están implicados los principios más básicos de los individuos. La discusión gira en torno a algo tan esencial como es el alcance de la vida humana. Es una cuestión sobre la que hay un desacuerdo profundo.⁴

En este desacuerdo profundo, irreconciliable, se manifiestan las tensiones propias de las democracias modernas. Nos referimos a la democracia liberal, régimen político e institucional de pretensión racionalista y universal, consolidado y hegemónico desde la “revolución democrática”, tras la cual el poder político debe ser ejercido por el pueblo, pero mediado por instituciones representativas y matizado por un discurso liberal cuyos pilares fundamentales son la defensa de la libertad individual y de los derechos humanos.⁵

Desde el 10 de abril de 2018, presentaron sus argumentos 690 expositoras y expositores, tanto a favor como en contra del proyecto, en el plenario de comisiones de Diputados. Quienes expusieron fueron en su gran mayoría mujeres y varones cis, entre quienes se encontraban profesionales de la medicina y del derecho, personajes de la cultura (fue relevante la presencia del colectivo de actrices), estudiantes secundarias y universitarias, escritoras, periodistas, filósofas/os, científicas/os e investigadoras/es de distintas áreas, representantes de la Iglesia Católica y de la Iglesia Evangélica y sindicalistas, entre otros. También participó una pequeña minoría de personas trans, de diversos perfiles.

Tal diversidad, que se cristalizó en la heterogénea naturaleza de los argumentos expuestos, nos permite preguntar ¿todos ellos deben ser valorados del mismo modo?, ¿todos los “datos” son igualmente válidos?, ¿son los límites de la argumentación democrático-liberal tan laxos como para permitir que las decisiones públicas estén basadas en datos y razonamientos de cualquier orden? Una de las expositoras, la abogada Natalia Volosin, nos lleva a creer que no:

Tienen ustedes el deber de discriminar [...] qué argumentos cuentan, porque constituyen razones públicas, y qué argumentos no cuentan,

4. Barreiro, Belén, *Democracia y conflicto moral: la política del aborto en España e Italia*, Madrid, Istmo, 2000, p. 11.

5. Mouffe, Chantal, *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 20.

porque están basados en prejuicios, en gustos personales, en reacciones emocionales. Tampoco es un argumento de los que cuentan una proposición que no resiste un mínimo test de evidencia [...]. Sus creencias personales, sean religiosas o morales, no interesan en este debate, no son relevantes. Su deber en una democracia constitucional [...] es dar razones públicas (17 de abril de 2018; a favor).

En el mismo sentido, el biólogo y doctor en ciencias químicas Alberto Kornblihtt fundamentó la necesidad de legislar a partir de datos comprobables y razones públicas, esta vez con una base científica:

Para la biología un embrión es un embrión, no es un ser humano [...], y por lo tanto no sería un crimen interrumpir el embarazo prematuramente. [...] Pido a aquellos que tienen convicciones filosóficas o religiosas respecto de lo que llaman “comienzo de la vida humana” que respeten la racionalidad de otros argumentos y que diferencien evidencia de dogma y hechos de creencias, porque no hay un absoluto y los legisladores deben legislar para todos (31 de mayo de 2018; expuso a favor).

Cada martes y jueves, las audiencias encontraron su correlato en las calles de Buenos Aires y en las del resto del país. Miles de personas se congregaron semana tras semana frente a las puertas del Congreso –así como en plazas, universidades y otros establecimientos públicos– llevando sus pañuelos verdes, reclamando y exclamando que *sea ley*.

En medio de este clima en el que se respiraba la posibilidad de concreción de algo que hasta hacía poco tiempo parecía imposible, el proyecto presentado por la Campaña llegó a tratarse en el recinto. Con una plaza dividida en dos –de un lado quienes exigían el derecho al aborto, del otro quienes lo rechazaban– se inició la histórica sesión de 22 horas que abrió paso a la media sanción del proyecto de IVE. A las 10 de la mañana del 14 de junio, después de una noche en la que miles soportaron en vela el frío del húmedo invierno porteño, el resultado de la votación resonó en las calles: 129 votos a favor, 125 en contra y una abstención. Los gritos de victoria sólo fueron ahogados por las lágrimas y los abrazos de las personas –desde niñas y adolescentes que lucían brillos verdes y violetas sobre sus rostros, hasta las “viejas” luchadoras que habían visto pasar sus vidas sin el pleno reconocimiento de su autonomía– que se encontraron en una gran *ola verde*, capaz de sacudir el sistema político argentino.

El tratamiento en el Senado contó con la misma dinámica de exposiciones en audiencias públicas –esta vez, con una convocatoria de 143 especialistas– pero las condiciones no fueron iguales. La media sanción en Diputados se tradujo en una amenaza real y bastante inesperada para quienes se oponían al proyecto, que promovieron más prácticas masivas y organizadas que las previas al debate en Diputados, no sólo en términos de concentraciones y marchas, sino también en presiones y advertencias con el fin de intimidar a las y los legisladores que no habían definido una posición. En ambos casos, fue relevante la alianza entre católicos y pentecostales. “Es una estrategia civilizatoria, no es sólo contra el aborto, si bien se articuló contra los feminismos y las disidencias sexuales, sino que es contra todo aquello que rompe lo que ellos suponen el orden natural de las cosas”.⁶ A la par, surgió entre algunos grupos a favor de la legalización del aborto la consigna “Separación de la Iglesia del Estado”, como respuesta a la contraofensiva de los grupos religiosos. La polarización entre quienes estaban a favor y quienes estaban en contra se hizo más evidente a medida que se acercaba la fecha del debate en el Senado.

Para el 8 de agosto, día de la sesión en la Cámara Alta, la Dirección de Seguridad y Control determinó medidas restrictivas para el ingreso al recinto, al punto de negarle el ingreso a Nora Cortiñas, Madre de Plaza de Mayo Línea Fundadora e icónica referente de Derechos Humanos, así como la obligatoriedad de identificación previa y permanente de los presentes.

Unos minutos antes de las tres de la madrugada del 9 de agosto, en un desenlace a esa altura previsible, el Senado rechazó la iniciativa con 38 votos en contra, 31 a favor, 2 abstenciones y 2 ausentes. Lo último que se oyó en el recinto fueron las pocas palabras de la conservadora vicepresidenta de la nación Gabriela Michetti, a cargo de la sesión, captadas por un micrófono aún encendido: “¡Vamos todavía, vamos!”. Esta vez, el cielo fue atravesado por fuegos artificiales y gritos de festejo provenientes del lado celeste –color con el que se identificaron los grupos que rechazaban la iniciativa–, mientras se destacaba entre la multitud una pancarta que rezaba “Cristo vence”.

6. Gutiérrez, María Alicia, “Antiderechos: qué hay detrás de la trama celeste”, entrevistada por Blas Martín, en *Corriendo la Voz*, 30/09/2018. Disponible en: <http://corriendolavoz.com.ar/antiderechos-que-hay-detras-de-la-trama-celeste/> (fecha de consulta: 19/02/2019).

Argumentos

Los argumentos esgrimidos por los legisladores y legisladoras en ambas Cámaras, a favor y en contra de la legalización del aborto, suponen una multiplicidad de enfoques que pueden clasificarse en diferentes órdenes.⁷

Orden jurídico constitucional

Estos argumentos refieren a la constitucionalidad del proyecto de ley, al papel que la ley debe adoptar en el Estado de derecho y a cómo se inscribe el proyecto en la legislación vigente. La puesta en cuestión del carácter constitucional de la ley fue un hecho repetido en las intervenciones en Diputados y aun más en Senadores:

... el proyecto es claramente violatorio de la Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales suscritos por nuestro país e incorporados a nuestro derecho con jerarquía constitucional. También lo es de las normas legales sancionadas en el contexto de una vasta tradición jurídica ligada a una interpretación única y compartida que hoy se pretende poner en dudas. No voy a ahondar aquí, porque ya hemos escuchado largamente sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Constitución Nacional, el Código Civil, que reconocen a la persona por nacer como sujeto de derecho, y todas las normas que con toda claridad podemos resumir en una sola frase: el reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción [...]. No puedo dejar de señalar, [...] en lo que refiere a los marcos normativos sobre los temas de salud, que son facultades que las provincias no han delegado a la Nación. Prueba de ello es que todas las leyes que refieren a cuestiones de esta materia llevan siempre una norma invitando a las provincias a adherir a la ley (Senador Mario Fiad; bloque: UCR-Cambiemos; distrito: Jujuy; voto en contra).

La contradicción entre los Tratados Internacionales, especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la legalización del aborto fue un argumento recurrente en los alegatos de los senadores, al citar el artículo 4, inciso 1 de este tratado, que dice que

7. Las citas fueron extraídas del Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación y del Diario de Sesiones del Senado del 13 de junio y el 8 de agosto, respectivamente.

“toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (aunque justamente la expresión “y, en general” remite a que Estados americanos que incluyen en su legislación el aborto legal o la pena de muerte puedan suscribir la Convención). También se acusó reiteradas veces al proyecto de vulnerar la autonomía de las provincias por pretender que la Nación lleve adelante una política de salud que debería diseñar cada Estado provincial.

La insistencia por parte de algunos de los legisladores que se oponían al proyecto en interpretar rígidamente y fuera de contexto la letra de los Tratados fue puesta en cuestión en el mismo recinto. Desde el lado favorable, se utilizaron argumentos jurídicos para sostener la constitucionalidad de la ley, ya sea apelando al fallo “F.A.L.” o explicando el principio de proporcionalidad, que admite priorizar razonablemente un derecho sobre otro en el momento en el que entran en colisión.

... el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación de la Mujer, desde 1996 le exigen a la Argentina que revise la legislación criminalizadora del aborto para evitar muerte de mujeres o daños permanentes en su salud. [...] Incluso, [...] fue nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “F.A.L.” la que interpretó cuál era la obligación del Estado argentino respecto de estas recomendaciones [...]. Pero también quiero referirme a un tratado del que se hablado mucho acá, que es el de la Convención Interamericana de Derechos Humanos –artículo 4.1–, donde dice que se protege en general la vida. Este artículo ha sido interpretado minuciosamente por la Corte Interamericana de Justicia, una Corte a la cual nosotros hemos ingresado como el marco jurídico internacional de derechos humanos de la Argentina. En el fallo “Artavia Murillo” dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en 2012, que “en general” significa que la protección del derecho a la vida no es absoluta, sino que es gradual e incremental, según su desarrollo. Creo que con esto el principio de proporcionalidad [...] que cuando hay un conflicto entre dos intereses, entre dos derechos –uno es el derecho desde la concepción–; cuando ese derecho a la vida desde la concepción entra en colisión con el derecho de la mujer a su salud, la legislación tiene que priorizar uno o el otro. Y es lo que estamos haciendo nosotros tratando acá una regulación de la interrupción voluntaria del embarazo (senadora Anabel Fernández Sagasti; bloque: FPV-PJ; distrito: Mendoza; voto a favor).

Orden sanitario

En segundo lugar, identificamos aquellos argumentos relacionados con la salud individual de la mujer o persona gestante y de la salud pública en general. Se repitió en el recinto durante ambos debates que el centro de la discusión no era aborto sí o aborto no, sino que la decisión oscilaba entre aborto legal o aborto clandestino. Cientos de miles de mujeres –y otros cuerpos gestantes– abortan todos los años en nuestro país y en el mundo, pero las consecuencias para la salud las pagan quienes son más vulnerables, quienes pertenecen a las franjas socioeconómicas más bajas.

Se estiman entre 370.000 y 520.000 abortos por año en la Argentina. Entre 44.000 y 53.000 egresos hospitalarios anuales por aborto con complicaciones: el 70% de ellos corresponde a abortos practicados en condiciones inseguras. Más de 3.000 muertes por abortos inseguros desde la vuelta de la democracia. [...] la IVE es un problema de salud pública porque produce muertes, morbilidad evitable en mujeres jóvenes, sanas, en mujeres pobres obviamente... (senador Pedro Guastavino; bloque: Justicialista; distrito: Entre Ríos; voto a favor).

Entre quienes se opusieron al proyecto, el argumento principal en términos de salud pública fue el de contraponer hipócritamente el aborto legal a la educación sexual y a las políticas de prevención del embarazo y de las infecciones de transmisión sexual, como si estas políticas fueran capaces de evitar todos los embarazos no intencionales o de disuadir de interrumpir la gestación a quien, sopesando sus razones, no puede o no quiere tener un/a hija/o en ese momento. Decimos que la contraposición es “hipócrita” porque a lo largo de décadas, el sector antiderechos se ha opuesto a las políticas en materia de anti-concepción y educación sexual, y lo ha vuelto a hacer inmediatamente después del proceso que estamos describiendo.

Contra esta falsa dicotomía, hubo manifestaciones categóricas:

Que implementemos una política agresiva en materia de educación sexual [...], de ninguna manera puede justificar que el Estado les siga cerrando las puertas del sistema de Salud a las mujeres que están tomando la difícil decisión de avanzar o de no avanzar frente a un embarazo no deseado. ¡No puede ser, de ninguna manera! ¡Es una contradicción mayúscula! No podemos

proponer, como solución frente a las muertes por abortos clandestinos, cerrar el sistema, dejarlo cerrado. Queremos todos salvar las dos vidas y no estamos salvando ninguna. ¡Todos sabemos que se trata de muertes evitables! ¡No podemos esperar ni un minuto más! (senadora Gladys González; bloque: PRO-Cambiemos; distrito: Buenos Aires; voto a favor).

Orden ético

En tercer lugar, observamos argumentos de orden ético, que son los que más se escucharon en ambas cámaras durante el tratamiento del proyecto. La discusión en torno al momento en que inicia la vida y el derecho a la vida, la contraposición entre el derecho de la mujer/persona gestante y el del embrión o feto, etc. Las referencias religiosas católicas fueron mencionados repetidas veces desde las intervenciones previas en las audiencias, hasta en el debate en ambas Cámaras. En algunos casos los argumentos se han planteado de manera razonada y razonable, en otros parecían chicanas que apelan a la ética sólo para presentar imágenes inmediatamente perceptibles desde una emoción irreflexiva.

Soy de las que creen en el derecho a la vida, inalienable. De las que no se resignan buscando atajos, señora presidente. De las que creen que la igualdad implica crear las bases necesarias para que todos los argentinos nazcan [...]. Duele cuando pensamos que quieren, ahora, plasmar una nueva forma de discriminación: discriminar a las personas por deseadas o no deseadas, y a estas últimas querer quitarles todos los derechos ¡hasta el derecho a la vida, señora presidente, el derecho a la vida! (senadora Silvia Elías de Pérez, bloque: UCR-Cambiemos; distrito: Tucumán; voto en contra).

Yo soy protectora de animales y seguramente muchos de ustedes tendrán en su casa mascotas. ¿Qué pasa cuando nuestra perrita se queda embarazada? No la llevamos al veterinario a que aborte. Lamentamos, “uh”, pero inmediatamente salimos a buscar a quién regalarle los perritos (diputada Estela Mercedes Regidor Belledone; bloque: UCR-Cambiemos; distrito: Corrientes; voto en contra).

... acuérdense que los marsupiales terminan su desarrollo fuera del seno materno o de la hembra. Se arrastran y terminan mamando en una bolsa de marsupio durante meses hasta que terminan su desarrollo. Yo me pregunto, si tuviésemos el mismo sistema y los bebés de 10 o 15 centímetros estuvieran prendidos a las tetas de sus madres cuando llegue el momento del aborto, ¿sería tan fácil tomarlos y tirarlos a la basura como

pretenden algunos dentro de este recinto?! (diputado Martín Grande, bloque: PRO-Cambiemos; distrito: Córdoba; voto en contra).

La vida se convierte en un significante a partir del cual es posible desde asemejar la vida animal a la vida humana, hasta tomarla como el objeto de un derecho absoluto. Sin embargo, intervenciones a favor del proyecto pusieron en duda este carácter absoluto y lo adjudicaron a una retórica sin un correlato sólido en otras políticas públicas.

Hay aproximadamente 20 diputados y diputadas que votaron esa ley (Ley N° 26862 de Reproducción Médicamente Asistida) y que, sin embargo, están en contra de este proyecto. Yo me pregunto, esos diputados ¿qué piensan que pasa con los embriones criocongelados? ¿Impulsaron alguna denuncia por homicidio a los científicos que tiran los embriones criocongelados? No [...]. Entonces no mientan, no defienden las dos vidas, defienden el *status quo* (diputada Victoria Donda Pérez, bloque: Libres del Sur; distrito: CABA; voto a favor).

Los argumentos esgrimidos en torno a la interpretación de la vida como derecho inalienable que comienza en la concepción entran en contradicción con políticas estatales como la Ley N° 26862. Esta falacia también había sido expuesta por distintas intervenciones en el debate en comisiones y aun así fue la principal consigna sostenida en el recinto.

Orden de género

En cuarto lugar, los argumentos específicos de un orden de género que es jerárquico y desigual desde la propia formación del Estado argentino, que privilegia a los varones (cis) por sobre las mujeres y otras categorías sociosexuales.

En sociedades estratificadas, los miembros de grupos subalternizados han actuado basados en una praxis política que les permite construir ámbitos públicos alternativos en los que hacer circular contradiscursos.⁸ El *contra-público subalterno* feminista argentino ha conseguido expandir el espacio público discursivo en las últimas décadas y años, sobre todo en los Encuentros de Mujeres. De este modo, “supuestos que previamente estaban fuera de discusión ahora tendrán que ser argumentados

8. Fraser, Nancy, “Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente” (trad. de Teresa Ruiz), en *Debate Feminista*, México, UNAM, año 4, Vol. 7, marzo de 1993, pp. 23-58.

públicamente”.⁹ El tratamiento en el Congreso es prueba de que no sólo es el reclamo por el aborto legal una de las principales banderas del feminismo en Argentina, sino que la potencia de este *público débil* ha logrado incorporarlo a la agenda del *público fuerte*, del Congreso Nacional.

Cuando la decisión difícil, triste, pero personalísima de una mujer es no ser madre, no hay Estado, no hay persona, no hay ley que pueda impedirselo [...] porque las mujeres no abandonaremos la calle, las mujeres no volveremos a ocultarnos en el seno de nuestros hogares ni sentiremos miedo; las mujeres vamos a luchar por la paridad cueste lo que cueste [...]. Este es el siglo de los derechos de las mujeres... Saquemos de la clandestinidad al aborto, legislemos por la salud y la autonomía de las mujeres [...]. A las mujeres en sus casas, a nuestras madres y a nuestras hijas: que el aborto sea legal, seguro y gratuito, ¡que sea ley! (diputada Silvia Lospennatto; bloque: PRO; distrito: Buenos Aires; voto a favor).

... que estamos hablando de un tema que fundamentalmente implica la libertad y el derecho de la mujer como un nuevo reconocimiento social, pero también, en un país como el nuestro, con profundas desigualdades, con grandes asimetrías sociales, donde la mujer que tiene recursos puede hacerse un aborto o una interrupción del embarazo –me gusta más este concepto; el primero es estigmatizante– en una clínica y pagar y la pobre tiene que ir a una situación en la clandestinidad, con alguna curandera en el peor de los casos, o con algún médico con pocos recursos en un consultorio oscuro y que a lo mejor termina con lesiones graves o permanentes o con la pérdida de su vida... (senador Miguel Ángel Pichetto; bloque: Argentina federal; distrito: Río Negro; voto a favor).

A fuerza de acciones políticas concertadas, los colectivos feministas han podido instalar la cuestión en agenda, enfrentándose sin embargo a intentos de desestimar e incluso invisibilizar su rol fundamental, intentos reflejados en buena parte del debate. A menos que creamos que hay mujeres que son más mujeres que otras, esto no es una cuestión de género (diputado Nicolás María Massot; bloque: PRO-Cambiamos; distrito: Córdoba; voto: en contra).

Todos tenemos vida. Curiosamente, todos los que estamos acá planteamos este tema teniendo vida. No enterremos el futuro de la Argentina matando los niños por nacer. Respeto el movimiento de las mujeres: ¡Ni una menos! En cada aborto, seguramente o se va un varón o se va una mujer también. ¿De qué respeto me hablan a Ni una menos, si las están

9. *Ibíd.*, p. 41.

matando a las propias mujeres? (diputado Alfredo Olmedo; bloque: Salta somos Todos-Cambiemos; distrito: Salta; voto en contra).

El último testimonio va más lejos que la mera invisibilización del movimiento de mujeres; pretende trastocar una de sus principales banderas y situarla como una contradicción principal para el movimiento *Ni Una Menos*,¹⁰ como si el aborto de un embrión fuera de algún modo equiparable no ya solamente a un homicidio, sino específicamente a un femicidio. Es esta clase de contraargumentos los que permiten vislumbrar, al no resistir el menor análisis en términos jurídicos o científicos, el sesgo machista detrás de cada posición en contra del proyecto en cuestión, sesgo estructurado en un sistema de sexo-género que organiza los géneros, sexos y sexualidades de nuestra sociedad bajo la dominación masculina, a la vez que produce y reproduce identidades sexualmente construidas en el marco de esa dominación. Es decir, un sistema sexogenérico patriarcal.¹¹ Contra él es que se expresaron tantos diputados y diputadas.

Ahí está esa fabulosa y gloriosa juventud en las calles de Buenos Aires. Esta oleada verde de chicas que está expresando una marcha que lleva años de las mujeres, nada menos que por el reconocimiento igualitario de sus derechos. No sólo el derecho a la vida de las mujeres: el derecho a poder decidir sobre sus cuerpos. Y ¿por qué no? ¿Por qué tenemos miedo a decir que el derecho a gozar? ¡A gozar de la vida y a gozar de su cuerpo! (senador Fernando “Pino” Solanas; bloque: Proyecto Sur-Unen; distrito: CABA; voto a favor).

Orden biográfico

En quinto lugar, es posible identificar un orden biográfico de argumentos, siguiendo las autorreferencias expresadas por legisladoras y legisladores en ambas cámaras.

Voy a contar mi historia, presidente [...]. Pude también saborear la felicidad de un hogar lleno al tener una criatura de 2 meses, 3 meses [...], tengo

10. *Ni Una Menos* es una consigna que devino en masivo movimiento de mujeres contra la violencia machista, cuya expresión fundante es la de una gran multitud en la Plaza de los Dos Congresos el 03/06/2015, gritando colectivamente por el fin de los femicidios en Argentina.

11. Rubin, Gayle, “El tráfico de mujeres: Notas sobre la ‘economía política del sexo’”, en Lamas, Marta (comp.), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, México, PUEG, 1996, pp. 35-96.

la dicha de ser casado, tener cuatro hijos. De esos tres hijos, uno tiene síndrome de Down, no quiero pensar qué hubiese pasado por mi cabeza si hace 41 años [...] alguien me hubiese venido a decir [...] “si querés, ese chico no nace”, porque ese chico es la luz de mi vida y de mi familia, porque ese chico –como todos los chicos que tienen alguna discapacidad– [...] lo que les falta de razonamiento, lo tienen de corazón [...]. Y la única hija que tengo es religiosa, es monja. ¿Y sabe qué? Cada vez que la veo, la envidio. Porque le veo la felicidad en la cara, porque ella desparrama amor... (diputado José Luis Gioja; bloque: FPV- PJ; distrito: San Juan; voto en contra).

La validez de la autorreferencia como argumento para tomar una decisión general no puede ser determinada *a priori*. Los dos casos citados son prueba de ello. La diputada Cerruti elige hablar desde su lugar de mujer –y de mujer que ha abortado– y apuesta así a encarnar el principal sujeto demandante de la aprobación del proyecto; su historia personal sólo cobra sentido en tanto puede ser extrapolada para contar miles de historias similares. La utilización de la biografía individual permite que un reclamo se materialice, tome cuerpo en una persona específica. Por otra parte, la multiplicación de esta estrategia no sólo muestra que no es un problema individual, sino que permite trasladar al espacio público algo que muchos ya saben por su cuenta. Al hacer referencia al derecho a su deseo y a su libertad, está hablando a la vez del deseo y la libertad de las mujeres en tanto sujeto colectivo vulnerado. Este caso nos permite pensar en la performatividad potencial de la estrategia política “yo aborté”.¹²

La autorreferencia del diputado Gioja, por otra parte, no da cuenta de ninguna opresión, sino que se limita a valorar positivamente su composición familiar expresando temor de que las cosas hubieran sido de algún modo diferentes. Al ser contrafáctico, el relato de Gioja no puede representar más que su propia singularidad y, por lo tanto, poco sirve para tomar una decisión con consecuencias colectivas.

El aborto entre lo público y lo privado

El derecho al aborto ha sido, más que otras cuestiones relativas al género, la reproducción y la sexualidad, un tabú en la política y la sociedad argentina. La dificultad que atravesó nuestra clase política para empezar a discutir sobre aborto está relacionada con la vigen-

12. Pecheny, Mario, *op. cit.*

cia de la división entre el ámbito público y el privado, y a la dinámica de interacción social de hipocresía que resuelve las interrupciones del embarazo en el “estado de naturaleza” del mundo oficioso (ni oficial, ni castigado en los hechos).

Desde la Revolución francesa, el ámbito público comienza a constituirse –a pesar de una retórica con pretensiones de universalidad– sólo a partir de una serie de exclusiones ancladas en la clase y el género.¹³ Fraser sostiene que, de hecho:

... este proceso de distinción ayuda a explicar la exacerbación del sexismo característico del ámbito público liberal; las nuevas normas de género que prescribían la domesticidad femenina y una marcada separación entre los ámbitos público y privado funcionaban como signos clave de la diferencia entre la burguesía y las clases tanto altas como bajas. El hecho de que posteriormente estas normas se volvieran hegemónicas es un modo de medir el éxito del proyecto burgués.¹⁴

A partir de la *segunda ola* feminista, la división tajante entre público y privado se pone en cuestión con la consigna de *lo personal es político*, cuya potencia estructura prácticas del movimiento de mujeres hasta nuestros días. Esto no quiere decir que la dicotomía público/privado desaparezca –ni que deba hacerlo–, sino que el límite rígido entre ambos ahora se vuelve maleable, posibilitando además una reconfiguración de los espacios y una resignificación que puede ser utilizada por distintos colectivos que luchan por la emancipación, entre ellos los colectivos feministas. La apuesta no es sólo la de reconocer desigualdades otrora expulsadas al ámbito doméstico como políticas y estructurales, sino también la de construir un ámbito público en el que las personas –los interlocutores, en términos habermasianos– puedan expresarse y deliberar como iguales y/o puedan juzgar críticamente la desigualdad estructural, incluida la de género, en la expresión y deliberación.

El movimiento feminista argentino ha conseguido constituir a lo largo de las décadas un *contrapúblico subalterno*, un terreno discursivo paralelo en el cual hacer circular su palabra y sus demandas, lo que ha finalmente decantado en la posibilidad de instalar el debate sobre el aborto más allá de ese contrapúblico, e incluso entre quienes tienen el derecho

13. Landes, Joan, *Women and the Public Sphere in the Age of the French Revolution*, Ithaca, Cornell University Press, 1988.

14. Fraser, Nancy, *op. cit.*, p. 29.

–y la responsabilidad– de la deliberación. Sin embargo, al contrario de lo postulado por Jürgen Habermas en referencia al ámbito público como espacio en el que se desarrollan discusiones racionales sobre los asuntos que nos conciernen a todas y todos, lejos estuvo el debate por el aborto legal de presentarse como un intercambio discursivo racional entre iguales presupuestos como tales. Como vimos a partir de la selección de intervenciones de diputados y senadores en el recinto, no sólo fueron sostenidas afirmaciones que presentaban sesgos ético-dogmáticos o de creencias personales, sino otras que ya habían sido desestimadas reiteradas veces con datos y argumentos científicos, políticos y jurídicos en las exposiciones en las distintas comisiones de ambas cámaras.

Siguiendo la concepción habermasiana a partir de la que “ciudadanía” supone participación del debate político y de la formación de la opinión pública,¹⁵ podemos pensar que los feminismos en Argentina permitieron a las mujeres y personas gestantes estar un paso más cerca de ser (más) ciudadanas. Lo que aquí define la participación en la ciudadanía es la capacidad de intervenir en la producción de discursos, la cual estuvo vinculada a la masculinidad (o la universalidad entendida según el modelo masculino), o lo que Fraser llama el subtexto masculino del rol del ciudadano.¹⁶ El hecho de instalar *contra-discursos* entre el público *fuerte* es una ampliación discursiva que favorece la calidad democrática en tanto dota de *logos* al movimiento de mujeres en una doble acepción: capacidad de definir una postura determinada y *palabra* para expresar esa postura. Y es a partir de esa mayor circulación de su palabra que, aun con las limitaciones del marco de una democracia liberal, las desigualdades sexo-genéricas pueden combatirse.

Al mismo tiempo, en tanto cuestión, el aborto también debe ganarse su estatus de objeto susceptible de deliberación política: salir de lo privado u oficioso, de lo natural e instalado en el mundo de lo necesario (que no podría ser de otra manera), para irrumpir en lo público-político, en lo social e histórico, en lo contingente (que podría ser de otra manera y que debería ser de otra manera). La ampliación ciuda-

15. Fraser, Nancy, “¿Qué tiene de crítica la teoría crítica? Habermas y la cuestión del género”, en Benhabib, Seyla; Cornell, Drucilla, *Teoría feminista y teoría crítica. Ensayos sobre la política de género en las sociedades de capitalismo tardío*, Valencia, Edicions Alfons El Magnánim, 1990, p. 70.

16. *Ibidem*, p. 71.

dana afecta pues a los quiénes y los qué de la ciudadanía: la exclusión y la inclusión operan pues en esos dos niveles.

Este proceso de politización permitió una vez más reconocer las voces de las y los gestantes y que el aborto se convirtiera en objeto susceptible de deliberación colectiva en el espacio público, en el contexto de un conflicto entre sujetos, principios e intereses que no es –esperemos– susceptible de volverse equilibrio naturalizado, a pesar de tantos intentos reaccionarios por mantener o volver a colocar a cada cual en su lugar.

El debate por el aborto en el Congreso expandió las fronteras de lo “decible”, es decir, de lo público; permitió redefinir los límites de lo público y lo privado. Fraser habla de casos emblemáticos que dan lugar a este tipo de movimientos:

Esta confrontación, en la que se combinaron destellos de participación democrática con prácticas de restricción estratégica, suscitó de manera dramática y aguda interrogantes clave acerca de la naturaleza de la publicidad contemporánea. No fue solamente una batalla por la opinión pública en una esfera pública ya constituida. Por el contrario, lo que estaba en juego era el significado mismo y las fronteras de lo público. Más aun, la forma como se desarrolló el enfrentamiento dependió, en cada punto, de quién detentaba el poder para trazar la línea entre lo público y lo privado.¹⁷

Conclusiones

El debate por la legalización del aborto en Argentina antes de (y sobre todo durante) 2018 ha dejado expuesto una vez más el carácter jerárquicamente patriarcal y heteronormativo de la democracia capitalista y las relaciones asimétricas de poder que este produce y reproduce en las distintas esferas de la sociedad, tanto en la pública como en la privada.

Aun en los límites de la democracia así concebida, para el desarrollo de una práctica política emancipatoria en general, y en relación con los derechos sexuales y reproductivos en particular, es necesario redefinir qué implica lo público. La concepción burguesa de espacio público como ideal de discusión racional sin restricciones sobre los asuntos públicos,

17. Fraser, Nancy, “Esferas públicas, genealogías y órdenes simbólicos”, en Fraser, Nancy, *lustitia Interrupta: reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 135.

donde los intereses puramente privados no tienen lugar, encuentra sus límites en la realidad de las sociedades democráticas burguesas,¹⁸ cuyos *públicos fuertes* no legislan con miras al bien común o a la voluntad general, sino a partir de severos sesgos privados, facciosos y corporativos.

No es suficiente colocar entre paréntesis las desigualdades a la hora de entablar prácticas discursivas y contradiscursivas. Es menester construir espacios públicos en los que no se pretenda ignorar las relaciones de subordinación y de opresión, sino donde sean efectivamente eliminadas. Y esa construcción está imbricada en la configuración de una noción de ciudadanía democrática que permita la consecución de derechos por parte de individuos en tanto miembros de grupos colectivos cuya identidad se constituya a partir de la intersección entre distintas posiciones de sujeto, entre una diversidad de discursos.

Es desde esa interseccionalidad que, aun en sus tensiones, el movimiento feminista articula su praxis política emancipatoria, visibilizando las demandas de todas sus identidades y afianzando discursos que penetran en una diversidad de públicos capaces de construir un espacio público *contrahegemónico*, un nuevo espacio público fuerte. La autonomía de las mujeres, de las lesbianas, de los varones trans y de otros cuerpos gestantes no podrá ser vulnerada indefinidamente, y las relaciones sociales estructuradas en jerarquías sexo-genéricas tampoco son eternas.

Bibliografía

BARREIRO, Belén, *Democracia y conflicto moral: la política del aborto en España e Italia*, Madrid, Istmo, 2000.

BELLUCCI, Mabel, “Con la democracia se come, se cura, se educa, pero no se aborta”, en *Página/12*. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-6968-2012-01-03.html>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “F. A. L. s/medida autosatisfactiva”, Fallos: 335:197.

FRASER, Nancy, “¿Qué tiene de crítica la teoría crítica? Habermas y la cuestión del género”, en Benhabib, Seyla y Cornell, Drucilla, *Teoría*

18. Fraser, Nancy, “Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente”, *op. cit.*, p. 27.

feminista y teoría crítica. Ensayos sobre la política de género en las sociedades de capitalismo tardío, Valencia, Edicions Alfons El Magnánim, 1990.

_____, “Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente” (traducción de Teresa Ruiz), en *Debate Feminista*, México, UNAM, año 4, Vol. 7, marzo de 1993.

_____, “Esferas públicas, genealogías y órdenes simbólicos”, en Fraser, Nancy, *lustitia Interrupta: reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997.

GEOFF, E., “Nations, Publics and Political Culture: placing Habermas in the Nineteenth Century”, en Calhoun, Craig (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, MIT Press, 1987.

GUTIÉRREZ, María Alicia, “Antiderechos: qué hay detrás de la trama celeste”, entrevistada por Martín, Blas, en *Corriendo la Voz*, 30/09/2018. Disponible en: <http://corriendolavoz.com.ar/antiderechos-que-hay-detras-de-la-trama-celeste/>

LANDES, Joan, *Women and the Public Sphere in the Age of the French Revolution*, Ithaca, Cornell University Press, 1988.

MICHEL, Agustina / ARIZA, Sonia, “La legalidad del aborto en Argentina”, documento REDAAS, septiembre de 2018. Disponible en: <http://www.redaas.org.ar/archivos-actividades/129-LEGALIDAD%20DEL%20ABORTO%20-20ARM%20y%20SA.pdf>

MOUFFE, Chantal, *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2000.

PECHENY, Mario, “Yo no soy *progre*, soy peronista: ¿Por qué es tan difícil discutir políticamente sobre aborto?”, en CÁCERES, Carlos / CAREAGA, Gloria; FRASCA, Timothy / PECHENY, Mario (comps.), *Sexualidad, estigma y derechos humanos: desafíos para el acceso a la salud en América Latina*, Lima, Universidad Peruana Cayetano Heredia, 2006.

RUBIN, Gail, “El tráfico de mujeres: Notas sobre la “economía política del sexo”, en Lamas, Marta (comp.), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, México, PUEG, 1996.

Buenas prácticas y desafíos en el diseño de marcos normativos respetuosos del derecho de las personas con discapacidad a brindar su consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo

Sofía Minieri*

Todas las personas con discapacidad con capacidad de gestar, sin excepción, tienen derecho a brindar su consentimiento informado para la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), por sí mismas y en igualdad de condiciones con las demás personas. Esto es así porque, en virtud de su derecho a la integridad personal,¹ a la protección contra la tortura,² la violencia, la explotación y el abuso,³ y a la salud sexual y reproductiva,⁴ todas las personas con discapacidad deben poder “adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin

* Master of Law por Columbia Law School. Abogada por la Universidad Torcuato Di Tella. Co-coordinadora del Proyecto DeSeAr con inclusión, una iniciativa de FUSA y REDI. Fue becaria y consultora de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Como David Leebron, Human Rights Fellow de la Universidad de Columbia, coordinó la iniciativa “Promoviendo los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad en Argentina”, en conjunto con la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI). Se desempeñó como abogada del Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Asociación por los Derechos Civiles.

1. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), art. 17.

2. CDPD, art. 15; ver también el informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 28/07/2008, A/63/175, párrs. 40 y 41.

3. CDPD, art. 16; Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 1, art. 12: Igual reconocimiento ante la Ley, CRPD/C/GC/1, 11/04/2014, párr. 42; ver también Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 3, art. 6: Mujeres con discapacidad, CRPD/C/GC/3, 02/09/2016, párr. 32.

4. CDPD, art. 25; CEDAW, art. 12.

violencia, coacción ni discriminación, con respecto a los asuntos relativos al propio cuerpo y la propia salud sexual y reproductiva”.⁵

El derecho de las personas con discapacidad al consentimiento informado también “está vinculado de manera indisoluble”⁶ con su derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica, consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). En virtud de esta disposición, las personas con discapacidad no sólo deben ser reconocidas como titulares de derechos sino que, además, deben poder ejercerlos por sí mismas y en igualdad de condiciones con las demás personas.

A fin de respetar, proteger y garantizar estos derechos, los Estados tienen la obligación básica de promulgar y aplicar un marco normativo que asegure que las personas con discapacidad con capacidad de gestar puedan decidir si desean acceder a la práctica de la IVE, en forma libre, informada, responsable y sin verse sujetas a ninguna forma de coacción, discriminación o violencia.⁷ Este documento procura describir los contenidos mínimos que debe tener este marco normativo, y analizar en qué medida estos contenidos fueron incorporados tanto en la normativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como en los recientes debates legislativos en materia de despenalización y legalización de la IVE. Además, procura ofrecer lineamientos que contribuyan a fortalecer estas propuestas legislativas de modo tal de garantizar que las personas con discapacidad con capacidad de gestar puedan ejercer plenamente su derecho a brindar el consentimiento informado para acceder a la IVE.

5. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/22, 02/05/2016, párr. 5.

6. Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 1, *op. cit.*, párr. 31.

7. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 22, *op. cit.*, párr. 49 inc. d).

Contenidos mínimos de un marco normativo respetuoso del derecho de las personas con discapacidad a brindar su consentimiento informado para la interrupción voluntaria del embarazo

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el consentimiento informado es la

... decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida.⁸

Como surge de esta definición, para que sea válido, el consentimiento debe ser “previo, libre, pleno e informado”,⁹ y así debe reconocerlo la legislación.

Para garantizar el cumplimiento de estos requisitos, el marco normativo que rige la IVE debe dejar en claro que las personas con discapacidad son las únicas legitimadas para brindar el consentimiento informado. Esto es así dado la prevalencia de prácticas en virtud de las cuales las personas con discapacidad son sustituidas en la toma de decisiones sobre su salud sexual y reproductiva por sus representantes legales, los equipos de salud e integrantes de su familia.¹⁰

Tal como ha enfatizado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité CDPD), el Estado debe garantizar que “las decisiones relativas a la integridad física o mental de una persona sólo se puedan adoptar con el consentimiento libre e informado *de la persona en cuestión*”.¹¹ En particular, el Estado tiene la obligación de:

... no permitir que el consentimiento sea otorgado por personas que sustituyan a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones, en

8. Corte IDH, caso “I.V. vs. Bolivia”, sentencia del 30/11/2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 166.

9. Ídem.

10. Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 1, *op. cit.*, párr. 44.

11. Íbidem, párr. 42. El destacado me pertenece.

nombre de ellas. Todo el personal médico y sanitario debe velar por que se efectúe la consulta apropiada *directamente* con la persona con discapacidad.¹²

Les profesionales de la salud sólo pueden prescindir del consentimiento informado de la persona gestante si y sólo si: a) ella no está en condiciones de brindarlo; y b) es necesario realizar la interrupción del embarazo en forma *inmediat[a], de urgencia o de emergencia* ante la existencia de *un grave riesgo contra [su] vida o [su] salud*.¹³ Tal como ha enfatizado la Corte IDH:

... la urgencia o emergencia se refiere a la inminencia de un riesgo y, por ende, a una situación en que la intervención es necesaria ya que no puede ser pospuesta, *excluyendo aquellos casos en los que se puede esperar para obtener el consentimiento*.¹⁴

Al regular este punto, la normativa que rige el consentimiento informado para la IVE no puede establecer diferencias entre las personas con y sin discapacidad. En este sentido, el Relator Especial de Naciones Unidas, sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, enfatizó que

... los criterios que determinan los motivos para administrar un tratamiento sin que haya consentimiento libre e informado deben aclararse en la ley, y *no deben hacerse distinciones entre las personas con discapacidad o sin ella*.¹⁵

Tampoco pueden hacerse distinciones entre las personas con discapacidad que cuentan con restricciones al ejercicio de su capacidad jurídica y las personas con discapacidad que no cuentan con estas restricciones. La legislación debe reconocer que este tipo de restricciones no sólo lesiona el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su capacidad jurídica, sino que, además, “ha hecho que se vean privadas de muchos derechos fundamentales, como [...] los derechos reproductivos [...] [y] el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico”.¹⁶

12. Íbidem, párr. 41. El destacado me pertenece.

13. Corte IDH, caso “I.V. vs. Bolivia”, *op. cit.*, párr. 177. El destacado me pertenece.

14. Ídem. El destacado me pertenece.

15. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, 01/02/2013, párr. 66. El destacado me pertenece.

16. Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 1, *op. cit.*, párr. 8.

Lejos de perpetuar esta violación de derechos, la legislación debe dejar en claro que el hecho de que una persona con discapacidad cuente con restricciones totales o parciales al ejercicio de su capacidad jurídica no puede ser utilizado como fundamento para privarla del ejercicio de otro derecho fundamental: su derecho a brindar el consentimiento informado para la IVE.

El hecho de que la persona requiera sistemas de apoyo para la toma de decisiones tampoco puede utilizarse como fundamento para privarla de su derecho a brindar el consentimiento. En este sentido, el Comité CDPD ha señalado que

... el apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente [...] los derechos reproductivos, [...] el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico.¹⁷

Por el contrario, el marco normativo debe reconocer y garantizar el derecho de las personas con discapacidad a contar con los apoyos que puedan necesitar para brindar su consentimiento para la IVE,¹⁸ la persona con discapacidad tiene derecho a solicitar los apoyos y a decidir quién lo presta, qué funciones cumple y cómo lo hace.¹⁹ Entre otras funciones, el apoyo puede:

... asistir a la persona a entender y apreciar la naturaleza de las decisiones a adoptar, brindarle información accesible, o interpretar y transmitir a terceros las señales e intenciones de la persona cuando sea necesario y así lo pretenda la persona, o a expresar y comunicar su voluntad.²⁰

En todos los casos, el sistema de apoyos se debe basar en la confianza y nunca se debe proporcionar en contra de la voluntad de la per-

17. *Ibidem*, párr. 29, inc. f).

18. CDPD, art. 12, inc. 3. Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 1, *op. cit.*, párr. 34.

19. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, A/HRC/34/58, 20/12/2016, párr. 55.

20. Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad y Rehabilitación Internacional, Capacidad jurídica y acceso a la justicia: Una propuesta de reforma legal desde las organizaciones de personas con discapacidad, 2010, p. 17.

sona con discapacidad.²¹ Esto implica que la persona con discapacidad tiene derecho a “rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento”.²²

Al mismo tiempo, se deben establecer salvaguardias para que los sistemas de apoyo respeten estos requisitos.²³ En particular, el marco normativo debe incluir disposiciones orientadas a garantizar que los equipos de salud aseguren “en la medida de sus posibilidades, que los asistentes o personas encargadas de prestar apoyo no sustituyan a las personas con discapacidad en sus decisiones ni tengan una influencia indebida sobre ellas”.²⁴

El marco normativo también debe reconocer que el consentimiento debe ser brindado de manera “voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, [...] sin coerciones, amenazas, o *desinformación*. Tampoco puede darse como resultado de actos del personal de salud que induzcan al individuo a encaminar su decisión en determinado sentido”.²⁵ En este sentido, la legislación debe reconocer que

... existe una dicotomía entre, por un lado, la idea de que todas las mujeres deben ser madres y, por el otro, el hecho de que se suele desalentar a las mujeres con discapacidad a asumir el papel de madre, e incluso se las fuerza a rechazarlo independientemente de sus deseos personales.²⁶

Todo esto, en virtud de estereotipos que las consideran incapaces de ejercer los derechos y deberes derivados de este rol.

Muchas veces, influidos por estos estereotipos, los equipos de salud inducen a las personas con discapacidad con capacidad de gestar a “encaminar su decisión en determinado sentido”,²⁷ a través de la provi-

21. CDPD, art. 12, inc. 3. Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 1, *op. cit.*, párr. 17.

22. Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 1, *op. cit.*, párr. 29, inc. g).

23. CDPD, art. 12, inc. 3, Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 1, *op. cit.*, párrs. 20 y 29 h). Ver también Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, *op. cit.*, párr. 49.

24. Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 1, *op. cit.*, párr. 41.

25. Corte IDH, caso “I.V. vs. Bolivia”, *op. cit.*, par. 181. El destacado me pertenece.

26. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, A/67/227, 03/08/2012, párr. 28.

27. Corte IDH, caso “I.V. vs. Bolivia”, *op. cit.*, párr. 181.

sión de información parcial, inexacta o sesgada sobre su salud sexual y reproductiva y la IVE.²⁸ Por ejemplo, informan a las personas con discapacidad que un embarazo puede poner en riesgo su vida o “agravar” la discapacidad. También se suele argumentar que no es conveniente que las personas con discapacidad continúen con su embarazo porque no estarán en condiciones de criar a su hijo.²⁹

Este tipo de información impide que las personas con discapacidad puedan brindar un consentimiento libre para la IVE. Tampoco pueden brindar un consentimiento pleno e informado. El consentimiento cumple estos requisitos si y sólo si es brindado por la persona “luego de haber recibido información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible”.³⁰

Buenas prácticas y desafíos: la regulación del derecho de las personas con discapacidad a brindar su consentimiento informado para el “aborto no punible” en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En su sentencia en el caso “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación exhortó a las autoridades de las diferentes jurisdicciones a “implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos”.³¹ En el marco de esta exhortación, en septiembre de 2012, el Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó la Resolución 1252/MSGC/12, para regular “el procedimiento para la atención profesional de prácticas de aborto no punibles en los Hospitales del Subsector Público de Salud contempladas en el artículo 86 incisos 1) y 2) del Código Penal”.³²

28. *Ibidem*, párr. 191.

29. Caballero, Isabel, (coord.), “Capítulo IX. Salud”, en *Manual. La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad*, Madrid, CERMI, Vol. I, 2012, p. 326.

30. Corte IDH, caso “I.V. vs. Bolivia”, *op. cit.*, párrs. 166 y 189.

31. CSJN, “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, Expediente 259/2010, T. 46, Letra F, sentencia del 13/03/2012, considerando 29.

32. Resolución N° 1252/MSGC/12, art. 1.

Poco tiempo después del dictado de esta Resolución, diversos actores de la sociedad civil cuestionaron su constitucionalidad a través de la presentación de dos acciones de amparo. En el marco de estas acciones, el Poder Judicial de la Ciudad tomó una serie de decisiones que dieron lugar a la adopción de nuevas resoluciones que receptan muchos de los contenidos mínimos analizados en la sección anterior. Las páginas que siguen analizan las buenas prácticas generadas en el marco de este proceso y las lecciones aprendidas, para así contribuir al debate de otros marcos normativos en la materia.

En septiembre de 2012, María Rachid y Andrés Gil Domínguez interpusieron una acción de amparo en la que solicitaron que se declare la inconstitucionalidad de diversas disposiciones de la Resolución N° 1252 y que se dicte una medida cautelar que las dejara sin efecto hasta tanto se pronunciara una sentencia definitiva. Al mismo tiempo, solicitaron que se declare la inconstitucionalidad del Decreto N° 504/2012 que vetó la Ley N° 4318. Esta norma reglamentaba el “Procedimiento para la atención integral de los abortos no punibles contemplados en los incisos 1 y 2 del Código Penal”.³³

Por su parte, en noviembre de 2012, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI) interpusieron una acción de amparo colectivo a través del cual solicitaron se declarara la inconstitucionalidad de los artículos 5, 11 y 13 del Anexo I de la Resolución N° 1252, entre otros artículos. Las organizaciones actoras también solicitaron el dictado de una medida cautelar que suspendiera la aplicación de estas disposiciones.³⁴

El artículo 11 establecía que en los casos en los que el embarazo fuera producto de un acto de violencia sexual contra una mujer con discapacidad “mental” debía acreditarse el “consentimiento de el/los representantes legales, prestado ante el/los profesional/es médico/s que llevará/n a cabo la intervención”.³⁵ El artículo no regulaba el proce-

33. Asociación por los Derechos Civiles, *Acceso al Aborto No Punible en Argentina: Estado de Situación* - marzo 2015, Buenos Aires, 2015, p. 39.

34. *Ibidem*, p. 40.

35. Resolución N° 1252/MSGC/12, Anexo I, artículo 11, inciso a). Regueiro De Giacomi, Iñaki, “El derecho al acceso al aborto legal por parte de mujeres con discapacidad in-

dimiento a seguir en los casos en los que el embarazo pusiera en riesgo la vida o la salud de la persona con discapacidad gestante.³⁶

De acuerdo con los artículos 5 y 13 del Anexo I de la Resolución N° 1252, aunque no podían brindar el consentimiento, las personas con discapacidad encuadradas en el artículo 11 tenían derecho a “ser oídas e informadas en el proceso de decisión.” En este proceso, era obligatoria la participación de quienes actuaran como representantes legales de la persona con discapacidad.³⁷

En marzo de 2013, la jueza a cargo de la causa dictó la medida cautelar solicitada por ADC, ELA, CELS y REDI.³⁸ En su decisión, la jueza señala que si se analizan los artículos 5, 11 y 13 de la Resolución N° 1252, “se llega a la conclusión de que la voluntad de la mujer discapacitada intelectual/psico-social se vería sustituida por la de su representante legal”.³⁹ De acuerdo con la magistrada, esta situación es contraria a “la evolución normativa en el ámbito internacional, [que] muestra una tendencia al reconocimiento cada vez mayor en el ejercicio de sus derechos por parte de las personas con algún tipo de discapacidad intelectual/psicosocial”.⁴⁰ En particular, la jueza destaca que la CDPD:

... prevé el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidades intelectuales/psico-sociales al tiempo que insta a los Estados a efectivizar un sistema de apoyos y salvaguardas con el fin de asistir a las mencionadas personas en el ejercicio de sus derechos.⁴¹

A la luz de este análisis, la jueza ordenó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCBA) “arbitrar, en el término de diez (10) días, un sistema de apoyo y salvaguarda”⁴² para que las mujeres con

telectual y psicosocial”, en revista *Igualdad, autonomía personal y derechos sociales*, N° 4, 2016, p. 190.

36. Ídem.

37. Ídem.

38. Esta decisión amplió los alcances de una medida cautelar anterior que, en el marco de la acción de amparo presentada por Rachid y Gil Domínguez, había suspendido la vigencia de los arts. 2, 9 inc. a), último párr., 9 inc. b), 13, 18 y 19 de la Resolución N° 1252.

39. “Asociación por los Derechos Civiles y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCBA)”, Expte. N° 46062, Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 2, Secretaría N° 4. Decisión del 27/03/2013.

40. Ídem.

41. Ídem.

42. Ídem.

discapacidad pudieran brindar su consentimiento para la práctica del aborto no punible.⁴³ La sentencia también estableció lineamientos sobre las características que debía cumplir este sistema, los que podrían servir de guía para el desarrollo de futuras regulaciones del consentimiento de las personas con discapacidad para la práctica de la IVE.

En este sentido, la decisión deja en claro que “los apoyos no pueden ser equiparados a un curador, un tribunal o un equipo técnico perteneciente a este último”.⁴⁴ Asimismo, la jueza destaca que los sistemas de apoyo pueden ser brindados por

... los asistentes personales o pares (otras personas con discapacidad), amigos o cualquier otra persona, con el requisito de que el sistema se sustente en la confianza, se proporcione con respeto, y nunca en contra de la voluntad de la persona con discapacidad.⁴⁵

La decisión también enfatiza la importancia del establecimiento de “garantías y salvaguardas para evitar el conflicto de intereses y la vulneración de los derechos del individuo; por esta razón, las medidas adoptadas deberán ser proporcionales y estar sometidas a revisiones periódicas”.⁴⁶

Con el propósito de cumplir con esta medida cautelar, en noviembre de 2013, el Ministerio de Salud del GCBA dictó la Resolución N° 2013-1860-MSGC, a través de la cual creó un “Equipo Interdisciplinario de Apoyo” para las personas con discapacidad que soliciten acceder a la práctica del aborto no punible. Las organizaciones actoras cuestionaron la constitucionalidad de la norma porque la creación de este equipo desconocía el carácter voluntario del apoyo y violaba el derecho de la persona a elegir y dirigir el apoyo.⁴⁷ La resolución también establecía que la conformidad del representante legal era “ineludible a

43. Reflejando una concepción binaria de la identidad de género, tanto las resoluciones como las decisiones judiciales que se analizan a continuación sólo hacen referencia a las mujeres y omiten toda referencia a otras personas con capacidad de gestar. A los fines de evitar confusiones sobre el alcance de estos marcos normativos y decisiones judiciales, el análisis desarrollado en esta sección del documento también se centra en las mujeres con discapacidad, sin perjuicio de reconocer que este término no comprende a todas las personas con discapacidad con capacidad de gestar.

44. “Asociación por los Derechos Civiles (ADC), y otros c/ GCBA s/ amparo”, *op. cit.*

45. Ídem.

46. Ídem.

47. Regueiro De Giacomi, Iñaki, *op. cit.*, p. 194.

efectos de que la práctica abortiva se ejecute”.⁴⁸ La norma no establecía salvaguardias para evitar abusos por parte de los sistemas de apoyo.⁴⁹

Dado que no respetaba los términos de la medida cautelar que procuraba cumplir, el juez de la causa ordenó al Estado que modificara la Resolución N° 1860/13-MSGC,

... de forma que [estableciera] expresamente que: (i) el sistema de apoyos es un derecho de la mujer, que debe respetar su voluntad y no puede –bajo ningún supuesto– forzarla o sustituirla; (ii) la función de apoyo tiene por finalidad asistir a la mujer con discapacidad en la toma de sus propias decisiones, respetando de modo irrestricto su voluntad y preferencias; (iii) la función puede ser desempeñada por familiares, amigos, asistentes personales o cualquier otra persona de confianza de la mujer discapacitada; (iv) para el caso de no existir personas de confianza, la autoridad administrativa deberá designar persona idónea para prestar el apoyo requerido, designación que deberá tener siempre en cuenta la opinión de la mujer con discapacidad.⁵⁰

Tal como señala Regueiro De Giacomi, este fallo:

... es novedoso en tanto promueve por primera vez en nuestro país sistemas de apoyos administrativos, instrumentados en dispositivos de salud y designados a los efectos del ejercicio autónomo del derecho al aborto no punible con pleno respeto del derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica.⁵¹

Las futuras regulaciones del consentimiento informado de las personas con discapacidad para la IVE también deberían contemplar este tipo de apoyos.

En septiembre de 2014, el Ministerio de Salud del GCBA dictó la Resolución N° 1312-MSGC-2014. A la luz de esta disposición:

... el sistema de apoyo previsto por la Resolución N° 1860/13-MSGC es un derecho de la mujer [...] que tiene por finalidad asistir a la mujer con discapacidad en la toma de sus propias decisiones [...] y puede ser des-

48. Resolución N° 2013-1860-MSGC, art. 4.

49. Regueiro De Giacomi, Iñaki, *op. cit.*, p. 194.

50. “Asociación por los Derechos Civiles y otros contra GCBA sobre Amparo” (art. 14 CCBA), Expte. N° 46062, Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 2, Secretaría N° 4. Decisión del 11/06/2014.

51. Regueiro De Giacomi, Iñaki, *op. cit.*, nota 35, p. 197.

empeñada por familiares, amigos, asistentes personales o cualquier otra persona de confianza de la mujer discapacitada.⁵²

Sin embargo, esta nueva resolución no derogó expresamente las disposiciones de la norma anterior que hacen referencia al “Equipo Interdisciplinario de Apoyo”.

En consecuencia, tanto la Resolución N° 1860 de 2013 como la Resolución N° 1312 de 2014 se encuentran vigentes y coexisten. Pese a las contradicciones que existen entre ellas, su vigencia “constituye un avance sin precedentes para el ejercicio efectivo”⁵³ del derecho de las personas con discapacidad a brindar su consentimiento para la IVE.

En cuanto al fondo del asunto, el 5 de julio de 2013 el magistrado a cargo de la causa declaró la inconstitucionalidad de la Resolución N° 1252. Al analizar la constitucionalidad de los artículos 5 y 11 de la norma, el juez sostuvo que al tiempo que la CDPD protege “la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia”⁵⁴ de las personas con discapacidad, la Ley Nacional de Salud Mental reconoce el derecho de las personas con discapacidad “con padecimiento mental” a “tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades”⁵⁵ y a recibir información que les permita brindar su consentimiento informado para tratamientos y procedimientos médicos.

A la luz de este marco normativo, el magistrado concluyó que

... la normativa vigente es clara en cuanto a la capacidad de las mujeres con algún tipo de discapacidad mental para adoptar decisiones relativas a su salud, dentro de sus posibilidades. Lo contrario implica restringir de manera arbitraria, y sin tener en cuenta el grado de afectación o padecimiento mental padecido, un derecho fundamental de la mujer, cual es el de adoptar decisiones que conciernen a su propia vida y a su salud e integridad física y mental. En definitiva, las normas legales y supralegales antes referidas, establecen la obligación de los órganos estadales de

52. Resolución N° 1312-MSGC-2014, art. 1.

53. Regueiro De Giacomi, Iñaki, *op.cit.*, p. 198.

54. “Rachid, María de la Cruz y otros contra GCBA sobre amparo (Art. 14 CCABA)”, Expte.: EXP 45722/0 y su acumulado “Asociación por los Derechos Civiles (ADC), y otros c/ GCBA s/ amparo (Art. 14 CCABA)”, Expte.: EXP 46062/0, Secretaría N° 4, sentencia de primera instancia del 05/07/2013.

55. Ley Nacional de Salud Mental, art. 7, inc. k.

respetar la voluntad de la mujer discapacitada con relación a temas que afecten sus propios intereses y derechos, y, en todo caso, de acompañar esa decisión brindándole los mecanismos de apoyo que le permitan ejercer ese derecho en condiciones acordes con sus propias capacidades.⁵⁶

Si bien avanza en el reconocimiento el derecho de las mujeres con discapacidad a brindar su consentimiento para tratamientos y prácticas médicas, incluida la IVE, la decisión parece condicionar el pleno ejercicio de este derecho a las “posibilidades” de la persona y/o al “grado de afectación o padecimiento mental padecido.” Este tipo de condicionamientos, que no deberían ser replicados en futuras propuestas legislativas en materia de IVE, reflejan una tendencia en virtud de la cual:

... cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideraran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). [...] En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio.⁵⁷

En diciembre de 2015, esta sentencia fue revocada por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Cámara rechazó la acción de amparo por cuestiones de forma y no analizó la cuestión de fondo. Esta decisión fue apelada ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, recurso que fue rechazado el 10 de octubre de 2018.⁵⁸

56. “Rachid, María de la Cruz y otros contra GCBA sobre amparo (Art. 14 CCABA)”, Expte.: EXP 45722/0 y su acumulado, *op. cit.*

57. Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 1, *op. cit.*, párr. 15.

58. “Rachid, María de la Cruz y otros contra GCBA sobre amparo (Art. 14 CCABA)”, Expte.: EXP 45722/0 y su acumulado “Asociación por los Derechos Civiles (ADC), y otros c/ GCBA s/ amparo (Art. 14 CCABA)”, Expte.: EXP 46062/0, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 10/10/2018.

Tal como había indicado Regueiro De Giacomi, más allá de la suerte de este recurso, “las resoluciones del Ministerio de Salud porteño sobre el reconocimiento e implementación de un sistema de apoyos sanitarios para mujeres con discapacidad se mantienen incólumes”.⁵⁹ Ambas normas, al igual que las decisiones judiciales que se dictaron en relación con ellas, ofrecen una valiosa guía de las buenas prácticas a replicar y los desafíos a evitar al regular el consentimiento informado de las personas con discapacidad para la práctica de la IVE.

Las personas con discapacidad en el reciente debate legislativo sobre la IVE: una propuesta para fortalecer el reconocimiento de su derecho a brindar el consentimiento informado

El 5 de marzo de 2018,⁶⁰ la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito presentó nuevamente el proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo. La presentación de esta iniciativa ante la Cámara de Diputados de la Nación dio lugar a un debate legislativo histórico que resultó en un proyecto de ley que recibió media sanción en esa Cámara, el 14 de junio de 2018.

Con el objetivo de contribuir al debate de futuras propuestas legislativas en la materia, a continuación se analiza en qué medida una regulación del consentimiento informado de las personas con discapacidad como la contenida en el texto votado por la Cámara de Diputados garantiza los derechos de las personas con discapacidad. También se proponen algunas modificaciones que podrían introducirse a este tipo de iniciativas legislativas, a fin de reforzar el pleno reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

El artículo 10 del proyecto de ley en materia de IVE votado por la Cámara de Diputados, señala que

... si se tratara de una mujer o persona gestante con capacidad restringida por sentencia judicial y la misma no impidiere el ejercicio del derecho

59. Regueiro De Giacomi, Iñaki, *op. cit.*, p. 198.

60. Expediente N° 0230-D-2018. Disponible en: <http://www.abortolegal.com.ar/proyecto-de-ley-presentado-por-la-campana/> (fecha de consulta: 20/02/2019).

que otorga la presente ley, ella debe prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento ni necesidad de autorización previa alguna.

Si la sentencia de restricción a la capacidad impide el ejercicio del derecho previsto en la presente ley o la persona ha sido declarada incapaz, el consentimiento informado debe ser prestado con la correspondiente asistencia prevista por el sistema de apoyos del artículo 32 del Código Civil y Comercial o con la asistencia del representante legal, según corresponda. En ambos supuestos, ante la falta o ausencia de quien debe prestar el asentimiento, puede hacerlo un allegado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Código Civil y Comercial.

Así, el proyecto reconoce que, por regla, las personas gestantes con discapacidad tienen derecho a brindar su consentimiento informado para la práctica de la IVE, por sí mismas. Esta regla general es respetuosa de los derechos de las personas con discapacidad. El texto de la Campaña avanzaba un paso más y también reconocía expresamente que las personas con discapacidad tienen derecho a acceder a un sistema de apoyos para brindar el consentimiento, si ellas así lo solicitan. Las futuras propuestas legislativas en materia de IVE deberían mantener estas disposiciones.

Sin embargo, el proyecto votado por la Cámara de Diputados establece dos excepciones a esta regla general que no resultan plenamente respetuosas de la CDPD. La primera excepción aplica a las personas con discapacidad que cuentan con una restricción expresa al ejercicio de su derecho a tomar decisiones en materia de IVE, establecida por sentencia judicial en virtud del artículo 32 del Código Civil y Comercial (CCyC). De acuerdo con este artículo,

... el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

El artículo 32 del CCyC también dispone que la sentencia que restringe la capacidad jurídica en relación con determinados actos –en este caso, el consentimiento para la IVE– “debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43 [del mismo código], especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades

y circunstancias de la persona”. En estos supuestos, la intervención del sistema de apoyos es obligatoria.

En otras palabras, el proyecto de la Cámara de Diputados no cuestiona que una sentencia judicial puede restringir la capacidad jurídica de una persona con discapacidad para brindar su consentimiento para la IVE y que esa restricción puede estar basada en la discapacidad de la persona (i.e. el hecho de que la persona “[padezca] una adicción o una alteración mental permanente o prolongada”). También establece que la asistencia de los apoyos es obligatoria en estos casos y, por ende, no depende de la voluntad de la persona. Restringiendo aún más los derechos de las personas con discapacidad, el proyecto también hace referencia a la necesidad de que quienes actúen como sistemas de apoyo brinden su “asentimiento”, sin que quede claro si, a los fines del proyecto de ley, “asentimiento” es sinónimo de “asistencia”.

De esta manera, el proyecto desconoce que el Estado debe velar porque “las decisiones relativas a la integridad física o mental de una persona sólo se puedan adoptar con el consentimiento libre e informado de la persona en cuestión”.⁶¹ También desconoce que, como ya se señaló, la discapacidad nunca puede utilizarse como fundamento para restringir el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica, que comprende el derecho a brindar el consentimiento para la IVE.

Por su parte, la forma en que el proyecto regula los sistemas de apoyo desconoce que la función de los apoyos no es verificar que la persona tome una decisión “correcta”, sino asistirle en la toma de decisiones. En consecuencia, nunca puede exigirse el asentimiento o consentimiento de la persona que actúa como sistema de apoyo.

Este tipo de regulaciones también parece ignorar que “[todas] las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica [...] deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona”.⁶² Al mismo tiempo, ignora que las personas tienen “derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento”.⁶³

El proyecto debería ser modificado de conformidad con estos estándares. En particular, debería incluir una disposición orientada a

61. Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 1, *op. cit.*, párr. 42. El destacado me pertenece.

62. *Ibidem*, párr. 29, inc. b).

63. *Ibidem*, inc. h).

modificar el artículo 32 del CCyC de modo tal de dejar en claro que el derecho de las personas con discapacidad intelectual y/o psicosocial a brindar su consentimiento para la IVE está excluido del conjunto de derechos cuyo pleno ejercicio puede restringirse en virtud de ese artículo. Esto sin perjuicio del deber del Estado de derogar el artículo 32 del CCyC por resultar contrario a su obligación de garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer plenamente su capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con las demás personas.

Los proyectos que, a futuro, procuren regular el consentimiento para la IVE también deberían dejar en claro que las personas con discapacidad son las únicas legitimadas para solicitar tanto el acceso a sistemas de apoyo como el cese de la prestación de estos servicios. También deberían establecer expresamente que las personas con discapacidad tienen derecho a decidir qué tipo de apoyos necesitan, quién/es lo prestará/n y cómo lo hará/n. Finalmente, los proyectos deberían contemplar salvaguardas para evitar abusos por parte de quienes se desempeñan como sistemas de apoyo y, en particular, que los sistemas de apoyo sustituyan a la persona en la toma de decisiones.

Como ya se señaló, las decisiones judiciales adoptadas en relación con la Resolución N° 1252 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ofrecen buenos lineamientos al momento de regular los sistemas de apoyo. Del mismo modo, las resoluciones adoptadas por el GCBA para cumplir con lo establecido en estas decisiones brindan ejemplos sobre buenas (y malas) prácticas en la materia.

La segunda excepción al carácter personal del consentimiento aplica a las personas con discapacidad que han sido declaradas incapaces. De acuerdo con el texto votado por la Cámara de Diputados, la persona declarada incapaz deba prestar su consentimiento “con la asistencia” y/o asentimiento de su representante legal o la de “un allegado”. Esta disposición parece desconocer que, en virtud del artículo 32 del CCyC, una persona declarada incapaz está, por definición, “absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad”, por lo que no estaría en condiciones de brindar su consentimiento, incluso con la asistencia de sistemas de apoyo.

Los estándares internacionales reseñados en las primeras páginas de este documento ofrecen lineamientos para regular este supuesto de un modo respetuoso de los derechos de las personas con discapaci-

dad y sin realizar “distingos entre las personas con discapacidad o sin ella”.⁶⁴ A la luz de estos lineamientos, los proyectos de ley que se elaboran en el futuro deberían establecer que si una persona se encuentra “absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado”, se puede prescindir de su consentimiento si y sólo si es necesario realizar la interrupción del embarazo en forma “inmediat[a], de urgencia o de emergencia” ante la existencia de “un grave riesgo contra [su] vida o [su] salud”.⁶⁵ También debería dejarse en claro que

... la urgencia o emergencia se refiere a la inminencia de un riesgo y, por ende, a una situación en que la intervención es necesaria ya que no puede ser pospuesta, excluyendo aquellos casos en los que se puede esperar para obtener el consentimiento.⁶⁶

Palabras finales

El reciente debate legislativo (y social) en materia de despenalización y legalización de la interrupción voluntaria del embarazo fue un paso adelante histórico en la lucha por el pleno reconocimiento de los derechos fundamentales de todas las personas con capacidad de gestar, incluidas las personas con discapacidad. A partir del análisis de buenas prácticas y desafíos identificados tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como en el proyecto de ley votado por la Cámara de Diputados, estas páginas ofrecen algunos lineamientos que procuran contribuir a enriquecer y profundizar el debate de iniciativas legislativas plenamente respetuosas del derecho de las personas con discapacidad a brindar su consentimiento informado para la IVE. De esta manera, también #SeráLey para las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás personas.

64. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, *op. cit.*, párr. 66. El destacado me pertenece.

65. Corte IDH, caso “I.V. vs. Bolivia”, *op. cit.*, párr. 177.

66. Ídem. El destacado me pertenece.

El fallo “F.A.L.” en el debate legislativo sobre aborto: un precedente desaprovechado

Felicitas Rossi*

Introducción

Las maratónicas sesiones del 13 y 14 de junio de 2018 en la Cámara de Diputados y del 8 y 9 de agosto del mismo año en la Cámara de Senadores estuvieron cargadas de efervescentes discursos a favor y en contra de la despenalización y legalización del aborto en nuestro país.¹ Estas sesiones fueron precedidas por una serie de audiencias públicas en las que expusieron un total de 864 personas durante veintidós jornadas (quince en Diputados y siete en Senadores), un ejercicio de democracia deliberativa sin precedentes en la historia de nuestro país y de la región. En estas audiencias escuchamos argumentaciones de todo tipo: biológicas, médicas, filosóficas, religiosas, bioéticas, económicas, jurídicas y de salud pública. Escuchamos también falsedades y tergiversaciones de todo tipo, muchas de las cuales fueron reproducidas en el debate legislativo.

En el año 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictaba una sentencia histórica en favor del derecho a la interrupción del embarazo en los supuestos permitidos por el Código Penal desde 1921, conocida como fallo “F.A.L.”

* Diplomada en Derechos Humanos y Mujeres por la Universidad de Chile. Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Cursó la especialización en Estudios y Políticas de Género de la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Actualmente es consultora independiente. Fue Directora del área de Derechos Sociales y Coordinadora del área Litigio de Interés Público en la Asociación por los Derechos Civiles; consultora en temas de salud sexual y reproductiva para distintos organismos públicos y de la sociedad civil; integrante del Observatorio de Género en la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

1. Agradezco a Mercedes Cavallo y a Ramiro Álvarez Ugarte por los intercambios y comentarios que enriquecieron este trabajo.

En aquel entonces celebramos la sentencia de la Corte Suprema como un paso trascendental, no sólo porque daba fin a una disputa de notoria gravedad social e institucional que desde hacía años venía perjudicando los derechos más elementales de mujeres y personas gestantes, sino también porque los argumentos del tribunal permitían avanzar hacia una discusión más profunda y necesaria: la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo temprano.² En efecto, nuestro Máximo Tribunal brindó respuestas jurídicas contundentes a las principales objeciones esgrimidas por los grupos conservadores para avanzar en esa dirección. Entre ellas, que no existe un deber del Estado de proteger jurídicamente al embrión mediante la criminalización del aborto; que el embrión no es una persona en términos jurídicos; que el derecho a la vida no es absoluto; que la dignidad de las personas implica consagrarlas como un fin en sí mismas y prohíbe que sean tratadas en forma utilitaria, en este caso, a los fines meramente reproductivos; y que el derecho penal es un método regulatorio de último recurso.

Dada la importancia de este precedente para el debate sobre aborto, en este trabajo me propongo analizar cuánto, cómo y por quién fue utilizado el fallo “F.A.L.” en las sesiones de ambas Cámaras. ¿Cuántas veces fue mencionado? ¿Fue aludido más en Diputados que en Senadores, o al revés? ¿Qué uso se le dio? ¿Con qué objetivo? ¿Se citó más para apoyar posturas favorables o desfavorables a la legalización? ¿Fue aprovechada toda su potencialidad? ¿Se observan diferencias respecto a su uso en ambas cámaras? ¿Diferencias respecto al uso que se le dio en las audiencias públicas? ¿Aporta algún resultado llamativo el análisis por género y partido político de quienes lo mencionaron?³

2. Cavallo, Mercedes; Rossi, Felicitas, “El caso ‘F.A.L.’: un avance hacia la legalización del aborto”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, N° 7, julio de 2012.

3. Para el análisis utilicé las versiones taquigráficas de las sesiones de ambas Cámaras disponibles en las páginas web oficiales. Con el buscador de palabras, registré la cantidad de veces que se mencionó la sigla “F.A.L.” o sus variantes “F.A.L.” o “FAL”. También busqué las palabras “Corte” y “Tribunal”, a fin de captar posibles alusiones a esta jurisprudencia y/o posibles referencias al rol simbólico e institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Luego, anoté el nombre, género, partido político y voto de las/os legisladoras/es que mencionaron el fallo. Finalmente, extracté y analicé cada mención a los fines de clasificarlas en las categorías que más adelante se exponen. A fin de igualar criterios, aclaro que sólo analicé las intervenciones orales, no así los discursos escritos cuya inserción al Diario de Sesiones respectivo solicitaron varias/os

Las respuestas a estas preguntas iniciales permiten dar cuenta, entre otras cosas, acerca de qué valor se le otorgó a este precedente y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como garante supremo de los derechos humanos y último intérprete de la Constitución Nacional, en el debate legislativo. Y, en términos generales, abren nuevos interrogantes sobre el rol institucional de la Corte Suprema en nuestra democracia.

El artículo tiene la siguiente estructura. En primer lugar, sintetizo brevemente qué es lo que aporta(ba) jurídicamente el fallo “F.A.L.” a este debate. En segundo lugar, describo cuánto y por quién fue utilizado este precedente en ambas Cámaras en números, por género y colores políticos. En tercer lugar, presento un análisis de los usos que se le dio al fallo en el debate junto con las categorías elegidas para clasificar cada tipo de mención. Unas breves reflexiones finales cierran el trabajo.

¿Qué aporta(ba) el fallo “F.A.L.” al debate sobre la legalización del aborto?

La sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso “F.A.L.”⁴ fue un fallo histórico para el avance del derecho al aborto en Argentina y en la región. A lo largo de estos años, ha sido una especie de constitución nacional del derecho al aborto legal en tanto principal sustento jurídico para que las/os profesionales de la salud dispuestas/os pudieran realizar la práctica con mayor certidumbre legal. Y sin dudas, y aún con muchas resistencias, también contribuyó a abonar un terreno fértil para lograr la despenalización social del aborto y para recomenzar la discusión sobre su legalización en nuestro país. En efecto, entre otras características destacables, el fallo aporta múltiples argumentos jurídicos a ese debate.

legisladoras/es. Ello dado que la versión taquigráfica de la sesión de diputados disponible en la página oficial no incluye las inserciones y la versión taquigráfica de senadores, sólo incluye las que fueron remitidas a la Dirección General de Taquígrafos.

4. CSJN, caso “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”, sentencia del 13/03/2012, Fallos: 335:197. El caso había sido previamente decidido por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Chubut que había resuelto favorablemente el pedido para acceder a un aborto formulado por la madre de una adolescente violada por su padrastro. La práctica se llevó a cabo en marzo de 2010 en un centro médico de Trelew. Luego de que el aborto fuera practicado, el Asesor General Subrogante de la provincia de Chubut, en su carácter de Tutor *ad-litem* y Asesor de Familia e Incapaces, interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia en representación del *nasciturus*.

Si bien la sentencia dictada por la Corte en este caso versó sobre uno de los supuestos en los que el aborto ya es legal, lo cierto es que el desarrollo argumental relativo a la compatibilidad de esta regulación con el marco normativo constitucional y convencional vigente fijó criterios y principios mínimos para la conversación sobre los derechos de las mujeres y personas gestantes sobre sus propios cuerpos. Estos criterios y principios, en efecto, constituyen respuestas jurídicas a las objeciones tradicionales contra la legalización del aborto. En síntesis, de los fundamentos de la Corte en el fallo “F.A.L.” pueden extraerse las siguientes afirmaciones que contribuyen a ese debate:⁵

- El artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional no sirve de base para criminalizar el aborto temprano por cuanto, al hacer referencia al deber de proteger al niño desde el embarazo, no busca atribuir competencia al Poder Legislativo a los efectos de dictar un marco punitivo, sino únicamente un marco específico de seguridad social (considerando 9).
- El artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no sirve de base para criminalizar el aborto temprano porque la referencia a que el derecho a la vida “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”, no tuvo otra finalidad que permitir la ratificación del instrumento por parte de numerosos Estados que legislaban de modo diverso la cuestión del aborto. Con la expresión referida, la CADH no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida del embrión (considerando 10).
- El artículo 2 de la Ley N° 23849, que aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), no sirve de base para criminalizar el aborto temprano porque la afirmación de que se entenderá por niño “todo ser humano desde el momento de la concepción”, se trata de una mera declaración interpretativa y no una reserva que altere el alcance con que la CDN rige en nuestro país (considerando 13).
- Los artículos 3 y 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) tampoco sirven de base para criminalizar el aborto temprano por cuanto el derecho a la vida y a la personalidad jurídica consagrados en dichos artículos deben

5. Afirmaciones extraídas casi textualmente de Cavallo, Mercedes; Rossi, Felicitas, “El caso ‘F., A. L.’: un avance hacia la legalización del aborto”, *op. cit.*

ser garantizados a los seres humanos sólo a partir de su nacimiento de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de dicho instrumento (considerando 11).

- De la dignidad de las personas, reconocida en diversas normas convencionales, se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente (cfr. considerando 16). La criminalización del aborto, incluso con causales de excepción, contraría este principio en cuanto afirma un valor instrumental de las mujeres en su capacidad reproductiva.
- Los principios de estricta legalidad y *pro homine* obligan, respectivamente, a priorizar una interpretación acorde con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última *ratio* del ordenamiento jurídico y a privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (cfr. considerando 17). Los altos números de aborto clandestino en Argentina determinan, entre otras razones, la ineficacia de su penalización. En este contexto, la afirmación del derecho penal como método regulatorio de último recurso refuerza el argumento a favor de la legalización del aborto.

Como vemos, el fallo “F.A.L.” aportaba al debate legislativo diversos argumentos jurídicos de envergadura que sostenían una postura favorable a la legalización del aborto. De hecho, este precedente fue invocado en ese sentido por una enorme cantidad de expositoras/es a lo largo de las audiencias públicas en ambas Cámaras. Sin embargo, al analizar las intervenciones de las/os legisladoras/es en el debate en el Congreso, pocas fueron las alusiones al fallo y pocas y pobres las referencias a su contenido jurídico.

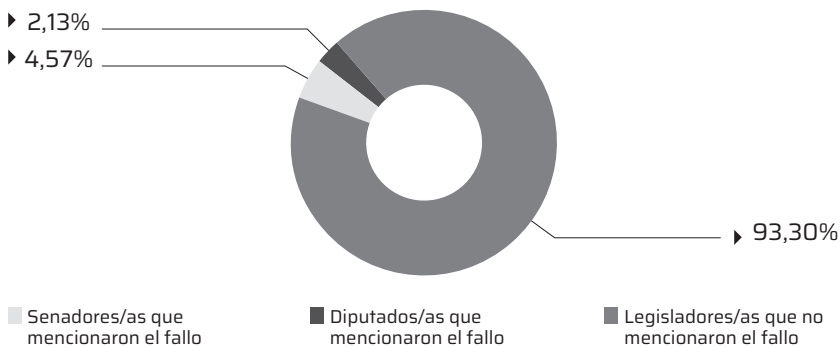
El uso de “F.A.L.” en números, por género y colores políticos

El primer gran dato que arroja este estudio es que el fallo “F.A.L.” fue muy poco utilizado en el debate legislativo sobre aborto: tomando en conjunto ambas Cámaras, sólo veintidós (22) legisladoras/es mencionaron el fallo de un total de doscientos treinta y cinco (235) oradoras/es que tomaron la palabra y trescientos veintiocho (328) votantes en total.

Un segundo dato que llama la atención son las escasas menciones que tuvo el fallo en la sesión de Diputados, habiendo sido la Cámara que aprobó la media sanción del proyecto de ley sobre interrupción legal del embarazo (en adelante, proyecto de ley). Por el contrario, tuvo casi el triple de referencias en la Cámara que terminó rechazando dicho proyecto. Veamos.

En la sesión de la Cámara baja, el fallo fue aludido nueve veces por tan sólo siete diputadas y diputados,⁶ de los ciento setenta y tres (173) oradoras/es que expusieron ese día en el recinto. Recordemos que el total de votantes fue de doscientos cincuenta y siete (257), ciento veintinueve (129) a favor, ciento veinticinco (125) en contra y una abstención. Mientras que en la Cámara alta, el fallo fue mencionado veinticinco (25) veces por quince (15) senadoras y senadores,⁷ de un total de sesenta y dos (62) oradoras/es que expusieron ese día en el recinto. Recordemos que el total de votantes en este caso fue de setenta y uno (71), de los cuales treinta y uno (31) votaron a favor, treinta y ocho (38) en contra, y dos se abstuvieron.

El siguiente gráfico muestra estos datos en porcentajes, sobre el total de votantes en ambas cámaras.



Fuente: elaboración propia en base a la cantidad de legisladores/as que mencionaron el fallo "F.A.L." en las sesiones de ambas cámaras.

6. Además, una diputada y un diputado hicieron referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pero sin mencionar expresamente el fallo "F.A.L."

7. Además, un senador hizo referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pero sin mencionar expresamente el fallo "F.A.L."

El tercer dato indica que la intuición respecto a que “F.A.L.” se usó más para apoyar posturas favorables a la legalización del aborto, se confirma más fuertemente en la sesión de la Cámara de Diputados, mientras que en la Cámara de Senadores los porcentajes de quienes mencionaron el fallo y votaron a favor prácticamente se igualan respecto de quienes votaron en contra o se abstuvieron. En la Cámara baja, de los siete diputadas/os que mencionaron “F.A.L.”, seis votaron a favor del proyecto de ley y sólo uno en contra. Mientras que en la Cámara alta, de las/os quince senadoras/es que lo mencionaron, ocho votaron a favor del proyecto, y siete votaron en contra o se abstuvieron. Como veremos, esto puede deberse a que varios senadores que rechazaron el proyecto, pero que también reconocían la necesidad de dar algún tipo de respuesta frente al problema de salud pública que quedó en evidencia, postularon que la alternativa era fortalecer los estándares fijados por la Corte a fin de garantizar en todo el país el acceso al aborto en los supuestos en los que ya es legal.

Por otro lado, dado que son escasas las menciones al fallo en general, el dato desagregado por género no permite realizar observaciones interesantes. Nuevamente, tomando en conjunto ambas Cámaras, de los catorce legisladores varones que mencionaron “F.A.L.”, ocho votaron a favor del proyecto, cinco en contra y uno se abstuvo. Y de las ocho legisladoras mujeres que lo mencionaron, seis votaron a favor, una en contra y una se abstuvo. Desagregado por Cámara, en Diputados el número de mujeres y varones es el mismo: tres diputadas y tres diputados mencionaron el fallo y votaron a favor del proyecto; y ninguna diputada y sólo un diputado lo usó y votó en contra. En la Cámara alta, fueron cinco los senadores y tres las senadoras que mencionaron el fallo y votaron a favor del proyecto y un senador se abstuvo; mientras que fueron cuatro senadores y una senadora quienes votaron en contra y otra se abstuvo.

La procedencia política de las/os legisladoras/es que hicieron referencia al fallo es variada y tampoco arroja datos significativos. En la Cámara baja, de los seis diputadas/os que mencionaron el fallo y votaron a favor del proyecto, dos son del Frente para la Victoria (FPV), dos de la Unión Cívica Radical (UCR), una del Frente de Izquierda y una del Peronismo para la Victoria. Quien mencionó el fallo y votó en contra del proyecto es un diputado de la UCR. En la Cámara alta, de los ocho que mencionaron el fallo y votaron a favor, cuatro son del FPV,

tres del Frente o Alianza Cambiemos y uno de Chubut Somos Todos. De los cinco que mencionaron el fallo y votaron en contra, uno es del FPV, uno de Alianza Cambiemos, una de Alianza Unión Pro, uno del Frente Popular Salteño, uno del Frente Renovador de la Concordia. Quienes se abstuvieron, uno es un senador de Alianza FPV; otra, una senadora del Movimiento Popular Neuquino.

El uso de “F.A.L.” en contenido

Como ya dijimos, el fallo “F.A.L.” aportaba diversas argumentaciones jurídicas al debate sobre despenalización y legalización del aborto, en especial, las dirigidas a demostrar la compatibilidad del aborto legal con el marco normativo nacional e internacional. Sin embargo, al estudiar las intervenciones de las/os legisladoras/es, pocas y pobres fueron las referencias a su contenido jurídico.

En general, todas las intervenciones analizadas, tanto en Diputados como en Senadores, mencionaron el fallo para referir al régimen de causales vigente; en su mayoría para reafirmar en pocas líneas su constitucionalidad o para denunciar el incumplimiento de los lineamientos establecidos por la Corte en relación con los protocolos de atención de los abortos no punibles. Unas pocas alusiones se orientaron a apoyar el argumento relativo a que ni la Constitución Nacional ni los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscriptos por nuestro país prohíben el aborto ni imponen que las normas internas deban penalizarlo. Asimismo, es relevante señalar que sólo una diputada, dos diputados y una senadora hicieron una referencia más completa al alcance del derecho a la vida receptado por la Corte Suprema en “F.A.L.” sobre la base de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y otras normativas y antecedentes internacionales. Por el contrario, ningún senador o senadora que mencionó “F.A.L.” y votó en contra hizo referencia a la interpretación de la Corte sobre el alcance de este derecho, salvo la senadora que se abstuvo quien, en una referencia implícita al fallo, afirmó que la vida no es un derecho absoluto. También se observa que ninguna/ningún legisladora/legislador aprovechó el argumento de nuestro Máximo Tribunal sobre el principio de inviolabilidad de las personas derivado

de su dignidad intrínseca que impide exigirles que realicen, en beneficio ajeno, “sacrificios de envergadura imposible de conmensurar”; en otras palabras, la prohibición de que las mujeres y personas gestantes sean tratadas en forma utilitaria como medio para beneficiar a otras personas o a algún bien colectivo, tal como sucede cuando se las fuerza a continuar con un embarazo que no desean.

Respecto al rol simbólico e institucional de la Corte Suprema de Justicia, llama la atención que sólo un senador mencionó y valoró expresamente a nuestro Máximo Tribunal como último intérprete de las leyes y de la Constitución Nacional, al referirse a la constitucionalidad del régimen de causales vigente. Y sólo una senadora expresó que la Corte en “F.A.L.” estableció la obligación del Estado argentino de seguir las recomendaciones e interpretaciones de los organismos internacionales en relación con el aborto. Sin perjuicio de ello, es posible afirmar que, en general, las/os legisladoras/es que usaron “F.A.L.” y votaron en contra del proyecto de ley de todos modos, reafirmaron la autoridad de la Corte Suprema en cuanto ratificó la constitucionalidad del régimen de causales vigente y exhortó (algunos dicen “obligó”) a las provincias a dictar protocolos de atención de los abortos no punibles. Esta observación es relevante ya que uno de los recursos de quienes expusieron en las audiencias previas –y de los grupos conservadores en general– para rechazar la legalización del aborto fue desacreditar el fallo y la visión de la Corte sobre el tema.⁸ Al menos ello no sucedió explícitamente en el debate legislativo entre quienes mencionaron el fallo y rechazaron el proyecto de ley. Sin embargo, y por razones obvias de conveniencia, ninguno de ellos se refirió en forma precisa ni completa al contenido jurídico del fallo.

A continuación, se expondrán en detalle los distintos usos del precedente de la Corte Suprema en el debate legislativo. Las referencias al

8. Entre otras cosas, se sostuvo, por ejemplo, que el fallo “F.A.L.” es inconstitucional, que la Corte Suprema se equivocó, que su visión es sesgada, que no resulta necesario leer los argumentos esgrimidos por la Corte porque la Constitución es clara, que la Corte se atribuyó potestades del Poder Legislativo dado que modificó el Código Penal, y del Poder Ejecutivo dado que impartió órdenes sanitarias a las provincias, que es un fallo nulo por ausencia de gravamen actual ya que salió un año y medio después de que se realizara el aborto legal (Ver ELA, REDDAS, CEDES, “Monitoreo del debate sobre legalización del aborto en Argentina”, informes I, II y III, abril y mayo de 2018. Disponible en: <http://www.redaas.org.ar/actividades-documentos> (fecha de consulta: 20/02/2019).

fallo fueron clasificadas según quienes votaron a favor o en contra del proyecto de ley y según quienes hicieron referencia, en mayor o en menor medida, a su contenido jurídico y quienes no lo hicieron.⁹ De modo que las categorías elegidas y las observaciones son las siguientes:¹⁰

1. Menciona para apoyar voto, en general, favorable al proyecto de ley sin referencia a su contenido jurídico: En este grupo, encontramos a dos diputadas y cinco senadoras/es, de los cuales todos votaron a favor del proyecto de ley salvo un senador que se abstuvo. Algunas de estas menciones se dirigieron a denunciar el incumplimiento por parte de las provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) de los lineamientos establecidos en el fallo para los protocolos de atención de los abortos no punibles (intervenciones de la diputada del Plá, de las senadoras Rodríguez Machado y Fernández Sagasti, y de los senadores Guastavino, Pichetto y Perotti); otras a celebrarlo como un avance que ha permitido el dictado de protocolos “que funciona(n) perfectamente” (intervención de la diputada Horne) o que han mejorado el registro de casos y disminuido la mortalidad materna en su provincia (intervención del senador Luenzo).
2. Menciona para apoyar voto, en general, favorable al proyecto de ley con referencia, en mayor o menor medida, a su contenido jurídico: En este grupo encontramos a cuatro diputadas/os y siete senadoras/es de los cuales todas/os votaron a favor del proyecto de ley, salvo una senadora que se abstuvo. Algunas de estas menciones fueron dirigidas a ratificar, en pocas líneas, la vigencia y/o constitucionalidad del régimen de causales actual (intervenciones del diputado Rossi, de las senadoras Kunath y Crexell, y de los senadores Schiavoni, Martínez y Pichetto); otras, más precisas, orientadas a apoyar el argumento relativo a que ni la Constitución Nacional ni los Tratados de Derechos Humanos suscriptos por nuestro país

9. Con la expresión “contenido jurídico” me refiero a aquellos discursos que citaron alguno de los argumentos interpretativos expuestos por la Corte en el fallo “F.A.L.” o aquellos que lo mencionaron, al menos, para reafirmar la vigencia y/o constitucionalidad del régimen de causales actual.

10. Las categorías clasifican los distintos usos del fallo; por ende, si alguna/algún legisladora/legislador lo usó en más de un sentido, ello se consigna en cada subcategoría.

prohíben el aborto ni imponen que las normas internas deban penalizarlo (intervención de la diputada Rach Quiroga y del senador Guastavino); otras dirigidas a especificar el alcance del derecho a la vida receptado por la Corte Suprema sobre la base de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y otras normativas y antecedentes internacionales (intervenciones de la diputada Rach Quiroga, de los diputados Menna y Cantard,¹¹ y de la senadora Fernández Sagasti quien, además, refirió que la Corte en “F.,A.L.” interpretó cuál es la obligación del Estado argentino respecto de las recomendaciones de los organismos internacionales).

3. Menciona para apoyar voto contrario al proyecto de ley sin referencia a su contenido jurídico: En este grupo encontramos sólo a una senadora, cuya mención se orientó a concluir que, si existen *posturas contrapuestas* respecto del régimen de causales vigente, “mucho más complejo sería flexibilizar el aborto legal ante cualquier situación” (intervención de la senadora Varela).
4. Menciona para apoyar voto contrario al proyecto de ley con referencia, en mayor o menor medida, a su contenido jurídico: En este grupo encontramos a un diputado y cinco senadores. Algunas de estas menciones se dirigieron a ratificar, en pocas líneas, la constitucionalidad del régimen de causales vigente y a afirmar la obligación de las provincias de dictar protocolos o denunciar el incumplimiento de esta obligación (intervenciones de los senadores Closs, Cobos y Perotti), o que el artículo 86 del Código Penal debe ajustarse a los lineamientos del fallo (intervención del diputado Petri); otras favorables a que se discuta un nuevo proyecto que transforme en ley los lineamientos establecidos por la Corte (intervenciones de los senadores Urtubey, Romero y Cobos), o aun ampliarlos (intervención del senador Perotti).
5. Referencia general a la jurisprudencia de la Corte Suprema, para apoyar voto favorable al proyecto de ley, sin mención ex-

11. Si bien Cantard no especifica los estándares de la Corte en “F.A.L”, la mención al fallo está incluida en un párrafo que menciona la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que fija el alcance del derecho a la vida y diversas recomendaciones de organismos internacionales relativas a la despenalización del aborto, en cualquier caso.

presa del fallo “F.A.L.”: En este grupo encontramos solamente a una diputada, un diputado y un senador. Una de estas menciones para referir que la Corte ha zanjado la discusión sobre los estatus jurídicos que le corresponden a un embrión y a una persona (intervención de la diputada Martínez); otra dirigida a afirmar que la despenalización es hablar de salud pública (intervención del diputado Borsini); otra para apoyar el argumento de que no hay derechos absolutos (intervención del senador Pais).

Reflexiones finales

Las interpretaciones jurídicas realizadas por la Corte Suprema en el fallo “F.A.L.”, junto con otras interpretaciones y recomendaciones provenientes del sistema internacional de los derechos humanos, permiten afirmar que pasar de un sistema de regulación del aborto exclusivamente basado en causales a un sistema mixto basado en plazos y causales es consistente con nuestra Constitución Nacional y con los Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país. Sin embargo, y contrariamente a lo esperado, la inmensa mayoría de las/os legisladoras/es en el debate optó por ignorar el precedente más reciente, rico y relevante sobre el tema.

Este solo dato nos tiene que decir algo sobre el valor que le asigna el Poder Legislativo a la cabeza del Poder Judicial o, en otros términos, cuánto conoce, usa y valora un órgano de mayorías la jurisprudencia de un órgano contramayoritario en una conversación pública de estas características; y cómo ello afecta nuestra democracia; porque en cierta forma, al menos en este debate legislativo, se desconoció el rol institucional y simbólico de la Corte Suprema como último intérprete de la Constitución Nacional y el carácter vinculante de sus interpretaciones. Para realizar una afirmación general sobre este punto, habría que indagar si la poca utilización de la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal es común a todos los debates legislativos en temas de trascendencia o si sólo fue propio de este debate. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que en esta discusión los argumentos de tipo jurídico primaron sobre otros en los discursos de quienes rechazaron el proyecto de ley. En efecto, el fundamento principal contra la legalización del aborto giró en torno a

la protección jurídica de la vida “desde la concepción” y a que liberalizar el aborto a demanda violaría la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país. Este estudio confirma que, quienes se oponen a la legalización del aborto, ignoran sin más las interpretaciones que los órganos competentes hacen de la normativa constitucional e internacional vigente. También tergiversan a su conveniencia el texto de esas normativas para hacerle decir lo que no dicen; afirmación que otro estudio más amplio deberá corroborar respecto de este debate. Basta decir aquí que, de la simple lectura de estos discursos, surge que –al igual que ciertas/os juristas de renombre que expusieron en las audiencias previas– muchas/os legisladoras/es no describieron lo que dice nuestro derecho, sino lo que querrían que el derecho dijera. Porque, tal como concluyeron Ramón Michel y Gargarella respecto de aquellos juristas, si hubieran respondido la pregunta relevante sobre si es constitucional el aborto a la luz de la normativa y jurisprudencia vigente, deberían haber comenzado por decir lo que procuraron dejar oculto.¹² Esta circunstancia confirma también que fueron otros factores (convicciones religiosas, presión de la Iglesia católica, alianzas o acuerdos políticos, etc.) los que pesaron más en la decisión de quienes votaron en favor de la anomia.

Tal vez lo más llamativo de este estudio es que el fallo “F.A.L.” también fue ignorado por la mayoría de las/os legisladoras/es que apoyaron el proyecto de ley. Y entre quienes mencionaron el fallo, sólo unas/os pocas/os se refirieron, en detalle, al contenido jurídico que respaldaba su voto.

Esto también dice algo sobre el nivel argumental de nuestras/os representantes. Por supuesto, no se pasa por alto que los discursos en el Congreso son eminentemente políticos y tampoco se pretende que las/os legisladoras/es argumenten como juristas, sino simplemente que sus decisiones se sustenten en razonamientos serios basados en evidencia y en interpretaciones autorizadas del derecho vigente.

Otro hallazgo interesante de este estudio es que el fallo “F.A.L.” tuvo casi el triple de referencias en la Cámara que terminó rechazando el

12. Ramón Michel, Agustina; Gargarella, Roberto, “La ley del aborto y siete problemas del prohibicionismo”, en *El Cronista*, 20/06/2018. Disponible en: www.cronista.com/columnistas/La-ley-del-aborto-y-siete-problemas-del-prohibicionismo-20180719-0102.html (fecha de consulta: 21/02/2019).

proyecto de ley. Como se dijo, esto puede deberse a que varias/os senadoras/es que votaron en contra de la legalización del aborto, pero que también reconocían la necesidad de dar algún tipo de respuesta frente al problema de salud pública, postularon que la alternativa era fortalecer los lineamientos fijados por la Corte para garantizar el acceso a los abortos que ya son legales. Otra posibilidad es que varias/os senadoras/es, independientemente de su voto en favor o en contra del proyecto, hayan optado por defender el fallo “F.A.L.” ante las posturas más extremas que proponían retrotraer la discusión a una situación legal previa a 1921.

Por otro lado, se rescata como positivo que ninguna/ningún legisladora/legislador descalificó explícitamente el fallo de la Corte, como sí ocurrió durante las audiencias previas. Por el contrario, como vimos, aquellas/os senadoras/es que –aun votando en contra del proyecto de ley– aludieron al fallo, en general lo hicieron para proponer que los lineamientos allí establecidos para los protocolos de atención adquirieran fuerza de ley a fin de garantizar, al menos, el acceso a los abortos legales; reconociendo así cierta autoridad a la Corte. Otro estudio que indague acerca de cuántas/os legisladoras/es argumentaron en contra de los postulados de “F.A.L.” sin mencionarlo expresamente, completaría la otra cara de esta misma moneda.

En conclusión, es claro que el fallo “F.A.L.”, a pesar de su actualidad, relevancia y riqueza, no fue aprovechado en toda su potencialidad en el debate legislativo. Sería deseable que en los debates futuros más legisladoras/es se comprometieran seriamente con su rol hasta que, por fin, en nuestro país el aborto sea legal.

Capítulo 6
Autonomía de los cuerpos y construcción
de ciudadanía

Género y bioética. Reflexiones para la construcción de ciudadanía en salud de niñxs y adolescentes trans

María Victoria Schiro*

Introducción

La construcción de ciudadanía de la niñez y adolescencia trans tiene el derecho a la salud como uno de sus puntos básicos, cuestión que involucra el acceso a este en condiciones de igualdad, libertad y autonomía. La convergencia entre el estatus jurídico de niñxs y adolescentes, el derecho a la identidad de género y el derecho a la salud son el punto de partida de estas reflexiones, las que intentarán asumir una perspectiva teórica asentada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Bioética. Esta última brinda un marco teórico de enfoque y delimitación en materia de autonomía y salud que, en interacción con el Derecho, permite enriquecer la perspectiva de análisis.

Un punto de partida: Estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la construcción de ciudadanía de niñxs y adolescentes trans en materia de derechos sexuales y de salud

Entendemos como punto de partida del análisis de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este tema aludir al concepto de generización, “a través del cual pretendemos condensar

* Doctora en Derecho y Magíster en Derecho Privado por la Universidad Nacional de Rosario. Vicedirectora del Centro de Estudios Jurídicos de la Persona y la Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Secretaria Académica de la misma Unidad Académica. Docente de posgrado en Argentina y en el exterior. Autora y coautora de libros, capítulos de libros y artículos en revistas en materia de Derecho de Familia, Derecho sucesorio y Bioética. Ponente, disertante y conferencista en Jornadas, congresos y eventos de las disciplinas mencionadas.

en una sola palabra el fenómeno de transversalidad o impregnación de la temática analizada (la protección internacional de los derechos humanos), por el género como concepto y perspectiva de análisis”¹

Entiende Muñoz que, si bien el derecho de igualdad ante la ley, junto con la prohibición de la discriminación, han sido plasmados en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos de naturaleza genérica, y ello es sin duda una conquista y un baluarte para la defensa de los derechos de la mujer,

... con el tiempo se han demostrado insuficientes y la tendencia es a la sensibilización de los nuevos instrumentos internacionales sobre derechos humanos (declaraciones, convenciones, resoluciones, documentos emanados de Conferencias Mundiales...), en aras de reconocer la especificidad de las mujeres como sujetas de esos derechos, tomando en cuenta la construcción social del género, y reconduciendo esa construcción por el camino de una igualdad real que no desprecie las diferencias.²

Nos preguntamos en otro trabajo si se halla de igual modo “impregnada” la protección internacional de los derechos humanos por la temática atinente a la orientación sexual e identidad de género, entendiendo que aquí también media una especificidad en cuanto a lxs sujetxs involucradxs y una necesidad de reconducir la construcción social del género por el camino de igualdad real que atienda a las diferencias, tal como afirma la autora respecto de las mujeres.³ Máxime cuando existe una historia en común de opresión estatal, puesto que, a lo largo de los siglos, los gobiernos han utilizado el derecho penal como el instrumento principal para expresar y controlar la moralidad cuando de mujeres y disidencias sexuales se trata: la prohibición del control de la natalidad y el aborto, la penalización y estigmatización

1. García Muñoz, Soledad, “La progresiva generización de la protección internacional de los derechos humanos”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 2, junio de 2001. Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num2/notas/progresiva-generizacion-proteccion-internacional-derechos-humanos> (fecha de consulta: 21/02/2019).

2. Ídem.

3. Schiro, María Victoria, “Orientación sexual, identidad de género y relaciones intra-familiares. Algunas reflexiones sobre el estado de positivización de los arreglos familiares en un marco de diversidad sexual”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, N° 71, 2016, p. 197 y ss.

de ciertas formas de conducta sexual⁴ son prueba de ello. Para abonar nuestra aseveración, debemos partir del concepto de derechos sexuales en tanto derechos humanos, y de cómo el libre ejercicio de estos derechos ha sido captado en la normativa internacional.

Si bien el inicio del intento por conciliar derechos humanos y sexualidad estuvo signado por proteger a las personas del daño, sólo en los últimos años personas de la academia, activistas de Organizaciones No Gubernamentales (ONG) y algunas/os expertas/os de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se han puesto de acuerdo en cuanto a que el término “derechos sexuales” permite abordar las intersecciones entre la discriminación por orientación sexual y otras cuestiones ligadas a la sexualidad, e identificar causas estructurales de las diferentes formas de opresión.⁵ Los derechos sexuales garantizan que las personas tengan control sobre su sexualidad. Por ello, los componentes de la sexualidad que deben considerarse protegidos son, cuando menos, la identidad sexual, la orientación sexual, la elección de pareja y la ausencia de actividad sexual coercitiva. De esta forma, se protege la actividad sexual no procreativa o no heterosexual, y se proscriben la violencia sexual, la mutilación genital, la esclavitud sexual, la prostitución forzada y la discriminación por opción sexual, entre otros.⁶ Acuñada entonces la categoría de derechos sexuales como derechos humanos, tanto en la órbita del sistema internacional, como interamericano y europeo, se ha tomado registro de la especificidad de los derechos sexuales en materia de orientación sexual e identidad de género, incluyéndolos de manera expresa y particular como causa prohibida de discriminación.⁷

4. Cook, Rebecca; Dickens, Bernard; Fathalla, Mahmoud, *Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho* (traducción de Adriana de la Espriella). Disponible en: https://www.u-cursos.cl/derecho/2004/2/DIPMUJ2004/1/material_docente/bajar?id_material=49666 (fecha de consulta: 21/02/2019).

5. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, La Campaña por una Convención Interamericana de los Derechos Sexuales y Reproductivos, “Sexualidad y Derechos Humanos. Documento de reflexión”. Suiza, 2010, pp. 7/8. Disponible en: <https://programadssrr.files.wordpress.com/2013/05/sexualidad-y-derechos-humanos.pdf> (fecha de consulta: 21/02/2019).

6. Villanueva Flores, Rocío, “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”, en AA.VV., *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2008, p. 400.

7. Cabe citar a título de ejemplo: La Declaración conjunta ante las UN para poner alto a los actos de violencia y a las violaciones de derechos humanos dirigidos contra las perso-

Centrándonos en el sistema interamericano, cabe traer a colación que sus órganos han concluido que la orientación sexual y la identidad de género constituyen categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Las Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) 2435, 2504, 2600, 2653, 2721, 2807 sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, establecieron que la orientación sexual y la identidad de género constituyen categorías protegidas por la CADH. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653, emitió un estudio sobre terminología “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes”. La AG/RES 2807 resolvió, entre otras cuestiones, condenar todas las formas de discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus sistemas a que eliminen, allí donde existan, las barreras que enfrentan las lesbianas, los gays y las personas bisexuales, trans e intersex (LGBTI) en acce-

nas por su orientación sexual e identidad de género, presentada el 22 de marzo de 2011 ante el Consejo de Derechos Humanos; la Declaración sobre derechos humanos y orientación sexual e identidad de género, presentada el 18 de diciembre de 2008 ante la Asamblea General; la Resolución A/HRC/17/19 sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género; la Resolución 1728 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, del 29 de abril de 2010, sobre la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género y la Recomendación del Comité de Ministros CM/Rec(2010)5 del 31 de marzo de 2010 sobre medidas para combatir la discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género; el informe de la Agencia de los Derechos Fundamentales sobre homofobia, transfobia y discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género, de noviembre de 2010; el Manual del Consejo de la Unión Europea para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero; la Declaración de la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad/Vicepresidenta de la Comisión sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género ante las Naciones Unidas; las Resoluciones de la Asamblea General de OEA 2435, 2504, 2600 2653, 2721, 2807 sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género; la resolución AG/RES. 2804 (XLI-III-O/13) denominada “Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”; AG/RES. 2807 (XLI-III-O/13) corr.1 denominada “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género”; la Observación General N° 20 del Comité de DESC “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, párr. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

so equitativo a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en la vida privada. La Resolución AG/RES. 2804 (XLIII-O/13), denominada “Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”,⁸ establece como motivo específico de discriminación la orientación sexual, por lo que resulta ya innecesario recurrir a otra categoría como el “sexo y cualquier otra condición social” para referirnos a esta forma de discriminación. Desde el año 2014, lo que fuera una Unidad Temática dentro de la CIDH, comienza a funcionar como Relatoría de los Derechos de las Personas LGBTI, cuya principal misión es monitorear la situación de los derechos humanos de las personas LGBTI en la región.⁹ Un hito fundamental lo constituye la Opinión Consultiva N° 24 del año 2017, solicitada por la República de Costa Rica, en la que la Corte se pronuncia fijando los estándares en materia de obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo.

Ahora bien, conscientes, tal como expresa la CIDH en la OC 24/17, de que el reconocimiento de la identidad de género por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión y de asociación, un punto central en el análisis de la

8. Hasta el momento de la escritura del presente trabajo, sólo Uruguay depositó el instrumento de ratificación.

9. Este mandato general se realizará a través del ejercicio de las siguientes funciones:

- El tratamiento de casos y peticiones individuales, que incluye la asesoría a la CIDH en relación con las solicitudes de medidas cautelares y de elevación de medidas provisionales a la Corte Interamericana que guarden conexión con la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género.
- La asesoría a los Estados Miembros de la OEA y a los órganos políticos de la OEA en esta materia.
- La preparación de informes con recomendaciones dirigidas a los Estados de la OEA en los campos de la política pública, la legislación y la interpretación judicial sobre los derechos humanos de estas personas. En este marco, la CIDH celebra varias reuniones de expertas/os sobre la situación de los derechos de estas personas en distintos ámbitos, tales como salud, justicia y violencia, empleo, relaciones interpersonales, educación y cultura y participación política.
- Monitoreo general de las violaciones a derechos humanos de las personas LGBTI en las Américas y visibilización de dichas violaciones.

plena ciudadanía de lxs niñxs y adolescentes trans lo constituye, a nuestro juicio, el pleno ejercicio del derecho a la salud. Este ejercicio pleno al que aludimos se halla precisamente en las antípodas de la patologización de las identidades trans, modelo hegemónico a nivel mundial, y se encuentra cerca del concepto de integridad física y mental al que aluden los Principios de Yogyakarta (Principio 32), cuando colocan en cabeza de los Estados el deber de garantizar y proteger los derechos de todxs, incluidos todxs lxs niñxs, a la integridad física y mental, la autonomía y la autodeterminación. La formulación del principio completa y actualiza los Principios 17 y 18¹⁰ de los Principios de Yogyakarta, ambos como paradigmáticos de los primeros esfuerzos a nivel del Derecho Internacional respecto a la orientación sexual y la identidad de género, orientados a proteger a las personas del daño.¹¹

Ahora bien, para comprender las particularidades en el abordaje y la protección de la niñez y la adolescencia trans, debemos aludir al concepto de vulnerabilidad, y a lo que entendemos puede ser su traducción jurídica, la interseccionalidad de los Derechos Humanos. Tal como afirma la Observación General N° 20 del Comité de Derechos del Niño:

Ciertos grupos de adolescentes pueden verse especialmente afectados por múltiples factores de vulnerabilidad y violaciones de derechos, como la discriminación y la exclusión social. Todas las medidas adoptadas en

10. Principio 17: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: Todas las personas tienen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, con derecho de consentimiento informado. La salud sexual y reproductiva es un aspecto fundamental de este derecho”. Principio 18: “Protección contra abusos médicos: Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un centro médico, con motivo de su orientación sexual o identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberán ser tratadas, curadas o suprimidas”. Disponible en: https://cdconsejo.jusbaires.gob.ar/sites/default/files/principios_de_yogyakarta.pdf (fecha de consulta: 21/02/2019).

11. Expresa el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, que “Los primeros esfuerzos por conciliar los derechos humanos con la sexualidad se vieron perjudicados por el hecho de que al comienzo el acento estuvo puesto en proteger a las personas del daño: del daño sexual en el caso de las niñas y las mujeres, y de los abusos extremos y los asesinatos en el caso de las personas que entonces se definían como gays o transgénero”, Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, *Sexualidad y Derechos Humanos*, Ginebra, 2010.

relación con las leyes, las políticas y los programas centrados en los adolescentes deben tener en cuenta la concurrencia de violaciones de derechos y sus efectos adversos añadidos para los adolescentes afectados.

El caso de lxs adolescentes gays, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales es un claro ejemplo. Si ya por el sólo hecho de ser adolescentes se enfrentan a obstáculos jurídicos y económicos, a la discriminación, la falta de confidencialidad y de respeto, la violencia y el abuso, la estigmatización y las actitudes moralizantes del personal sanitario, cuanto más ello se agrava cuando estamos frente a un colectivo que, como afirma la Observación General aludida, suele ser:

... objeto de persecución, lo que incluye maltrato y violencia, estigmatización, discriminación, intimidación, exclusión de la enseñanza y la formación, así como falta de apoyo familiar y social, y de acceso a la información y los servicios sobre salud sexual y reproductiva. En casos extremos, se ven expuestos a agresiones sexuales, violaciones e incluso la muerte. Estas experiencias han sido asociadas a la baja autoestima, el aumento de las tasas de depresión, el suicidio y la falta de hogar.

Por ello, es posible analizar el sometimiento a condiciones adversas que profundizan los obstáculos a los que se pueden ver expuestxs, desde un aspecto ético y desde uno jurídico. Desde la Bioética, Florencia Luna alude a la metáfora de las capas de la vulnerabilidad, concepto vinculado a las circunstancias, a la situación que se está analizando y al contexto, que pueden convertir o hacer vulnerable a una persona. Así, entiende que la vulnerabilidad

... no debería ser entendida como una condición permanente y categórica, una etiqueta que es aplicada a alguien bajo ciertas circunstancias (como la falta de poder o incapacidad) y que persiste durante toda su existencia. No es un concepto de todo o nada: un rótulo que incluye o excluye a un grupo particular. Más que considerarla una etiqueta o una característica esencial, debería ser analizada de esta manera más sutil.¹²

Ya desde el aspecto jurídico puede encuadrarse en lo que se denomina la discriminación interseccional, que hace referencia a una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo. Sea desde la metáfora de las capas, o bien desde la idea de discriminación

12. Luna, Florencia, "Vulnerabilidad: la metáfora de las capas", *Jurisprudencia Argentina*, N° IV, fascículo N° 1, 2008, pp. 60-67.

interseccional, lo cierto es que el ejercicio del derecho a la salud de disidencias sexuales en su infancia o adolescencia puede ser determinante de la exposición a múltiples situaciones de una especial situación de vulnerabilidad en el ejercicio de sus derechos. El Comité de Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés) plasma el concepto en su Observación General N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24), cuando entiende que

A fin de lograr la plena realización del derecho de todos los niños a la salud, los Estados partes tienen la obligación de asegurar que la salud del niño no quede minada por la discriminación, importante factor que contribuye a la vulnerabilidad. En el artículo 2 de la Convención figuran diversos motivos con respecto a los cuales está prohibido discriminar, en particular la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otro tipo, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Al respecto cabe mencionar también la orientación sexual, la identidad de género y el estado de salud, en particular el VIH/SIDA y la salud mental [...]. También debe prestarse atención a las distintas necesidades de los niños y las niñas y al impacto de las normas y valores sociales relacionados con el género en la salud y el desarrollo de los niños y las niñas. Igualmente, hay que prestar atención a las prácticas y normas de comportamiento nocivas basadas en el género que están arraigadas en las tradiciones y costumbres y minan el derecho de las niñas y los niños a la salud.

En base a tales conceptos, ¿cuál es el marco de análisis que puede brindar la Bioética para coadyuvar a la protección del derecho a la salud de la infancia y adolescencia trans?

Bioética: la autonomía en contextos de vulnerabilidad

La perspectiva de la Bioética para el abordaje de temas como el pleno ejercicio del derecho a la salud en lxs niñxs y adolescentes trans resulta de sumo interés, puesto que nociones centrales de la mencionada transdisciplina, que fueron el estandarte de su nacimiento, como la centralidad del principio de autonomía, serán de interés para abordar el tema que nos ocupa.

Explica Kottow que los inicios de la Bioética están marcados por la preocupación de depurar el encuentro clínico, recuperar el paciente su autonomía y establecer la doctrina del consentimiento informado.¹³ Todo ello, en un marco signado por nuevas situaciones que impactan en el quehacer médico: la complejidad del sistema de salud y su masificación, la especialización de la disciplina, las nuevas tecnologías, así como nuevas enfermedades, conmueven hondamente las bases de análisis ético, pero también jurídico, de la interacción médicx/paciente.

La doctrina principialista en Bioética, surgida a partir de los principios acuñados en el Informe Belmont,¹⁴ determina que el principio de autonomía o respeto por las personas parte de dos ideas directrices: “Toda persona debe ser tratada como ente autónomo. Las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto ‘sujeto’ de protección”. Mientras que la primera parte del enunciado alcanzó un desarrollo mayor, con el tiempo ciertos instrumentos jurídicos dieron cuenta de las posibilidades de ejercicio de autonomía en contextos o espacios de vulnerabilidad. Cabe señalar que tales “espacios”

... serían algo así como un ‘clima’ o unas ‘condiciones desfavorables’ que exponen a las personas a mayores riesgos, a situaciones de falta de poder o control, a la imposibilidad de cambiar sus circunstancias, y, por tanto, a la desprotección.¹⁵

La vulnerabilidad tiene dos dimensiones: es la exposición a contingencias y tensiones, y la dificultad de enfrentarse a ellas. Es decir, existe un elemento “externo” de riesgo, del que es sujeto la persona, y un elemento “interno” que hace referencia a la indefensión, a la ausencia de medios para contender con tales riesgos sin sufrir daño.¹⁶ Precisamente debido a tal indefensión es que se requiere de acciones positivas para la efectiva vigencia del paradigma constitucional tui-

13. Kottow, Miguel, *Introducción a la Bioética*, Santiago, Mediterráneo, 2005, p. 225.

14. El origen se encuentra en la creación por parte del Congreso de EE. UU. de una Comisión encargada de identificar los principios éticos básicos que deben guiar la investigación con seres humanos. Comenzó a funcionar en 1974 y en 1978 emitió el Informe Belmont, conteniendo 5 principios básicos: autonomía o respeto por las personas, beneficencia y justicia.

15. Feito, Lydia, “Vulnerabilidad”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Vol. 30, suplemento 3, 2007, p. 11.

16. Ídem.

tivo, que en el particular género de supuestos que analizamos implica intervención a fin de reducir los espacios de vulnerabilidad. Esta obligación de intervención estatal en materia sanitaria fue recogida por la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), del año 2005.

Artículo 8. Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal. Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos.

De igual modo, en los Principios de la Bioética Europea (BIOMED II): “Principio de vulnerabilidad: El principio no sólo requiere no-interferencia en la autonomía, integridad y dignidad de los seres, sino que reciban ayuda para permitirles desarrollar su potencial”. La intervención estatal, a efectos de empoderar en el ejercicio de derechos y reducir los espacios de vulnerabilidad en el ámbito sanitario, tuvo en el caso “Ximenes Lopes c. Brasil” de la Corte IDH, un ejemplo paradigmático al afirmar que

La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre...

Análisis desde el prisma de la noción de ejercicio de autonomía

Analizaremos desde el prisma de la noción de autonomía y protección en contextos de vulnerabilidad acuñada desde la Bioética, el estatuto jurídico de la toma de decisiones sanitarias en la niñez y la adolescencia, conforme los parámetros del Código Civil y Comercial (CCC), determinando las particularidades de su aplicación cuando estamos

frente a la adolescencia trans y considerando que los espacios de vulnerabilidad pueden multiplicarse, puesto que a la situación de la niñez y la adolescencia y el largo camino que recorre su afirmación de ciudadanía frente al sistema sanitario se suman los estereotipos de género, que pueden mediar el ejercicio de la medicina frente a personas trans.

Precisamente la fuente de la que emana, y en la que debe abreviar, el criterio regulatorio del Código Civil y Comercial en torno a la capacidad de ejercicio de niñxs y adolescentes, es la Bioética, la opción legislativa que incorpora el artículo 26 del mencionado cuerpo legal, conforme explica Lamm, deja escaso lugar al tradicional principio de beneficencia, de corte paternalista, a determinar por médicxs y progenitorxs; principio que sí resultará aplicable a lxs menores de 13 años, en el marco de la noción de paternalismo justificado.¹⁷ En suma, el precepto legal utiliza dos criterios: uno rígido, la edad, y uno flexible, la madurez.¹⁸ Las pautas etarias, si bien cuestionadas por considerarse que pueden contrariar precisamente la noción de autonomía progresiva, son siempre móviles y brindan “presunciones *iuris tantum*” de grado de desarrollo dentro de cada franja etaria, siempre corroboradas en concreto. La autonomía en materia de salud está ligada a la noción de competencia, que varía en función de la madurez, de la entidad de la actuación, por lo que, *a priori*, no es un atributo que se posee o no se posee. Hallamos la competencia cuando entendemos presente:

... la capacidad del paciente para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos para, a continuación, tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propio proyecto de vida y escala de valores.

Así, tomando la franja etaria de 13 a 16 años, todo aquello que resulta invasivo, compromete el estado de salud o pone en riesgo la vida o la integridad física, depende del caso concreto. Si los actos encuadran como tales, requerirán asistencia de lxs progenitores, en el marco de la noción de consentimiento participado. Si los procedimientos no

17. Lamm, Eleonora, “El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo. Una cuestión de autonomía, libertad, integridad, libre desarrollo de la persona y dignidad”, en Fernández, Silvia Eugenia (dir.), *Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. I, 2015, p. 263.

18. *Ibidem*, p. 262.

revisten tal carácter, se presume que lxs adolescentes pueden decidirlo de modo autónomo. Mientras que en el caso de lxs mayores de 16 años, estxs prestan su consentimiento autónomamente.

De modo tal que el análisis dependerá de los contextos de decisión, de la posibilidad de autonomía, desde el punto de vista de la aludida intersectorialidad de los derechos humanos. Podemos afirmar que el contexto de decisión, cuando se trata del acceso a las prácticas previstas en el artículo 11 de la Ley de Identidad de Género (LDIG), es diverso, y varias las posibles soluciones en cuanto a intervención de lxs progenitores u otras personas que, formal o informalmente, ejercen el cuidado.

Precisamente, de tales particularidades tomó registro la Resolución N° 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación, que aprueba como marco interpretativo del Código Civil y Comercial el documento de acuerdos elaborado en la “Mesa de Trabajo: Nuevo Código Civil y Comercial, lectura desde los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos”.¹⁹

La resolución de referencia, por una parte, descarta el principio etario de la Ley de Identidad de Género en cuanto a los procedimientos previstos en el artículo 11, entendiendo que a partir de los 16 años, al ser considerado por la normativa civil como un adulto para las decisiones sobre el cuidado de su propio cuerpo:

... puede peticionar los procedimientos que habilita la LDIG, prescindiendo de los requisitos que esta última prevé en su art. 11, ya que los procedimientos (Terapia de Hormonación e Intervenciones quirúrgicas de modificación corporal y genital) hacen a la vivencia sentida del género.

Respecto de la franja contenida entre los 13 y los 16 años, la resolución determina que

... de acuerdo con el tipo de intervención, la regla deberá ajustarse: las prácticas como las intervenciones quirúrgicas, pueden solicitarse hasta los 16 años, únicamente con la asistencia de personas que ejerzan roles de cuidado y acompañen el proceso. En este sentido, se señaló que no debe entenderse de forma restringida el concepto de progenitores, sino con un criterio amplio que incluya a personas que ejerzan roles de cuidado formal o informalmente.

19. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/257649/norma.htm> (fecha de consulta: 21/02/2019).

Esta noción de coparticipación en el proceso de consentimiento informado, donde persona cuidadora y adolescente comparten escenario, pero respetando los roles en la decisión: unx como su protagonista y otrx asistiendo, resulta un escenario posible; otro supuesto se da en situaciones en que adolescentes concurren solxs, puesto que la expulsión del hogar por parte de sus cuidadorxs formales y la ausencia siquiera de cuidado informal resulta una realidad.²⁰

A este respecto, las Normas de Atención para la Salud de Personas Trans y con Variabilidad de Género, dictadas por la Asociación Profesional Mundial para la Salud Transgénero (WPATH) no asumen la perspectiva bioética de respeto de la autonomía en contextos de vulnerabilidad, sino que la sustituyen por una visión paternalista (injustificada a nuestro criterio) tanto respecto de las trayectorias individuales como de la intervención de lxs cuidadorxs en las decisiones personalísimas de Niños, Niñas y Adolescentes (NNA). Así, coincidimos con Fernández en que

La valoración acerca de la competencia del paciente adolescente en la supresión hormonal exige, en el criterio de las Normas de WPATH, que haya demostrado un extenso e intenso patrón de no conformidad de género, que eventuales problemas coexistentes —psicológicos, médicos o sociales— que puedan interferir en esta experiencia reciban tratamiento y que el adolescente haya sido suficientemente informado y preste su consentimiento informado, y cuando el adolescente no tiene aún la edad para un consentimiento médico admisible, que los padres o cuidadores hayan consentido dicho tratamiento y comprometidos a sostener al adolescente. Esta perspectiva mantiene un sesgo paternalista, sea desde la entidad atribuida a la opinión familiar como a la determinación médica, que maneja en forma exclusiva los tiempos “suficientes”, desconociendo las trayectorias de género en su individualidad.²¹

20. “El déficit en materia de vivienda —que la mayoría de las veces afecta a sectores más amplios de la población— es moneda corriente para un grupo de personas que a menudo sufren el abandono por parte de sus familias y la expulsión de sus hogares cuando son muy jóvenes”. Informe sobre el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales de la población trans en Latinoamérica y el Caribe, REDLACTRANS, 2014. Disponible en: <http://redlactrans.org.ar/site/wp-content/uploads/2015/03/Informe%20DESC%20trans.pdf> (fecha de consulta: 21/02/2019).

21. Fernández, Silvia Eugenia, “Identidades, género e infancias”, Buenos Aires, Abeledo Perrot. Disponible en: AP/DOC/1379/2014 (fecha de consulta: 21/02/2019).

A la luz de lo expuesto debemos ser enfáticxs con relación a que NO hay manera en que lxs representantes legales u otrxs cuidadorxs actúen POR su hijx en cuanto a prácticas sanitarias vinculadas al pleno ejercicio de su identidad de género. O actúa la persona menor de edad brindando su consentimiento, o no hay posibilidad de realización de la práctica. Por ello, cuando la persona no está en condiciones de competencia, no hay posibilidad de intervenir en los cuerpos de ninguna manera, puesto que el pleno goce de derechos sexuales no admite sustitución en su ejercicio.

... un modelo de buenas prácticas en el ámbito de la salud trans exige reemplazar la función de determinación paternalista por la de acompañamiento, en pos de promover y respetar la autonomía de la persona en lugar de sustituirla en el proceso de experiencias de género, indagación de identidad y consentimiento informado. Las/os profesionales deben romper con el binarismo hombre/mujer, hétero/homo y cuestionar las categorías que patologizan la diversidad sexual y de género.²²

Ese es el aporte bioético fundamental, que ve la autonomía en contexto y ayuda a develar el verdadero propósito del uso de la tecnología, para que se encuentre al servicio de la protección de los derechos sexuales, y no como un instrumento cómplice del dualismo patriarcal.

El propósito no es utilizar la tecnología como lugar de resistencia para construir nuevas sexuaciones corporales, sino crear nuevas subjetividades no regidas por el sistema diádico de los sexos. Es decir, se reivindica una identidad transexual permanente, que no es ni masculina ni femenina, que represente un nuevo espacio multigénérico, y un nuevo sujeto transgénérico. La Bioética intervendría aquí haciendo uso de esta nueva ética transgénérica, que conduciría a poner la biotecnología médica al servicio y en defensa de esta diversidad sexual y genérica. Una ética que acabaría con los ocultamientos vergonzosos, con las mentiras cínicas e hipócritas, con el sistemático encubrimiento y violación de los derechos.²³

22. Ídem.

23. Boscán Leal, Antonio, "La Bioética Feminista y la construcción actual del género", *Revistas Científicas y Humanísticas*, Opción, Vol. 31, N° esp. 5, Maracaibo, Universidad del Zulia, 2015, p. 180. Disponible en: <http://www.produccioncientifica.luz.edu.ve/index.php/opcion/article/view/20646/20549> (fecha de consulta: 22/02/2019).

Palabras de cierre

Así, pues, si consideramos entonces que “Vulnerable es aquel cuya autonomía, dignidad o integridad pueden ser amenazadas”,²⁴ la realidad nos ha demostrado que la infancia, la adolescencia, y la población trans han vivido bajo la amenaza a su condición de ciudadanía. Por lo tanto, y a efectos de remediarlo, se requiere no sólo no-interferencia en su autonomía, integridad y dignidad, sino que reciban ayuda para permitirles desarrollar su potencial. Esta idea hoy positivizada del tránsito de niñas, niños y adolescentes de “pacientes obedientes” a actores activos en el cuidado de su propio cuerpo, requiere no sólo de no-intervención en los cuerpos, sino también de preparar a lxs niñxs para ser autónomxs. Siendo el empoderamiento de niñxs una obligación no sólo ética, sino también jurídica. Así, la Observación General N° 20 del Comité de Derechos del Niño observa que la comprensión y la toma de conciencia por parte de lxs adultos del derecho de lxs adolescentes a la participación es importante para que estxs últimos disfruten de ese derecho, y alienta a los Estados a que inviertan en iniciativas de formación y sensibilización, en particular para lxs padres y otrxs cuidadorxs, lxs profesionales que trabajan con y para lxs adolescentes, lxs encargadxs de formular políticas y lxs responsables de tomar decisiones. Se necesita apoyo para que lxs adultxs puedan convertirse en mentorxs y facilitadorxs a fin de que lxs adolescentes puedan asumir una mayor responsabilidad respecto de su propia vida y la vida de quienes los rodean. “Respetar a ultranza la autonomía decisional del sujeto implicaría, por supuesto, un compromiso firme del Estado y sus instituciones, así como de la familia y de los equipos de salud, asistencia social, etcétera...”²⁵

A los fines del análisis que se pretende de la autonomía en contexto, la perspectiva bioética resulta de interés a efectos de brindar un renovado estatuto epistemológico al Derecho, dado que ella:

... tiene una intrínseca relación con el derecho y especialmente con la política legislativa, puesto que una de las grandes tareas de reflexión de

24. Feito, Lydia, *op. cit.*, p. 15.

25. Maffía, Diana; Cabral, Mauro, “Los sexos ¿son o se hacen?”, en Maffía, Diana (ed.), *Sexualidades migrantes: género y transgénero*, Buenos Aires, Feminaria, 2003, pp. 86-97.

lo que denominamos bioética es ayudar a enfocar y delimitar las cuestiones que son objeto de debate social y en las que no hay una opinión unánime ayudando a formular racionalmente los problemas, presentando alternativas, aclarando conceptos de forma que sea factible arbitrar soluciones y construir consensos válidos en una sociedad que es plural y no comparte credos ni verdades absolutas.²⁶

Bibliografía

BOSCÁN LEAL, Antonio, “La Bioética Feminista y la construcción actual del género”, *Revistas Científicas y Humanísticas*, Opción, Vol. 31, N° esp. 5, Maracaibo, Universidad del Zulia, 2015. Disponible en: <http://www.produccioncientifica.luz.edu.ve/index.php/opcion/article/view/20646/20549>

CASADO GONZÁLEZ, María, “Sobre el aborto. A propósito del proyecto de ley orgánica sobre ‘la protección del concebido y los derechos de la mujer embarazada’”. Disponible en: <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud/sobre-el-aborto-a-proposito-del-proyecto-de-ley-organica-sobre-la-proteccion-del-concebido-y-los-der>

CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS, La Campaña por una Convención Interamericana de los Derechos Sexuales y Reproductivos, “Sexualidad y Derechos Humanos. Documento de reflexión”, Suiza, 2010. Disponible en: <https://programadssrr.files.wordpress.com/2013/05/sexualidad-y-derechos-humanos.pdf>

COOK, Rebecca / DICKENS, Bernard / FATHALLA, Mahmoud, *Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho* (traducción de Adriana de la Espriella). Disponible en: https://www.u-cursos.cl/derecho/2004/2/DIPMUJ2004/1/material_docente/bajar?id_material=49666

26. Casado González, María, “Sobre el aborto. A propósito del proyecto de ley orgánica sobre ‘la protección del concebido y los derechos de la mujer embarazada’”. Disponible en: <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud/sobre-el-aborto-a-proposito-del-proyecto-de-ley-organica-sobre-la-proteccion-del-concebido-y-los-der> (fecha de consulta: 22/02/2019).

FEITO, Lydia, “Vulnerabilidad”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Vol. 30, Suplemento 3, 2007.

FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, “Identidades, género e infancias”, Buenos Aires, Abeledo Perrot. Disponible en: AP/DOC/1379/2014

GARCÍA MUÑOZ, Soledad, “La progresiva generización de la protección internacional de los derechos humanos”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 2, junio de 2001. Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num2/notas/progresiva-generizacion-proteccion-internacional-derechos-humanos>

KOTTOW, Miguel, *Introducción a la Bioética*, Santiago, Mediterráneo, 2005.

LAMM, Eleonora, “El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo. Una cuestión de autonomía, libertad, integridad, libre desarrollo de la persona y dignidad”, en Fernández, Silvia Eugenia (dir.), *Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. I, 2015.

MAFFÍA, Diana y Cabral, Mauro, “Los sexos ¿son o se hacen?”, en Maffia, Diana (ed.), *Sexualidades migrantes: género y transgénero*, Buenos Aires, Feminaria, 2003.

MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN, Secretaría de Salud Comunitaria, Resolución N° 65/2015. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/257649/norma.htm>

PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Disponible en: https://cdconsejo.jusbaires.gob.ar/sites/default/files/principios_de_yogyakarta.pdf

REDLACTRANS, “Informe sobre el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales de la población trans en Latinoamérica y el Caribe 2014”. Disponible en: <http://redlactrans.org.ar/site/wp-content/uploads/2015/03/Informe%20DESC%20trans.pdf>

SCHIRO, María Victoria, “Orientación sexual, identidad de género y relaciones intrafamiliares. Algunas reflexiones sobre el estado de positivización de los arreglos familiares en un marco de diversidad sexual”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, N° 71, 2016.

VILLANUEVA FLORES, Rocío, “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”, en AA. VV., *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2008.

Mujeres bajo custodia médica: derechos, autonomías y violencias

Cecilia Canevari*

En cualquier encuentro donde se reúna un grupo de mujeres que han sido madres, al referirse a los nacimientos, surgen una gran cantidad de relatos de las experiencias vividas. Y cuando no son en primera persona, son en tercera: una amiga, hermana, madre, porque el nacimiento de una niña o un niño es un momento significativo en nuestras vidas. Y es significativo tanto cuando es deseado, como cuando se vive como un error, o la criatura nace sana, enferma o muerta. Son siempre huellas profundas en la memoria de nuestros cuerpos y emociones.

Me propongo aquí exponer algunas reflexiones sobre ciertos emergentes que considero son claves para la comprensión de la violencia obstétrica, y que son el resultado de más de diez años de diálogos e investigaciones sobre el tema. Apunto al discernimiento de las relaciones de poder que se establecen entre las/los profesionales de la salud y las mujeres que asisten a maternidades públicas (y privadas) y la construcción de alteridades que deriva de ellas. Parto del supuesto que estas relaciones fundadas para la satisfacción de necesidades de cuidados, al basarse en la subalternización con la consecuente discriminación, resultan en prácticas de control y dominación con diferentes expresiones de violencia. Además, estas prácticas se configuran como obstáculos para el acceso a los derechos sexuales y reproductivos ya establecidos en marcos normativos.

* Doctora en Estudios de Género por la Universidad de Buenos Aires, con la tesis *Las prácticas médicas y la subalternización de las mujeres: derechos, autonomía y violencias*. Profesora Asociada de la Facultad de Humanidades, Ciencias Sociales y Salud de la Universidad Nacional de Santiago del Estero. Investigadora del INDES (Instituto de Estudios para el Desarrollo Social), donde coordina el Grupo Géneros, política y derechos. Autora de *Cuerpos enajenados. Experiencias de mujeres en una maternidad pública* (2011). Santiagueña por opción y adopción. Desde el feminismo, busca articular la producción de conocimientos con el activismo por los derechos.

Comencé en el año 2005, en una maternidad pública en Santiago del Estero, conversando con mujeres, profesionales de la salud y estudiantes, para luego continuar más recientemente, por el Gran Buenos Aires. En ambos momentos, la estrategia metodológica se ha basado en la etnografía, combinando una multiplicidad de fuentes (textos, voces) y herramientas. En estas instituciones se hicieron repetidas observaciones en la sala de partos, parto y puérperas. También indagaciones con grupos focales en barrios, recuperación de relatos por Internet para comprender el proceso que lleva a una cesárea desde la perspectiva de las mujeres, y una encuesta a profesionales, donde se les pidió que valoraran en un ranking aquellas prácticas que consideraran más o menos violentas.¹ Un primer hallazgo que cabe destacar de estas experiencias y la de tantas otras investigaciones es la ubicuidad del fenómeno. La violencia ocurre en ámbitos públicos y privados, desde las más coquetas maternidades del barrio de la Recoleta en la CABA, hasta en el domicilio de las mujeres que han planificado cuidadosamente esta opción.

De aquello que emergía como dificultades interpersonales en espacios institucionales, hoy no podemos dejar de señalar su relación con las estructuras económicas y políticas construidas históricamente, que habilitan la producción, reproducción, perduración, como así también el crecimiento de la violencia. Una prioridad histórica de los patriarcados es el control de la sexualidad y la reproducción femenina. La sujeción de género es primordial a otras formas de dominación.

La medicina surge de una matriz (patriz) histórica patriarcal (y en tanto patriarcal corporativa), y durante el último siglo se ha incorporado de modo creciente a las lógicas del mercado capitalista, transformándose en uno de los sectores de la economía que más ganancias genera. Es por estas razones que la medicina está comprendida aquí en sus estructuras y prácticas capitalistas-patriarcales, estableciendo una posición de superioridad del poder/saber que es moralizadora para la sociedad en general y las personas en particular.

1. En Santiago del Estero compartí el trabajo con Patricia Arenas, Rosa Isac y María de los Ángeles Carreras (2005-2009) con un proyecto de investigación denominado "Género, violencia y salud: representaciones y prácticas en el Hospital Regional" (CICyT-UNSE 23/Do81). En el Gran Buenos Aires conformamos un equipo con Julieta Arosteguy, Natalia Righetti y Clara Vallejos, en el marco de una Beca Carrillo - Oñativia del Ministerio de Salud de la Nación (2013-2014).

Los informes de Oxfam² señalan que en los últimos años la salud es el sector de la economía que mayores ganancias ha generado a los pocos millonarios que concentran la riqueza del planeta: laboratorios farmacológicos, seguros, servicios médicos y tecnología médica, con una renta del 47% anual para el 2014. Esto nos pone en un escenario donde queda claro que la medicina o la salud-enfermedad-atención son negocios enormes y sería inocente presumir que responden a fines nobles.

Es oportuno aquí confirmar que entre el patriarcado y el capitalismo se ha establecido un matrimonio que actualmente está inclinado a lucrar con los cuerpos y la salud. La medicina alopática se instala de modo hegemónico como una verdad con aspiración de universalidad, como un poder transnacional colonizador de estados, cuerpos, profesionales. Se ha constituido como un sistema o régimen de verdad con cierta universalidad instalado en el mundo simbólico, las instituciones, la división del trabajo, las prácticas y también las subjetividades. En este contexto, las mujeres que asisten a los servicios de salud reproductiva quedan expuestas a múltiples expresiones de violencias que son cotidianas, que están naturalizadas e institucionalizadas. Y estas formas de dominación también están subjetivadas por las propias mujeres. Porque el poder que circula en este ordenamiento de la verdad se reproduce a partir de disciplinamientos, pero con una tendencia a una colonización basada en la seducción libidinal. Hay un paso del ejercicio de un poder disciplinar al libidinal. Comprendemos este proceso histórico como un entrelazamiento de múltiples poderes que apuntan a fortalecer un orden y unas estructuras basadas en subordinaciones de diversa índole.

Cuando comencé a trabajar/pensar/dialogar con este tema, la violencia contra las mujeres en las maternidades era marginal, si bien ya había escasos trabajos de investigación en México, Brasil, Venezuela; pero es luego durante este período que se despliega el interés por la investigación y ha crecido la producción teórica en nuestro país y en el mundo. Desde hace varias décadas los movimientos de mujeres y feministas cuestionan el papel que juega la medicina en los nacimientos y la violen-

2. Oxfam es una confederación internacional de dieciocho organizaciones que trabajan junto a organizaciones socias y comunidades locales en más de noventa países. Consideran que la pobreza no es inevitable sino que es producto de la injusticia. Publica periódicamente informes sobre la pobreza en el mundo. Disponible en: <https://www.oxfam.org/es>

cia obstétrica resultante. Hay organizaciones, grupos, redes, talleres, sobre todo en sectores medios, que buscan protegerse en las instituciones sanitarias e impulsan a su vez los nacimientos en el domicilio como una alternativa para acceder a un parto sin intervención ni violencia. Desde el Estado nacional y también a niveles provinciales o locales se han tomado iniciativas (tanto legales como de resolución de denuncias) para poner un freno a esta violencia que enfrenta importantes obstáculos.

En este capítulo recorreré de una manera muy sucinta tres tópicos que considero emergentes del trabajo de campo y que, de alguna manera, permiten la comprensión de la problemática: los derechos, las violencias y las autonomías.

Los derechos / las leyes / las normas

Los logros que representan la sanción de leyes que protegen los derechos de las mujeres enfrentan numerosos reveses. La Ley nacional N° 25929/2004, Derechos de padres e hijos durante el proceso de nacimiento, es un texto que detalla de manera clara y operativa los derechos de las mujeres y sus hijas/os en relación con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto. Luego de algo más de 10 años, fue reglamentada en el 2015 y se aclara allí que el acompañamiento de las mujeres debe ser permitido, tanto para los partos vaginales como para las cesáreas, ya que el ingreso de un familiar al quirófano es un tópico que ofrece grandes resistencias por parte de las/os médicas/os y así queda zanjado.

La Ley nacional N° 26485/2009 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales define la violencia obstétrica en el artículo N° 6, inciso e), como “aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley N° 25929”. De acuerdo con esta ley, la violencia obstétrica se comprende como una *modalidad* de violencia contra las mujeres, y las otras modalidades son: doméstica, institucional, laboral, contra la libertad reproductiva y mediática. Además de las modalidades, en su artículo N° 5 clasifica la violencia en diferentes tipos: física, psicológica, sexual, económica/

patrimonial y la violencia simbólica. Cabe señalar que los tipos y las modalidades de violencia que operan como categorías explicativas se entrecruzan en la realidad, y para el caso particular de la violencia obstétrica se puede afirmar que esta se expresa a través de todos los *tipos* descritos en la ley. De modo que puede presentarse una violencia obstétrica de tipo física, psicológica, sexual, económica y por supuesto también simbólica.

Nancy Fraser³ alerta que los avances legales pueden ser una ficción y, a la vez, una trampa para el feminismo que apunta a su conquista como un camino para las transformaciones sociales, que no siempre ni necesariamente llegan por esa vía. En el mismo sentido, Rita Segato⁴ advierte que en un contexto donde los avances legales son importantes y se supone que ofrecen a las mujeres una mayor protección, pareciera que cada vez somos más vulneradas y violentadas. Los marcos legales vigentes que regulan los derechos de las mujeres en los nacimientos enfrentan una brecha en su aplicación efectiva y se observa cierta anomia. Susana Chiarotti⁵ plantea que una ley sin sanciones es un tigre de papel, no asusta a nadie. Las/los agentes de los servicios de salud desconocen las leyes, las incumplen y se sienten impunes en un medio donde rige el silencio y la complicidad. Aunque se victimicen diciendo que son denunciadas/os permanentemente. Cuando las mujeres deciden denunciar, acceden a canales del Estado nacional que proponen un camino de sanción y de reparación, que en ambos casos es simbólica.

Otro aspecto del plano normativo son las normas institucionales que se explicitan verbalmente, aludiendo a protocolos de actuación que nunca logramos ver por escrito. Las prácticas institucionales de atención del parto refieren a guías/normativas emitidas por el (ex) Ministerio de Salud de la Nación, pero que en algunos puntos plantean cuestiones diferentes a las que se practican. Esas guías de Nación curiosamente tampoco hacen ninguna alusión a las leyes que se deben garantizar.

3. Fraser, Nancy, "El feminismo, el capitalismo y la astucia de la historia", en *New Left Review* N° 56, mayo/junio de 2009, pp. 87-104.

4. Segato, Rita Laura, *Informe de experta. Derecho a una vida libre de violencias*, en Tribunal Internacional de Derechos de las Mujeres, Viena +20, Euskalherria, Bilbao, editado por Murabik Gabe, 2013.

5. Chiarotti, Susana, Entrevista radial de la Red Nosotras por el mundo, 2016.

Cuando indagamos sobre el aborto no punible, al menos en Santiago del Estero, las niñas, adolescentes y mujeres se enfrentan a un camino tortuoso con dilaciones y negaciones.

En otro orden, el consentimiento informado es firmado de modo ineludible por todas las mujeres, pero sin recibir una explicación clara de aquello que firman. Al no ser informado, tampoco podemos considerarlo consentimiento. El consentimiento informado es un tema complejo que merece una profundización, pero en las instituciones sanitarias que recorrimos resulta que no es verdadero consentimiento ni brinda información.

Las violencias

El tema de las violencias es por demás elocuente y no caben dudas de que en la medida en que los nacimientos se han tecnocratizado e intervenido, se han hecho cada vez más violentos. Hay un aspecto teórico importante para comprender el fenómeno de la violencia que plantea Rita Segato,⁶ señalando que ella emana de la relación entre dos ejes interconectados. Un eje horizontal, que es el de alianza o competición entre pares (el eje del contrato) y el otro vertical, que es aquel donde se subalterniza o expropia el poder a la víctima (el eje del estatus). Esto es importante para comprender las estructuras patriarcales y su funcionamiento. Hay un sujeto racional e individualizado que precisa de sus pares para validar su poder, para emitir mensajes, pero que también precisa de un objeto al cual dominar, ejercer violencia, favorecerse, empoderarse. El eje horizontal nos ayuda a comprender la necesidad de validación entre pares que tiene el sujeto masculino o masculinizado. También dice Segato⁷ que este sujeto tiene un imperativo fuerte que pesa sobre su masculinidad, que es mostrar ante la sociedad sus seis potencias: sexual, económica, bélica, moral, intelectual y política.

6. Segato, Rita Laura, *Las estructuras elementales de la violencia*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, Prometeo, 2003.

7. Segato, Rita Laura, "Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial", en Bidaseca, Karina; Vazquez Laba, Vanesa, *Feminismos y poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América latina*, Buenos Aires, Godot, 2011.

En el eje vertical, la más frecuente es la violencia moral o simbólica, que asociada al saber-poder, desvaloriza y daña la autoestima de las mujeres. Está invisibilizada y subjetivada por ambas partes, tiene un efecto disciplinador construyendo un orden axiológico con sustratos sexistas y racistas.

También esta violencia se expresa físicamente, con intervenciones sobre el proceso del trabajo de parto o parto con estimulaciones medicamentosas (con oxitocina), con tactos reiterados, dilataciones manuales, posición acostada, maniobras dolorosas y/o peligrosas (Khristeller), cortes (episiotomía) y las cesáreas injustificadas. Perduran en las noches hospitalarias en Santiago del Estero los legrados sin anestesia a las mujeres que llegan con un aborto en curso, una práctica extremadamente dolorosa. Ellas son por lo general las más castigadas, se las somete a un interrogatorio para que confiesen la práctica abortiva, se las hace esperar mucho tiempo (días) en ocasiones sin ofrecerles alimentos para entrar al quirófano. No se utiliza la Aspiración Manual Endouterina (AMEU), que es un modo de evacuación del útero menos cruento que el legrado.

La violencia psicológica apunta a la culpabilización y responsabilización a las mujeres de aquello que no sucede como se espera. El miedo que de por sí está presente por las circunstancias propias de un nacimiento es reforzado y utilizado para realizar amenazas sobre diferentes riesgos. Otorga también el contexto de posibilidad para patologizar e intervenir. Es frecuente que las mujeres estén solas a pesar de la ley vigente, y el miedo y la soledad son condiciones habilitantes para el ejercicio de la violencia. La infantilización de las mujeres (“mami”, “gordita”) es parte de una estrategia de demarcación del lugar de la subordinación o minorización. En tanto niñas son evaluadas con una mirada distante, que las enjuicia culpabilizándolas por el incumplimiento de los mandatos de maternaje y sanitarios. Hay una violencia emocional que se disfraza con mensajes de cariño, “vos no quieres que le pase nada a tu bebé”, que produce una ruptura en los argumentos racionales y apela a lo emotivo y por supuesto también a la culpa. Pero luego cuando se tienen que explicar las razones de una intervención o de una complicación o resultado adverso, el lenguaje se transforma y ya no es el dirigido a un infante sino que muta a un lenguaje encriptado, de difícil comprensión. Ese lenguaje que usan las/los profesionales médicas/os se expresa verbalmente, pero también por escrito en las recetas y en la historia clínica.

El disciplinamiento a través del uso del tiempo es una estrategia de dominación que encuentra sus correlatos en muchas instituciones y situaciones. Quien detenta el poder puede hacer esperar, quien se encuentra subordinado, debe tener la paciencia de la espera. Las largas esperas acompañadas de la soledad y el miedo generan angustia y sensación de desolación, las esperas en contexto de sufrimiento son violencia. El tiempo marcha al ritmo de las necesidades e intereses del equipo de salud, y en función de esto se aceleran o se dilatan.

Hicimos una encuesta⁸ a 185 profesionales de la salud sobre cuáles prácticas consideraban más o menos violentas, y entre los resultados lo más significativo es que se consideran más graves los actos de violencia psicológica que física. La violencia más grave es *amenazar, descalificar, insultar o gritar a la mujer* y está por encima de la realización de un *legado sin anestesia o maniobra de Khristeller*.

Autonomías

El momento de un nacimiento pone en jaque nuestra autonomía, porque podemos afirmar mi cuerpo es mío, *mi cuerpo es un territorio donde ejerzo mi soberanía*, pero en esos momentos necesitamos sentir confianza hacia un entorno que nos acompañe y nos dé la seguridad de que estaremos cuidadas ante cualquier eventualidad que surja. Es así que una pregunta que resuena una y otra vez es “¿De quién es el cuerpo de las mujeres cuando se internan?” La hicimos por primera vez en un grupo focal de residentes de la Maternidad de Santiago del Estero, hace unos 10 años. No la contestaron y entonces repreguntamos. Nuevamente encontramos silencio. Volvimos a los quince días e insistimos y la respuesta fue contundente: “no la respondimos porque no la alcanzamos a comprender”. No alcanzan a comprender porque apunta a un tema modular de las prácticas médicas y al patriarcado. El cuerpo de las mujeres es un territorio materializado y bajo dominio institucional. Cuando las

8. Se consensuaron 37 indicadores que se proponen indagar la percepción de la violencia frente a determinadas prácticas y sobre cómo dimensionan las/os profesionales de la salud la violencia obstétrica que fue diseñada y aplicada en colaboración entre la CONSAVIG y FASGO (2016). Se solicitó a la persona que completaba la encuesta que hiciera una valoración del 0 al 5 donde el cero es la ausencia de violencia y el cinco es la máxima violencia.

mujeres llegan a la guardia e ingresan al servicio quedan enajenadas, su cuerpo efectivamente ya no les pertenece. Pierden la soberanía sobre ese espacio tan personalísimo como es el territorio corporal.

En estas relaciones un eje de tensión se asienta en la toma de decisiones como posibilidad de ejercicio de la autonomía por parte de las mujeres cuando se trata de opinar respecto a su cuerpo y los procesos que en él transcurren. Una autonomía que –como ya dijimos– tiene un respaldo legal, se enfrenta a múltiples tensiones de poder. Este es uno de los nudos críticos para el debate que de alguna manera transversaliza la problemática y necesario para la comprensión. También es clave poder comprender que estas relaciones se desarrollan en el campo de la medicina donde se habilitan, naturalizan y reproducen prácticas de disciplinamiento en contextos institucionales que se sostienen en ordenamientos jerárquicos.

La modernidad ha desarrollado un proceso de creciente individualización que resulta en un aislamiento de las personas y cierta pérdida de empatía con las/los demás, que de alguna manera es generador de miedo y vulnerabilidad. En esta desprotección la medicina ofrece protección a cambio de obediencia. Ofrece tranquilidad al afirmar tenerlo todo bajo control. En esa relación, la medicina trabaja sobre un acuerdo de dependencia, de heteronomía. “Nosotras/os hacemos el parto”, y entonces vuelve una vez más la pregunta ¿de quiénes son los cuerpos?

De modo tal que es necesario comprender la autonomía como relacional/dialéctica y con una mirada puesta en cómo construye la medicina su propio ejercicio de la autonomía que se impone sobre la de las demás. Si no logramos cuestionar la autonomía de las/os profesionales de la medicina, difícilmente podremos ejercer la nuestra. O, mejor dicho, si no logramos que las/os profesionales se cuestionen su propia autonomía y comprendan las tensiones existentes.

Lilia Schraiber⁹ señala que la autonomía médica opera en cuatro planos: la autonomía mercantil que se refiere a la inserción en los mer-

9. Schraiber, Lilia Blima, “Acción técnica y acción moral: el doble carácter de la práctica de los profesionales de la salud. Apuntes para el debate”, en López Gómez, Alejandra; Castro, Roberto (edits.), *Poder médico y ciudadanía: el conflicto social de los profesionales de la salud con los derechos reproductivos en América Latina. Avances y desafíos en la investigación regional*, Montevideo, Universidad de la República y Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

cados de trabajo; aquella otra ligada al orden organizacional/administrativo o también jerárquica; la autonomía de la producción de su propio trabajo asistencial (la autonomía del consultorio privado); y, finalmente, la autonomía técnica como acción concreta del trabajo. En el ámbito de un consultorio, cuando se cierra la puerta, se crea un espacio donde la persona que consulta queda a merced del juicio clínico de la/del profesional y sus criterios, que utilizará para tomar las decisiones para hacer una intervención clínica o quirúrgica. La autonomía de la/del profesional médica/o queda distante del control del ejercicio profesional de sus pares, puede decidir cobrar honorarios o actuar en las márgenes del orden jerárquico de las instituciones u organizaciones a las que pertenece. La tendencia a una obstetricia diurna, que organiza el trabajo de lunes a viernes y durante las horas del día libre de desvelos o interrupciones molestas, da cuenta del interés por preservar la autonomía de sus tiempos por parte de las/los médicas/os. En un proceso de biofarmacotecno-cratización que ha transformado las prácticas científico-técnicas de las/los médicas/os, hoy la medicina se vincula más con los laboratorios, los grandes centros de salud y las tecnologías.

Para que podamos ejercer la autonomía deben darse las condiciones habilitantes. Y ellas no se brindan por un sinnúmero de razones que tienen que ver con las tradiciones institucionales, las prácticas instituidas, las posiciones de poder/saber, las subalternizaciones. Entonces, hay una tensa relación. Cuando preguntamos a las/los profesionales cómo es la *paciente ideal*, dicen que “haga lo que le decimos, que no grite, ni se queje”. Cuando preguntamos lo mismo a las mujeres, dicen que “sean respetuosas/os, que no nos impongan prácticas dolorosas o innecesarias”.

A modo de cierre

El conocimiento racional-moderno de la medicina se impuso de manera universal en el mundo occidental, subalternizando todos los otros modos de acercarse al conocimiento, negando los aspectos emocionales y marcando una superioridad arrogante que coloniza territorios y subjetividades a partir de una geopolítica con intenciones de supremacía. Esta colonialidad del poder se imprime de la mano de discursos, prácticas o miradas sobre el mundo que son patriarcapitalistas

dando cuenta de la multiplicidad de intereses que se mueven dentro de la industria médica. No podemos comprender las relaciones interpersonales sin abarcar la comprensión de los juegos de poder mundiales. Los diseños de políticas son históricos y responden a patrones de poder transnacionales que tienden a homogeneizar desde nuestras naciones a nuestras vidas. Por eso es importante volver una y otra vez sobre la consigna feminista que afirma que lo personal es político.

El proceso de acumulación originaria no se ha detenido y cada vez que el capitalismo enfrenta una nueva crisis la respuesta se traduce en nuevas violencias, nuevos despojos. De los recursos naturales, las tierras campesinas/indígenas y los cuerpos. Transitamos nuevas formas de bioexplotación, ya no sustentadas solamente en el trabajo, sino en los modos en que nos vinculamos con nuestros cuerpos y en cómo resolvemos los procesos de salud. Las farmacias se asemejan cada vez más a un supermercado, con góndolas donde se eligen diferentes productos, y en el mostrador podemos pedir casi todos los medicamentos aún sin contar con una receta. Las mujeres van también a la consulta de una/un médica/o y eligen el talle para una mama y la cesárea para tal o cual fecha (y hora). Una curiosa forma de un fenómeno que podríamos denominar *medicina a la carta*.

La medicina se ha sumado al proyecto capitalista y a la colonialidad del poder, ejercido sobre los cuerpos, las prácticas cotidianas y las subjetividades. La colonización de la libido nos impulsa a desear aquello que el poder (en este caso la medicina) desea que deseemos. Este sería, por ejemplo, el caso de la cesárea como un fenómeno que en el sector privado (también en muchos hospitales públicos) ha crecido de modo exponencial y las/los profesionales se escudan en que son las propias mujeres quienes piden la cirugía. Ellas ya no son necesariamente víctimas de la autoridad, sino que comparten el deseo con el poder. La cirugía se les presenta como una práctica sencilla y sin complicaciones encubriendo los numerosos riesgos a los que se exponen. Asistimos a un complejo proceso de medicalización de la vida cotidiana y de patologización de procesos normales, con delicadas tareas que requieren trazar límites, correr el velo a nuevas expresiones de la dominación.

La violencia se ha instalado en la relación médica, está subjetivada, está naturalizada, de modo que su erradicación requiere una tarea enorme. Ciertas lógicas de mercado o económicas se instalan conquis-

tando modos de ver, sentir, consumir y hacer. Pero sobre todo modos de establecer vínculos desapegados, distantes, indiferentes.

Si el proceso de concentración de la riqueza se presenta con tal nivel de aceleración y si el *despiadado apetito* se ha trasladado a los negocios vinculados a la salud, estamos frente a un contrincante de enorme poder que nos desafía a la inteligencia y el desarrollo de creativas herramientas políticas para la transformación. Sabemos que este contrincante no tiene ética ni rostro, trabaja en las sombras moviendo hilos para alcanzar sus intereses y engrosar sus bolsillos.

Además, este proceso se ha recrudecido recientemente con la reinstalación de las ya conocidas recetas del neoliberalismo que profundizan aún más las existentes desigualdades, reducen el Estado y sus servicios, alientan la privatización de estos y la precarización de las/los trabajadores, profesionales o no. Aunque el achicamiento del Estado para los servicios de salud no implica necesariamente una disminución del gasto en salud, sino un cambio en la composición de ese gasto y un fortalecimiento en la alianza entre el capital privado y el Estado.

A este escenario tan complejo se le suma una embestida reciente contra la “ideología de género” que se asoma como discurso que pretende disciplinar y redomesticar a las mujeres. Juan Marco Vaggione plantea que una moral religiosa conservadora es funcional al despliegue neoliberal y apunta a contrarrestar los avances en el terreno de los derechos sexuales y reproductivos. Recupera a Wendy Brown, quien afirma que

El neoliberalismo en tanto racionalidad del mercado precisa del neoservadurismo en tanto racionalidad moral. Mientras el Estado fragiliza el sostenimiento de los principales servicios públicos fortalece, según la autora, su rol de guardián moral. A ello se agrega que un estado que busca desprenderse de la educación o la salud se vuelve cada vez más dependiente de las instituciones religiosas como prestatarias de estos servicios.¹⁰

Precisan mujeres disciplinadas para que seamos funcionales a la economía que se retira una vez más de las necesidades de los grupos reiteradamente vulnerados.

Cuando me preguntan si, efectivamente, hay más violencia contra las mujeres o es que ahora se menciona más y por eso se hace más

10. Vaggione, Juan Marco, “La moral que necesita el neoliberalismo”, en *Página/12*, 27/04/2017.

visible, por lo general respondo que es posible que ocurran los dos fenómenos simultáneamente: que haya aumentado y que se hable más. Si me refiero en particular a la violencia obstétrica, la respuesta es que ha aumentado de manera notable. Porque asistimos a una confluencia de procesos y particularmente a una tecnocratización brutal de la medicina que conlleva a que, además de la persecución de las ganancias que arrasa con valores éticos, resulta también en una mayor objetualización de las personas, y en una ruptura de las relaciones vinculares.

Es necesario un giro epistemológico en la formación de las/los profesionales de salud, poner énfasis en aspectos sociales, en contenidos de derechos, pero también apuntar a la formación solidaria y el pensamiento crítico.

Los movimientos de mujeres y feministas están en pleno crecimiento en las calles, en las redes, en las cámaras, en las instituciones, en reclamo por el respeto a nuestras autonomías. Son diversos los eventos como los Encuentros nacionales, Paro nacional e internacional de mujeres, Marchas de #niunamenos, Campaña por el aborto legal seguro y gratuito que invitan a la reflexión y deben escucharse porque hay un futuro que ya está sucediendo.

Bibliografía

AZEREDO, Yuri Nishijima / SCHRAIBER, Lilia Blima, “El poder médico y la crisis de los vínculos de confianza en la medicina contemporánea”, en *Salud colectiva*, N° 12(1), Lanús, UNL, 2016.

BADILLO ROMERO, Priscila, “Las opiniones de los/as obstétricos/as sobre el parto vertical”, trabajo final de grado (inédito), FHCSyS-UNSE, Santiago del Estero, 2015.

CANEVARI, María Cecilia, “Las prácticas médicas y la subalternización de las mujeres: derechos, autonomía y violencia”, tesis doctoral de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Orientación Género, 2017. Disponible en: http://repositorio.filo.uba.ar/bitstream/handle/filodigital/4340/uba_ffyl_t_2017_se_canevari.pdf?sequence=1

_____, “El marco legal de la violencia obstétrica: derechos y reveses”, 2016. Disponible en: <http://jornadassaludypoblacion.sociales.uba.ar/ediciones-previas/>

_____, *Cuerpos enajenados. Experiencias de mujeres en una maternidad pública*, Santiago del Estero, Barco Edita, FHCSyS y UNSE, 2011.

CASTRO, Roberto, “Pautas de género en el desarrollo del habitus médico: los años de formación en la escuela de medicina y la residencia médica”, en *Salud colectiva*, Vol. 10, N° 3, 2014.

CHIAROTTI, Susana, Entrevista radial de la Red nosotras por el mundo, 2016.

CHIAROTTI, Susana / SCHUSTER, Gloria / ARMINCHIARDI, Susana, *Con todo al aire 2. Reporte de derechos humanos sobre atención en salud reproductiva en hospitales públicos*, Rosario, INSGENAR y CLADEM, 2008.

DAVIS-FLOYD, Robbie, *Perspectivas antropológicas del parto y el nacimiento humano*, CABA, Creavida, 2009.

DINIZ, Carmen Simone, “Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento”, en *Ciencia & Saúde Coletiva*, Vol. 10, N° 3, 2005.

FEDERICI, Silvia, *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, Buenos Aires, Tinta Limón, 2010.

FORNES, Valeria Lucía, “Cuerpos, cicatrices y poder: Una mirada antropológica sobre la violencia de género en el parto”, ponencia presentada en el I Congreso Interdisciplinario sobre Género y Sociedad, celebrado entre el 27 y el 30/5 de 2009 en la Universidad Nacional de Córdoba.

FRASER, Nancy, “El feminismo, el capitalismo y la astucia de la historia”, en *New Left Review*, N° 56, mayo/junio de 2009.

JEREZ, Celeste, “Partos empoderados: clase y género en la crítica a la violencia hacia las mujeres en los partos”, ponencia en el XI Congreso Argentino de Antropología Social, Rosario, 2014.

LAS CASILDAS, “Informe del observatorio de violencia obstétrica”, 2015. Disponible en: www.lascasildas.com.ar

LEY N° 25929, Derechos de Padres e Hijos durante el Proceso de Nacimiento.

LEY N° 26485, Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

LÓPEZ GÓMEZ, Alejandra / CASTRO, Roberto (edits.), *Poder médico y ciudadanía: el conflicto social de los profesionales de la salud con los derechos reproductivos en América Latina. Avances y desafíos en la investigación regional*, Montevideo, Universidad de la República y Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

MAFFÍA, Diana (s/f), “Cuerpos, fronteras, muros y patrullas”, en *Revista Científica de UCES* Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Disponible en: www.dianamaffia.com.ar

OXFAM, “Informe temático. Riqueza. Tenerlo todo y querer más”. Disponible en: www.oxfam.org

SCHRAIBER, Lilia Blima, “Acción técnica y acción moral: el doble carácter de la práctica de los profesionales de la salud. Apuntes para el debate”, en LÓPEZ GÓMEZ, Alejandra / CASTRO, Roberto (edits.), *Poder médico y ciudadanía: el conflicto social de los profesionales de la salud con los derechos reproductivos en América Latina. Avances y desafíos en la investigación regional*, op. cit.

SEGATO, Rita Laura, *Informe de experta. Derecho a una vida libre de violencias*, en Tribunal Internacional de Derechos de las Mujeres. Viena +20. Euskalherria, Bilbao, editado por Murabik Gabe, 2013.

_____, “Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial”, en BIDASECA, Karina y VAZQUEZ LABA, Vanesa, *Feminismos y poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América latina*, Buenos Aires, Godot, 2011.

_____, *Las estructuras elementales de la violencia*, Bernal, Prometeo, Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

TORNQUIST, Carmen Susana, “Paradoxos da humanização em uma maternidade no Brasil”, en *Cadernos Saúde Pública*, Vol. 19 (Sup. 2): S419-S427, Río de Janeiro, 2003.

VAGGIONE, Juan Marco, “La moral que necesita el neoliberalismo”, en *Página/12*, 27/04/2017.

YAÑEZ, Sabrina, “De la caza de brujas en Europa a los mandatos eugenésicos en Argentina: reflexiones sobre algunos hitos del proceso de institucionalización de la maternidad”, en *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, N° 37, 2013.1.

Capítulo 7
Violencia institucional y violencia de
género como cruces peligrosos

La violencia institucional de mediar la supervivencia de la progenie. La Ley N° 13944 y soluciones alternativas a la dignidad humana

Sandra Verónica Guagnino*

A 70 años de la sanción de la Ley N° 13944 (1950) que reprime como delito de acción pública el sustraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia de hijos/as menores de dieciocho años,¹ continúa siendo significativa la ausencia de decisiones condenatorias y reparatorias y es cada vez más escasa la cantidad de denuncias anuales por este delito.²

La tradicional indiferencia del sistema de administración de justicia penal hacia las violencias económicas y patrimoniales, psicológicas y simbólicas que padecen las mujeres, se refuerza hoy y en relación con este delito en particular, con el sometimiento compulsivo de estos casos a mecanismos negociados de solución de conflictos -mediaciones y conciliaciones-, en contra de las normas positivas y recomendaciones expresas de organismos internacionales.³ Normalmente, además,

* Magíster en Administración de Justicia por la Università degli Studi di Roma, Unitelma Sapienza. Especialista en Criminología, Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo, Gobernanza y Gobierno Abierto por la Universidad de Salamanca. Especialista en Alta Formazione in Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti por la Universidad de Pisa. Doctoranda en Derecho Constitucional por la Universidad de Valladolid. Cursa el Programa de Actualización en Género y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Abogada por la Universidad de Buenos Aires.

1. La ley extiende el delito cuando se trate de personas de más de 18 años si estuvieren impedidas/os, y prevé otras figuras legales que no es del caso analizar aquí.

2. Entre el 01/07/17 y el 30/06/18 se formalizaron menos de 200 denuncias por infracción al artículo 1, Ley N° 13944 en la CABA.

3. El MESECVI es el Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer que instituye un sistema de evaluación entre pares, consensuado e independiente, para examinar los avances realizados por los Estados Parte en el cumplimiento de los objetivos de la Convención y elabora Informes Hemisféricos que incluyen recomendaciones a los Estados.

se lo hace en contra de la opinión expresa del titular de la acción penal –el Ministerio Fiscal–. En las disputas jurídicas suscitadas entre operadores de la Ciudad y en las sentencias recaídas, recobran nuevos bríos viejos patrones socioculturales androcéntricos y machistas. La ausencia de una verdadera perspectiva de género produce como resultado una discriminación institucional hacia las mujeres, ya que se invisibiliza la violencia contra ellas, se les niega su condición de víctima, se las considera tácitamente incapaces de representar suficientemente a sus hijas e hijos. En definitiva, se niega la protección del Derecho Penal a las mujeres, niñas y niños víctimas de la omisión de las responsabilidades parentales, prescindiendo de brindarles una respuesta oportuna y efectiva, haciendo caso omiso de las obligaciones asumidas por el Estado argentino frente a la comunidad internacional.

Marco normativo

La Constitución de 1994 incorporó, en las condiciones de su vigencia⁴ y dotándolos de jerarquía constitucional, un conjunto de instrumentos internacionales que conforman dos sistemas de protección de derechos humanos –universal e interamericano–, entre los que cabe destacar aquí la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW)⁵ y la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN). El sistema se completa con la Convención Interamericana para prevenir,

4. Art. 75, inc. 22, CN y art. 10 CCABA. A partir de los casos “Giroldi” (causa N° 32/93, 07/04/1995); “Arancibia Clavel” (causa N° 259, 24/08/2004); “Espósito” (23/12/2004); “Simón” (causa N° 17.768, 14/06/2005), entre otros, la CSJN estableció que la expresión “en las condiciones de su vigencia” implica que las convenciones se incorporan tal como ellas rigen en el ámbito internacional, lo que demanda a los poderes constituidos conocer e interpretar dichos instrumentos a la luz de la jurisprudencia e interpretación que de ellos han hecho los organismos internacionales competentes, ya que su inobservancia podría implicar responsabilidad internacional del Estado argentino.

5. CEDAW es el primer tratado dedicado exclusivamente a la defensa y promoción de los derechos de las mujeres, que instituye un Comité, que ha emitido hasta la fecha treinta y cinco Recomendaciones Generales, que aclaran y orientan sobre el alcance y las medidas que deben adoptarse para garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones estatales y proporcionan una interpretación autorizada para operadores judiciales.

sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (en adelante CBdP o Convención Belém do Pará, sin jerarquía constitucional) y su Protocolo Facultativo. Esas normas, las decisiones de la Comisión (en adelante CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), junto a los informes y recomendaciones derivadas de los organismos de cumplimiento (en adelante Comité CEDAW y MESECVI), han consolidado un consenso acerca de la prohibición de la violencia contra las mujeres (en adelante VCM) como principio del Derecho Internacional consuetudinario, reconociéndola como forma de discriminación, violación de los derechos humanos de las mujeres y prácticas degradantes, respecto a las cuales el Estado está obligado a actuar con debida diligencia para prevenirlas, investigarlas, juzgarlas, sancionarlas y erradicarlas,⁶ debiendo reparar a las víctimas y supervivientes. Según el DIDH, la VCM puede llegar incluso a constituir tortura o tratos crueles y degradantes y a formar parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado.⁷

La Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJN) reconoció la supremacía del DIDH y afirmó la prevalencia del *ius cogens*, exigiendo a jueces y órganos vinculados a la administración de justicia hacer un control de convencionalidad que incluya los tratados, la jurisprudencia internacional, los documentos e instrumentos emitidos por los organismos con competencia para interpretar y aplicar el tratado, como el Comité CEDAW y el MESECVI,⁸ obligación que subsiste cuando deben decidir sobre hechos que involucran violación de derechos humanos de las mujeres. Las obligaciones del Estado argentino en relación con estos últimos han sido plasmadas en un sinnúmero de

6. Corte IDH, “Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México Campo Algodonero”, sentencia de 16 /11/2009, #255.

7. Cfr. CIDH, “Caso Maria Da Penha Maia Fernandes”, Informe N° 54/01, Informe de fondo de 16/04/2001; Corte IDH, “Caso del Penal Miguel Castro Castro”, sentencia de 25/11/2006, Serie C. N° 160, párr. 276; Corte IDH, “Caso Campo Algodonero”, *op. cit.*; Corte IDH, “Caso Fernández Ortega”, sentencia del 30/08/2010, Serie C. N° 215; Corte IDH, “Caso Rosendo Cantú”, sentencia del 31/08/2010, Serie C N° 216.

8. CSJN, “Mazzeo”, del 13/07/2007, considerando 20. Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, del 26/11/2010, párr. 225, Serie C N° 220.

leyes nacionales,⁹ mientras que la normativa porteña enriqueció ese conjunto de forma fecunda.¹⁰

Conforme los artículos 2.d, 2.f y 5.a de *CEDAW*, los órganos judiciales tienen la obligación de “abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación” o violencia contra la mujer; de “aplicar estrictamente” todas las disposiciones penales que sancionan esas violencias; de garantizar que los procedimientos sean imparciales, justos y que no se vean afectados por estereotipos de género o por una interpretación discriminatoria de las disposiciones jurídicas, incluido el DIDH; de identificar las violencias contra las mujeres, reconocerlas, visibilizarlas, prevenirlas, investigarlas, reparar a las víctimas y juzgar a sus autores. El Comité *CEDAW* y el Comité CDN han criticado las prácticas y actitudes sistemáticas profundamente arraigadas en la sociedad que, sobre la base de la distinción entre lo público y lo privado, asignan roles y funciones estereotipadas según las cuales se considera a las mujeres y las niñas inferiores a los hombres y excluidas del ámbito de lo público. De ahí que se prohíba aplicar nociones preconcebidas y estereotipadas de lo que constituye VCM, de cuáles deberían ser las respuestas de las mujeres a esa violencia, y cuál el criterio de valoración de la prueba necesario para fundamentar su existencia, porque con ello se generan desequilibrios de poder, desigualdades y discriminación y se pueden afectar a los derechos de la mujer a la igualdad ante la ley, a un juicio imparcial y un recurso efectivo (arts. 2 y 15 *CEDAW*).¹¹

Por lo tanto, todo operador u operadora judicial como agente del Estado (jueza/juez, fiscal/fiscal, defensora/defensor, asesora/asesor, funcionaria/o y empleada/o de cualquier jerarquía) deben observar y

9. Entre ellas, las Leyes N° 24417, de Protección de Violencia Intrafamiliar; N° 26061, de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; N° 26485, de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres; N° 26743, de Identidad de género; N° 26791, que incorporó al Código Penal la figura de femicidio y las agravantes por violencia de género; y N° 27732, de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos. Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez”, sentencia de 29/07/1988, Serie C N° 4.

10. La normativa CABA que aborda las múltiples facetas de la discriminación y la violencia contra las mujeres, se encuentra dispersa, entre otras, en las Leyes N° 31, 54, 175, 223, 471, 481, 1225, 1688, 2110, 2781, 2957, 3360, 4181, 4238, 4343, 4376, 4565, 4892, 5159, 5261, 5291, 5588, 5738, 5742, 5924.

11. Comité *CEDAW*, Recomendación General N° 35.

aplicar el conjunto normativo antes citado, estando cada uno de ellos obligados a proporcionar respuestas efectivas, estructurales e integrales a los casos de VCM,¹² creando condiciones ineluctables para la erradicación de los patrones socioculturales que consolidan relaciones desiguales de poder entre los géneros, especialmente cuando esos patrones se reproducen dentro de los órganos que integran el Poder Judicial, en función de sus propias prácticas. En esa tarea, no deben olvidar la obligación de aplicar y transversalizar la perspectiva de género y el enorme poder de que disponen para instituir y performar normas, lenguajes y prácticas jurídicas con alta carga simbólica.

Discriminación, violencias e incumplimiento en relación con la progenie

Sin embargo, se constata que siguen siendo pocas y pocos quienes –aunque invoquen la normativa en sus decisiones– ejercen sus funciones y roles procesales con plena observancia del DIDH, por lo que el sistema de justicia sigue siendo ineficiente, indiferente y refractario a garantizar a las mujeres una vida libre de discriminación y de violencia.¹³

La feliz ignorancia en que se mantienen operadores del sistema de justicia respecto del género y de la realidad de las mujeres víctimas, les conduce a justificar –especialmente en los delitos previstos por la Ley N° 13944–, la derivación del caso a mediación y la inaplicación de la prohibición de salidas negociadas del art. 28 *in fine*, Ley N° 26485, amparándose en el siguiente tipo de argumentos:

- a. La negación de la condición de víctima de la mujer. La tesis afirma dogmáticamente que este delito no damnifica a la mujer, a quien se niega –de forma expresa o tácita aunque siempre sistemática– el carácter de particular ofendida, con lo que se desecha el contexto de violencia de género. Así, sus soste-

12. Corte IDH, “Campo Algodonero”, *op. cit.*, #258.

13. Rodríguez, Marcela, “Violencia de Género: Una violación a los derechos humanos de las mujeres”, en Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto y Courtis, Cristian (comp.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, Buenos Aires, CELS y Editores del Puerto, 2007, pp. 607-611. También Asensio, Raquel y Di Corleto, Julieta, *Discriminación de género en las decisiones judiciales: Justicia penal y Violencia de género*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, s.n., 2010, p. 142.

nedores invisibilizan y se desentienden de las consecuencias que para la mujer genera el incumplimiento parental. Tanto se desvelan en negar a la mujer que no advierten lo paradójico de exigirle a quien se le niega la condición de particular ofendida, que se siente a la mesa de negociación para mediar sobre el contenido de una acción pública de la que no es titular, como madre de unas/unos hijas/os cuyos intereses en el proceso penal son representados por la Asesoría Tutelar, cuya opinión es la determinante para impulsar la mediación. Simbólicamente, entonces, la representación de los menores de edad también se le niega a la mujer, invariablemente reemplazada por el asesor tutelar en todo cuanto no sea el acto de la mediación. A contrario, la realidad indica que cuando las hijas y los hijos menores de edad quedan a cargo exclusivo de la madre y el padre se desentiende de su manutención, la violencia de naturaleza económica y patrimonial es ejercida y se dirige no sólo contra los menores, sino fundamentalmente contra la mujer, cuyos derechos se ven conculcados desde múltiples aspectos.¹⁴ Partiendo del DIDH, cuyas reglas deben ser interpretadas de forma sistemática e integral y no aislada, es evidente que el incumplimiento a los deberes de asistencia familiar constituye una múltiple violación de los derechos humanos tanto de niñas y niños, cuanto de las mujeres y madres a cuyo exclusivo cuidado se encuentran, porque:

- i. la omisión comporta un maltrato o descuido del progenitor quien, al incumplir su deber (art. 9.1, CDN) omite satisfacer la obligación propia y primordial de proveer a la crianza y bienestar de la/del niña/o, y de proporcionarle las condiciones de vida necesarias para su desarrollo dentro de sus posibilidades y medios económicos, y es apta para violar los derechos de la/del niña/o a esa protección y el cuidado, a su integridad física y/o psíquica, y a su dig-

14. TSJ, Expte. N° 9166/12, “Ucha, S.A. s/infr. art. 1 L. 13944”, del 12/02/2014; en similar sentido, Expte. N° 11415/15, “MP-Fiscalía de Cámara Sudeste- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Sarachaga, M. s/ infr. art(s). 1, LN N° 13944’” y su acumulado Expte. N° 11439/14 “Perazzo, M. L. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Sarachaga, M. s/ infr. art(s). 1, LN N° 13944’”, del 02/09/2015.

nidad e integridad como persona (arts. 10 y 11.1, PIDESC; arts. 3.2, 18.1 y 27.2, CDN y arts. 647 y 647, CCivil). A fuerza de ser ilustrativas, podría decirse que el padre omite la conducta debida, precisamente porque sabe que la madre estará ahí para cubrir las obligaciones que a él le tocan, a punto tal de que si el “plan criminal” no descansara en la idea de la madre como supercuidadora de la progenie, no sería descabellada la posibilidad de atribuirle al omitente otro tipo de delito, *vgr.* abandono de persona, lesiones, tentativa de homicidio, etcétera.

- ii. cuando el grupo familiar es monomarental y está conformado con jefatura femenina a cargo de hijas/os menores, la omisión del progenitor provoca una desventaja y una violencia económica y patrimonial para la mujer que debe afrontar el cuidado de los hijos con sus recursos propios¹⁵ o recurrir a su propia red de contención. Esta discriminación *de facto* contra las mujeres¹⁶ impacta de forma negativa en el ejercicio de sus libertades fundamentales, la mujer debe trabajar más cantidad de horas; o bien queda obligada a dejar de trabajar/estudiar para dedicar tiempo al cuidado unilateral de la progenie. Esto afecta sus posibilidades de disponer de tiempo para su propia formación y capacitación; restringe sus derechos al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental sin presiones o injerencias indebidas y a no ser sometida a tratos degradantes; y genera una desigualdad real entre ambas partes del conflicto al limitar el libre y pleno uso de sus recursos económicos propios, transformándose en un medio de limitar los ingresos de la mujer (art. 5, Ley N° 26485). Por esa vía, también se obliga a la mujer a reclamar, pedir, rogar o suplicar la asistencia para sus hijos, lo que incide negativamente en su

15. TSJ, Expte. N° 14.651/17, “MP-Fiscalía de Cámara Este- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘García, J. G. c/ García Mello, A. s/ art. 1 Ley N° 13944’”, del 07/02/2018.

16. Hasanbegovic, Claudia; Oliva, Rocío Belén y Cymerman, Carolina, “Varones violentos / Estado negligente. El tortuoso camino de exigir alimentos para los/as hijos/as en Buenos Aires”, en Lanari, M. E. y Hasanbegovic, Claudia, *Mujeres en Latinoamérica: El presente en veintidós letras*, Mar del Plata, EUDEM, Universidad Nacional de Mar del Plata, 2015.

dignidad como persona (art 4, Ley N° 26485). Finalmente, el incumplimiento viola el derecho de las mujeres adultas a la igualdad ante la ley y a la igualdad real de oportunidades en *par conditio* con los hombres, en cuanto a las tareas de cuidado, al uso del tiempo y su valor económico.

En la práctica, y a pesar del reconocimiento que la ley hace de la igualdad real entre los progenitores respecto a las obligaciones de cuidado, protección y el mantenimiento de hijas e hijos, el sistema judicial sigue siendo incapaz de imponerse y proveer cuanto corresponde para hacer efectiva esa responsabilidad parental.¹⁷ La pertenencia sistemática del imputado al género masculino refleja la existencia de un fenómeno estructural de VCM que habilita la aplicación al caso de las disposiciones de la Ley N° 26485,¹⁸ especialmente cuando a este delito se añaden otras violencias psicológicas, físicas, simbólicas, etcétera, y se producen en relación con mujeres más vulnerables, respecto a quienes el acceso a la justicia es un grave problema (jóvenes, pobres, sin escolaridad, etc.). La inacción o deficiente acción estatal genera un efecto y un resultado de reforzamiento de la impunidad del varón y de su empoderamiento como *dominus* en el ámbito privado y familiar, en demérito de la mujer e hijas/os. La inexistencia de respuestas judiciales eficaces comporta una nueva violencia –institucional– hacia las mujeres y refleja un patrón de discriminación estructural hacia ellas, consolidado desde el Poder Judicial, cuyos operadores no cumplen con el deber de debida diligencia reforzada en relación con ambos grupos de víctimas altamente vulnerables, niñas/os y mujeres, amén de favorecer el enriquecimiento ilícito del hombre, quien al omitir el pago incrementa su propio patrimonio.¹⁹

17. Comité CEDAW, Recomendación General N° 21, “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”.

18. CAPCyF, Sala III, causa CUIJ IPP J-01-00040191-5/2016-0, “Barbizzotti, R.G. s/ Ley N° 13944”, del 20/04/2018, voto de la Dra. Paz.

19. Hasanbegovic, Claudia, “Violencia de género en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Acercamiento y Debates Teóricos”, en *El Reporte Judicial*, N° 27, Escuela de Capacitación Judicial del Tribunal Superior de Chubut, 2012, p. 91.

- b. Los meros conflictos patrimoniales y las cuestiones propias de derecho privado²⁰ deben quedar excluidos del concepto de violencia contra la mujer y las/los hijas/os. Al sugerirse que la cuestión es meramente patrimonial y privada se omite, por un lado, considerar la obligación del Estado de brindar respuestas integrales²¹ que garanticen a mujeres y niñas/os “igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos” garantizados (art. 75.23, CN), así como la protección integral de la familia. Por el otro, se omite ponderar las lesiones que el incumplimiento genera a nivel de los derechos humanos de menores de edad y de la mujer; a nivel individual, familiar y comunitario, desdibujándose el impacto y la dimensión de estas violencias como problema social y no sólo individual.
- c. Es inconveniente, disfuncional, estigmatizante imponer una pena, que sólo genera dificultades a quien la sufre; con ella no se tutela el bien jurídico protegido y no se soluciona realmente el conflicto.²² Una tal interpretación, basada en concepciones dogmáticas y desconectadas del caso concreto, es visiblemente discriminatoria, sirve para eludir la aplicación del Derecho Penal sólo en este tipo de casos y evitar declarar la responsabilidad de acusados de género masculino cuando

20. CAPCyF, Sala I, causa CUIJ IPP-J-01-00122143-0/2017-0, JusCABA 26112/2017-0, “Palastro, J. s/ Ley 13944”, del 02/08/2018. Voto de los Dres. Marum y Vázquez.

21. Ante el incumplimiento de la/del progenitora/progenitor obligada/o, subsidiariamente, el Estado tiene un deber de garantía frente a las personas menores de edad, que abarca las obligaciones de protegerlas, cuidarlas, proveer a su salud, supervivencia y desarrollo, prestarle asistencia apropiada; adoptar todas las medidas apropiadas para protegerlas contra toda forma de perjuicio, abuso, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras se encuentren bajo la custodia de sus progenitores o terceros; proporcionarles la asistencia necesaria a la/al niña/o y a sus cuidadores; reconocerles los beneficios de la seguridad social teniendo en cuenta los recursos y la situación de la/del niña/o y de las personas que sean responsables de su mantenimiento, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por la niña o el niño o en su nombre (art. 3.2; 6.2; 18.2; 19.1; 24.1, CDN). Los Estados Partes tienen el deber de tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los progenitores u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado parte como si viven en el extranjero (art. 27.4, CDN).

22. CAPCyF, Sala I, ver la ya citada causa “Palastro”.

quienes reclaman la protección penal son mujeres y niñas/os víctimas de violencia familiar o doméstica.

- d. La mediación otorga a las mujeres la posibilidad de explicar su historia y ser escuchadas, tiene un efecto terapéutico o sanador derivado de expresar su experiencia y contribuye a que la mujer se reafirme en la razón de su historia al verla confirmada por los otros.²³ Afirmaciones como esta se desentienden del hecho de que el mediador no es la figura prevista por el DIDH para satisfacer el derecho a ser oída de las víctimas –aun cuando fueran sólo las/los menores–;²⁴ que aquel no dispone de oportunidad ni margen alguno para “reafirmar” una de las dos versiones e intereses en debate; que tampoco puede declarar derechos; que, en casos de violencia doméstica o familiar, la práctica es que las partes no se encuentren ni se escuchen recíprocamente (además, probablemente el imputado carecerá de interés en oír una historia y un conflicto que ya conoce, porque él mismo ha contribuido a causarlo). A mayor abundamiento, los mediadores ni siquiera integran formalmente el sistema de justicia diseñado por la Constitución de la CABA, que pone en cabeza de las comunas la implementación de los métodos de resolución de conflictos mediante el sistema de mediación, con participación de equipos multidisciplinarios (art. 128.6, CCABA). Tampoco se entiende por qué, si las mujeres no son consideradas víctimas del delito, deberían ser oídas y proveérseles recursos terapéuticos. Hay que recordar que, en este tipo de casos, las mujeres reclaman la satisfacción de los medios para la subsistencia de las y los menores adeudados por el imputado y no terapias a cargo del Estado.
- e. Para rechazar válidamente la mediación como salida alternativa, debe demostrarse con datos objetivos, informes u otras evidencias la existencia de una relación desigual de poder, de sometimiento y/o de vulnerabilidad de la denunciante.²⁵ La tesis tergitversa el debido proceso y altera los principios que

23. CAPCyF, Sala III, causa CUIJ IPP-J-01-00058543-9/2017-0, MPF N° 140.331 y JusCABA N° 17.820/2017-0, del 10/10/18. Voto en minoría del Dr. Delgado.

24. Arts. 8.1 y 25.1 y 2, CADH; art. 14.1, 26 PIDCyP, entre otros.

25. CAPCyF, Sala I, ver la ya citada causa “Palastro”, voto del Dr. Bosch.

rigen el sistema de justicia local, basado en el sistema acusatorio, el acceso a justicia, la oralidad y la imparcialidad. No podemos extendernos en este aspecto; baste decir que se reclama una indebida anticipación del juicio, al exigir de forma prematura al fiscal producir prueba para demostrar por escrito, durante la etapa de investigación, que el caso efectivamente es uno de violencia contra la mujer, lo que viola la oralidad y el principio de inmediación (art. 13.3 CCABA), ya que los jueces sólo pueden valorar prueba que haya sido producida en audiencia con satisfacción del principio contradictorio.

- f. Como la CEDAW no prohíbe expresamente la mediación, el legislador local no puede prohibirla expresamente en el derecho interno por vía de una ley reglamentaria de aquella (art. 28, Ley N° 26485).²⁶ Esta regla es insostenible, en la medida en que el DIDH constituye un estándar mínimo de protección, frente al cual, los Estados deben organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.²⁷ Y en ninguna convención se regula como derecho humano el acceso a la mediación.
- g. Las audiencias de mediación o conciliación, según el artículo 28 de la Ley N° 26485, están prohibidas sólo cuando se haya adoptado una medida preventiva urgente, durante el procedimiento sumarísimo previsto para gestionarlas.²⁸ El análisis directamente conspira contra una interpretación razonable de la disposición. Si el texto obliga al juez a escuchar a las partes por separado bajo pena de nulidad durante la audiencia que debe fijarse en el plazo de 48 hs., es absurdo que el legislador haya considerado necesario reafirmar la prohibición de mediación o conciliación sólo en relación con esa audiencia. Muy por el

26. CAPCyF, Sala II, causa “Martínez, C.E.”, CUIJ IPP-J-01-00036291-9/2018-o, y JusCABA N° 22.102/2018-o, del 10/10/2018. Voto de los Dres. De Langhe, Bosch y Bacigalupo.

27. Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez”, sentencia de 29/07/1988, Serie C. N° 4, párr. 166; párr. 164-177; Corte IDH, “Caso Godínez Cruz”, sentencia de 20/01/1989, Serie C. N° 5, párr. 175; párr. 173-188.

28. CAPCyF, Sala II, causa ya citada “Martínez, C.E.”.

contrario, si las partes no pueden estar juntas en presencia del juez, no es de recibo que puedan ser obligadas a juntarse en ausencia de aquel, en un ámbito privado y confidencial, donde no se provee a la mujer de garantía alguna.

La mediación y la inasistencia familiar

El DIDH proscribe las formas negociadas de resolución de conflictos en cualquier caso de violencia contra la mujer, especialmente cuando se trate de violencia doméstica o intrafamiliar, recomendándose expresamente a los Estados:²⁹

1. prohibir tanto el uso de métodos de conciliación, mediación y otros orientados a resolverlos extrajudicialmente, cuanto los criterios o principio de oportunidad;
2. armonizar la legislación procesal con estas prohibiciones, en casos de violencia contra las mujeres, en casos de violencia familiar, intrafamiliar o doméstica;
3. asegurar el efectivo acceso a la justicia de las mujeres que sufren violencia, impidiendo la aplicación del recurso de suspensión del juicio a prueba o probation y otros como justicia restaurativa, ya que en la práctica encubren formas de mediación penal.

En 2015 el Comité *CEDAW* recordó que, si bien los procesos alternativos oficiosos de solución de controversias pueden ofrecer mayor flexibilidad y reducir los costos y las demoras para las mujeres que solicitan justicia:

... pueden también dar lugar a nuevas violaciones de sus derechos y a la impunidad de los perpetradores debido a que estos suelen actuar en base a valores patriarcales, produciendo un efecto negativo sobre el acceso de la mujer a los exámenes judiciales y los recursos.³⁰

29. Arts. 1.2 y 7.c), e), y g), CBdP. MESECVI, Segundo Informe Hemisférico (2012) y Tercer Informe Hemisférico (2017). Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/TercerInformeHemisferico-ES.pdf>

30. Comité *CEDAW*, Recomendación General N° 33, del 03/08/2015.

Por tanto, en la Recomendación General N° 35,³¹ el Comité insistió en la prohibición de someter forzosamente a las mujeres a métodos alternativos de resolución de conflictos.

No nos cabe duda de la prohibición de la mediación en estos casos, pero aun superando la clara prohibición que tanto la Ley N° 26485 como el DIDH hacen de la mediación en casos de VCM, la regulación local que del instituto hace el artículo 204, Código Procesal Penal CABA,³² y las prácticas desplegadas por los operadores del sistema de justicia, no brinda las mínimas garantías de las que debe proveerse a la mujer y a las personas menores de edad víctimas de violencia. Las disposiciones locales son insuficientes en varios aspectos, entre los que, y sin ánimo de agotar las críticas, podemos señalar:

- a. no se exige explicitar fundadamente las razones para considerar que, en el caso concreto, la salida negociada es una mejor solución para la mujer víctima;
- b. no se indica cuándo, cómo o quién debe realizar la evaluación previa u obtener el consentimiento informado de la mujer;
- c. no existen mecanismos oficiales e institucionales de control y supervisión del acuerdo, a los que ahora se añade la prohibición expresa de someterlo a plazo o de imponer reglas de comportamiento (conf. Ley N° 6020);
- d. se transfiere el peso del control de los términos del acuerdo a la propia víctima;
- e. es imposible disponer de medidas preventivas coexistentes que aseguren a la mujer la no reiteración de actos de violencia antes, durante o una vez concluida la mediación;

31. La Recomendación General N° 35, del 02/07/2017, actualiza su similar RG N° 19, ambas relativas a la violencia contra la mujer.

32. Ley N° 2303 CABA, reformada por Ley N° 6020 CABA, que introdujo modificaciones a la regulación de la mediación. El TSJ interpretó esta norma en numerosos fallos: Expte. N° 10818/14, “E., R.A. s/ infr. art(s). 149 bis, CP”, del 22/04/2015; Expte. N° 11096/14, “V., J.A. s/ inf. art. 149 bis, CP”, del 26/08/2015; Expte. N° 12520/15 “P., M.N. s/ inf. art(s). 183 y 149 bis CP”, del 27/04/2016; Expte. N° 12366/15, “R., P.L. s/ infr. art(s). 149 bis, CP s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, del 31/03/2016; Expte. N° 12411/15, “Y.C.H. s/ inf. art. 149 bis, CP (p/L 2303)”, del 08/06/2016; Expte. N° 13760/16, “G., J.M. s/ infr. art. 149 bis, párr. 1°, CP s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, del 29/03/2017; Expte. N° 12505/15, “B., S. s/ inf. art. 183, CP”, 06/07/2017; Expte. N° 14651/17 “G. J.G. c/ G.M., A. s/ recurso de inconstitucionalidad, LN 13944”, del 07/02/2018.

- f. la ley no exige que el procedimiento tendiente a alcanzar el acuerdo de mediación sea llevado a cabo por profesionales especializados en género y mediante métodos protocolizados adecuados y adaptados a casos de violencia de género;
- g. no se incluyen parámetros que aseguren la reparación integral del perjuicio;
- h. no se prevén mecanismos tendientes a obtener la ejecutoriedad del acuerdo privado que se alcance;
 - i. se omite incluir medios que garanticen el empoderamiento de la mujer durante el transcurso del proceso de mediación y que aseguren que podrá negociar en condiciones de igualdad de oportunidades y de trato.

Por otro lado, la práctica del foro demuestra que

- a. sólo en casos de violencia doméstica los operadores (jueces, defensa, asesoría, etc.) estimulan persistentemente a la mujer para que consienta una solución mediada del conflicto;
- b. sólo cuando se formaliza la imputación contra el padre omitente este formula la solicitud de mediar, a pesar de lo cual, y hasta que no se concluya con el acuerdo, persiste en el incumplimiento sin solución de continuidad;
- c. se coloca en desventaja a la víctima por falta de ejecutoriedad;
- d. si no se alcanza un acuerdo de mediación, la víctima habrá perdido toda confianza en el sistema.

Finalmente, los acuerdos constituyen convenios privados confidenciales, no jurisdiccionales, no revisables, no registrables y no ejecutables, lo que no garantiza que la mediación no se transforme en un instrumento que sirva para debilitar aún más a la parte más débil de la relación, que es la mujer y sus hijas/os. El desequilibrio de poderes entre géneros sigue siendo estructural y no depende de las condiciones del hombre y la mujer que intervienen en el caso concreto, la mediación no garantiza el empoderamiento de las mujeres ni la igualdad de condiciones de negociación; a nivel simbólico refleja desinterés del sistema de justicia penal en investigar y juzgar el caso; no evita nuevas violencias y desequilibrios; los acuerdos generalmente no son cumplidos por el agresor y según el nuevo texto legal del artículo 204 del Código Procesal Penal ahora el Estado ni siquiera podrá controlar su cumplimiento ya que se archiva inmediatamente el caso.

En definitiva, argumentos como los aquí analizados transmiten a la sociedad y a operadores el mensaje de que la violencia contra la mujer, niñas y niños puede ser aceptada, negociada y “solucionada amigablemente”; confinan a las mujeres y sus reclamos a ámbitos confidenciales, secretos; no se les reconoce derecho ni legitimidad para hacerse oír en la esfera pública (penal) por un juez que declare sus derechos. Las violencias a que da lugar la omisión del varón de proveer a la subsistencia de sus hijas e hijos siguen siendo ignoradas por operadores que restringen la perspectiva de género a una mera declamación de principio carente de sustancia e impacto alguno en las prácticas concretas del sistema de justicia, y someter el caso a mediación constituye un obstáculo para el acceso de las mujeres a la justicia formal,³³ todo lo cual facilita la perpetuación de la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes.

33. CEDAW, Recomendación General N° 35, apartado “d”, punto 32.b.

Las mujeres en la política: violencia contra las mujeres en lugares de poder

Natalia Gherardi* y Lucía Martelotte**

Introducción

Los últimos años dejaron al descubierto una demanda contundente e intergeneracional por la igualdad para las mujeres en la vida social, política y económica. A partir de los masivos reclamos para poner fin a la forma más extrema de la violencia, se comenzaron a hacer visibles los vínculos profundos entre la violencia femicida y aquellas otras que permanecen apenas ocultas detrás de la sutil cadencia de las relaciones cotidianas.

Hay formas de violencia todavía solapadas que, aun cuando están menos presentes en el debate público, contribuyen a sostener la estructura de discriminación de género que reproduce la violencia más extrema. Las expresiones de violencia sexista en la vía pública, en los ámbitos laborales, en los espacios de participación social y política, socavan la autonomía de las mujeres en sus distintas dimensiones. Las violencias en los procesos reproductivos impactan en la autonomía física de las niñas, adolescentes y mujeres; las violencias mediáticas y simbólicas reproducidas en el discurso público restringen su autonomía en la toma de decisiones; y las violencias en ámbitos sociales, educativos y laborales,

* Máster en Derecho por London School of Economics and Political Science. Abogada y Traductora Pública por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Directora Ejecutiva de ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. Docente en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Nacional de La Plata y la Universidad Nacional de Lanús. Sus principales áreas de interés incluyen acceso a la justicia, participación, políticas de cuidado, violencia contra las mujeres y derechos sexuales y reproductivos.

** Magíster en Democracia y Buen Gobierno por la Universidad de Salamanca. Licenciada en Sociología y Ciencia Política y de la Administración por la Universidad de Salamanca. Doctoranda en Ciencia Política por la Universidad Nacional de San Martín. Directora Ejecutiva Adjunta de ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. Asesora para América Latina y el Caribe de FRIDA (Fondo Feminista Joven). Sus áreas de especialización son participación política de las mujeres, las políticas de cuidado y la violencia contra las mujeres.

limitan el ejercicio de la autonomía económica de las mujeres, promoviendo las condiciones estructurales para su dependencia emocional y su permanencia en relaciones marcadas por la violencia. Con poca información empírica sobre estas otras formas de violencia, las respuestas legales¹ y de políticas públicas todavía incipientes² no parecen llegar a responder a estas problemáticas en toda su dimensión.

En años recientes, la violencia contra las mujeres en la política fue cobrando cada vez más relevancia en la agenda llamando la atención de actores diversos en distintos lugares del mundo. De un modo paulatino pero creciente, manifestaciones como la violencia institucional, o la violencia y el acoso político, reciben mayor atención.

Con la recuperación de las instituciones democráticas en Argentina y otros países de la región, comenzó a avanzar progresivamente la agenda de igualdad de género con el aporte fundamental de la presencia creciente de mujeres en ámbitos legislativos, gracias a las leyes de acción afirmativa. La ausencia de mujeres en la vida política no sólo limita el ejercicio pleno de los derechos ciudadanos para al menos la mitad de la población, sino que además restringe la calidad de la democracia y la pluralidad de voces en el debate público, con menor representación de los intereses de las mujeres. Partiendo de este reconocimiento, los países de América Latina han logrado avances significativos en la participación política de las mujeres –principalmente en el ámbito legislativo– como consecuencia de la sanción de leyes de cuota y paridad. Actualmente, en la región un 29,5% de los parlamentos son integrados por mujeres, por encima del promedio mundial del 24%.³ Sin embargo, el proceso de in-

1. La mayoría de las leyes de protección integral contra las violencias vigentes en la región (en países como Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Venezuela y Uruguay) incorporan la definición de formas de violencia como la violencia institucional, laboral, obstétrica, mediática, contra los derechos reproductivos, acoso sexual, violencia patrimonial y simbólica. En forma más reciente, se ha incorporado también la violencia política, como es el caso de la ley de Paraguay.

2. El Tercer Informe Hemisférico del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) muestra las pocas políticas públicas implementadas en los países para abordar otras formas de violencia, distintas de la violencia doméstica.

3. Los datos surgen del relevamiento de la Unión Interparlamentaria. Disponible en: <http://archive.ipu.org/wmn-e/world.htm>

corporación de mujeres al espacio público no siempre ha sido lineal y ha estado marcado por obstáculos de diversa índole. Los estudios documentan diversas barreras de acceso de las mujeres a puestos de toma de decisión, entre los que se encuentran los estereotipos y pautas culturales que refuerzan las desigualdades de género y la falta de acceso a recursos materiales y simbólicos. Una barrera menos explorada, tanto para el acceso como para la permanencia, ascenso y efectivo ejercicio de los derechos, es la violencia y el acoso político contra las mujeres en la política.

Este capítulo propone contribuir a la conceptualización de la violencia política contra las mujeres y la importancia de su análisis, incluyendo una descripción de las principales recomendaciones de diferentes organismos regionales e internacionales sobre el tema y los avances legislativos registrados en algunos países de la región. A continuación, el capítulo presenta un diagnóstico sobre la violencia política contra las mujeres en Argentina a partir de los datos resultantes de la primera encuesta sobre prevalencia de la violencia política realizada a legisladoras nacionales. Asimismo, se analizan los proyectos de ley presentados en el ámbito nacional que proponen distintas estrategias de regulación de esta forma particular de violencia. Luego, un caso de violencia política en la provincia de Buenos Aires ilustra las dificultades de perseguir la reparación de los daños personales y políticos que genera esta modalidad de violencia, donde el Poder Judicial buscó incluir mecanismos para desarmar algunos aspectos estructurales de su manifestación. El documento concluye con algunas recomendaciones para la prevención, abordaje y erradicación de la violencia política contra las mujeres, ensayando propuestas y líneas de acción.

La violencia política contra las mujeres: definiciones, abordajes y avances legislativos en la región

La ley modelo de violencia política de la Organización de Estados Americanos (OEA) señala que

Debe entenderse por violencia política contra las mujeres cualquier acción, conducta u omisión, realizada de forma directa o a través de terceros que basada en su género, cause daño o sufrimiento a una o varias

mujeres, y que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos políticos. La violencia política contra las mujeres puede incluir entre otras, violencia física, sexual, psicológica, moral, económica o simbólica (artículo 3).

Para calificar como violencia política contra las mujeres es necesario que los actos cumplan con dos condiciones: por un lado, que se trate de acciones que estén dirigidas hacia mujeres por el hecho de serlo, o que la conducta las afecte de manera desproporcionada; y por otro lado, que su objetivo o resultado sea impedir total o parcialmente a las mujeres gozar de sus derechos políticos. En esta misma línea, Krook y Restrepo sostienen que la violencia contra las mujeres en la política es un fenómeno independiente de la violencia contra los políticos y la violencia en la sociedad en general. Aunque estos dos fenómenos pueden, sin duda, estar dirigidos hacia las mujeres, la violencia contra las mujeres en política tiene la motivación específica de buscar restringir la participación política de las mujeres como mujeres. Así, es una forma distinta de la violencia porque afecta no sólo a la víctima individual, sino que busca entregar un mensaje ejemplificador al comunicar a las mujeres y a la sociedad que las mujeres como grupo no deberían participar en política.⁴

Analizar la violencia política contra las mujeres es relevante por diversas razones. En primer lugar, un sistema representativo que se propone como un reflejo de la sociedad debería procurar que las mujeres, que representan el 50% de la población, puedan ocupar esa proporción de los puestos de representación. La violencia contra las mujeres en política impide su plena participación en puestos de toma de decisión y refuerza roles tradicionales de género, socavando la calidad de la democracia, el desarrollo y el pleno disfrute de sus derechos humanos. Por otro lado, es importante abordar esta forma de violencia contra las mujeres dado que allí confluye la vulneración de diferentes derechos, afectando no sólo la autonomía en la toma de decisiones, sino también la autonomía física de las mujeres. A pesar de esto, hasta muy recientemente, esta forma de violencia se encontraba invisibili-

4. Krook, Mona y Restrepo, Juliana, "Violencia contra las mujeres en política. En defensa de un concepto", en *Política y Gobierno*, Vol. XXIII, N° 2, Ciudad de México, División de Estudios Políticos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Disponible en: http://mlkrook.org/pdf/pyg_2_esp_2016.pdf

zada y naturalizada, considerada el costo que debían pagar las mujeres por participar en política.⁵

Con esta convicción, en los últimos años la violencia y el acoso político contra las mujeres comenzaron a ocupar un papel en las agendas regionales e internacionales, reconociendo que trabajar sobre el tema resulta fundamental para contribuir con el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres y con la consolidación de democracias sólidas e inclusivas.

Recomendaciones de mecanismos regionales e internacionales

A nivel regional, las Conferencias Regionales de la Mujer de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) reconocieron expresamente el problema del acoso y la violencia política contra las mujeres, instando a los Estados a adoptar medidas legislativas y reformas institucionales para prevenir, sancionar y erradicar este problema. En ese sentido, resultan particularmente relevantes las recomendaciones finales insertas en los Consensos de Quito (2007) y Santo Domingo (2013).

Por su parte, en 2015, el ParlAméricas lanzó un Plan de Acción para Parlamentarios sobre la Prevención del acoso político y de la violencia política contra las mujeres centrado en cinco ejes: aplicar enfoques multisectoriales para la prevención del acoso político y la violencia política; incluir a los hombres en el empoderamiento de las mujeres en la política a todo nivel; hacer a los partidos políticos responsables por la igualdad de género; crear un ambiente que permita presentar el tema del acoso político y de la violencia política a un debate público y parlamentario; y presentar políticas, proyectos de ley o reformas sobre acoso político o violencia política y garantizar su cumplimiento.

El trabajo del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESECVI) dio un nuevo impulso a este trabajo. En 2015 elaboró una declaración sobre la violencia y el acoso político contra las mujeres que incluía una serie de medidas dirigidas a los Estados, los organismos electorales, los partidos políticos, los medios de comunicación y las empresas con el objetivo de contribuir a prevenir,

5. Al respecto ver campaña del NDI, *Not the cost, stopping violence against women in politics*. Disponible en: <https://www.ndi.org/not-the-cost>

sancionar y erradicar este fenómeno. En 2017, el MESECVI presentó la ley modelo interamericana sobre violencia política contra las mujeres que ofrece una serie de lineamientos y pautas normativas para la generación de legislación sobre violencia y acoso político contra las mujeres, así como recomendaciones de políticas públicas y medidas para la prevención, atención y reparación.

Finalmente, en el ámbito internacional, en agosto de 2018 la Relatora Especial sobre violencia contra las mujeres, sus causas y consecuencias de Naciones Unidas elaboró un informe sobre violencia contra las mujeres en política.⁶ En el documento ofrece un diagnóstico de la situación a nivel internacional y se identifican los esfuerzos internacionales y regionales para abordar y combatir el problema.

Entre sus recomendaciones, la Relatora Especial propone medidas dirigidas a diversos actores, entre los que se encuentran los Estados, para que promuevan políticas públicas; a los Poderes Legislativos, encargados de la eventual reforma normativa que fuera necesaria; y a los partidos políticos, que brindan de manera indiscutible el principal escenario donde se concretan las experiencias de participación y militancia política.

Así, la Relatora Especial recomienda a los Estados:

Establecer mecanismos de acceso a la justicia y a medidas de reparación para las mujeres que son víctimas de la violencia en la política, en particular: la indemnización a las víctimas; la reincorporación de las personas que se ven obligadas a renunciar a cargos públicos a causa de la violencia; medidas de seguridad adecuadas para permitir que las mujeres titulares de cargos ejerzan sus funciones; y la retractación oficial a causa de delitos o difamación dirigidos contra la mujer en la política. Velar por que las sentencias dictadas por el Poder Judicial, incluidos los órganos de justicia electoral, sobre los casos de violencia contra la mujer en la política se hagan públicas e incluyan una perspectiva de género en consonancia con las normas internacionales.

6. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/251/03/PDF/N1825103.pdf?OpenElement>

Por otra parte, dirigiéndose a los Poderes Legislativos, el informe de la Relatora Especial recomienda:

Llevar a cabo periódicamente encuestas y debates públicos para aumentar la conciencia sobre la cuestión de la violencia contra la mujer en la política y la función crucial que pueden desempeñar los parlamentarios varones en la prevención de la violencia contra la mujer en la política.

Finalmente, a los partidos políticos les recomienda:

Adoptar reglamentos internos, códigos de conducta y políticas de tolerancia cero para los responsables de cualquier forma de violencia contra la mujer en la política y las elecciones, incluidos el acoso sexual y la violencia perpetrada a través de comunicados de prensa y declaraciones.

La violencia política contra las mujeres en América Latina: evidencia empírica y avances legislativos

Varios países de la región han avanzado en la recolección de información acerca de la magnitud y las características particulares que adopta la violencia política contra las mujeres. El Estado Plurinacional de Bolivia, Perú y México son tres casos pioneros. En Bolivia se destaca el trabajo desarrollado por la Asociación de Concejalas de Bolivia (ACOBOL), que ya en 2013 publicó una investigación realizada en 24 municipios rurales, que incluyó 45 entrevistas en profundidad. De acuerdo con este estudio, un importante porcentaje de las concejalas (83%) señaló que en su municipio se había producido al menos un caso de violencia o de acoso político durante su período en ejercicio, y que en la mayoría ellas mismas fueron las víctimas. Otro hallazgo relevante del estudio desarrollado en Bolivia señala que en la medida en que la participación política de la mujer se consolida en el tiempo, la probabilidad de que sufra distintas expresiones de acoso y violencia política se incrementa.

En Perú es posible destacar dos estudios que aportan evidencia empírica sobre este fenómeno. En 2012 se realizó una investigación sobre violencia política contra las mujeres (en Lima y Cuzco) centrada en cargos ejecutivos, con una muestra de 187 mujeres con cargos a nivel regional y local. El principal hallazgo fue que el 39% de las mujeres había sufrido violencia política de algún tipo: el 57% por maltrato

psicológico; el 24% por difamación de índole patrimonial; el 19% por difamación de índole intelectual, el 14% por control económico, el 14% por difamación de índole sexual, el 10% por hostigamiento sexual, y el 5% por maltrato físico. En 2014, el Programa de Mujer e Inclusión Ciudadana (PMIC) de la Dirección Nacional de Educación y Formación Cívica Ciudadana del Jurado Nacional de Elecciones de Perú diseñó una encuesta sobre acoso político a candidatas regionales y municipales, en la que se entrevistó a 503 candidatas. El 26,4% de las encuestadas (casi tres de cada 10) señalaron que sus derechos políticos habían sido vulnerados durante el proceso electoral. En lo que respecta a las formas, las más destacadas fueron hostigamiento (58%), presión (43%), violencia (34%), amenaza (29%) y persecución (15%).

Por su parte, en México la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales (FEPADE) señaló que entre 2012 y 2016 se habían detectado 156 casos de violencia política contra las mujeres. De ellas, 13% eran funcionarias partidistas, 18% funcionarias electorales; 22% candidatas en el proceso electoral, y 47% en ejercicio de algún cargo público.

Estos estudios contribuyeron a establecer un diagnóstico sobre la violencia política, iluminando las experiencias de las mujeres con trayectoria política en distintos contextos. El interés generado por la dimensión que adquiere este tema llevó a un número aún mayor de países a presentar propuestas normativas para reconocer y abordar este problema.

Al mes de noviembre de 2018, en 10 países de la región se han presentado propuestas normativas: Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Paraguay, Perú y Uruguay. En términos generales es posible clasificar a estos proyectos bajo dos modelos regulatorios: uno que propone la creación de una ley específica sobre el acoso y la violencia política (ejemplos de ello son los casos de Bolivia, Costa Rica, Honduras y Perú), y otro que postula la incorporación de la violencia política contra las mujeres dentro de marcos normativos más amplios, como leyes integrales de violencia (Argentina, Ecuador, El Salvador, Paraguay, Uruguay) o en códigos civiles, penales, leyes del servicio civil o de partidos políticos (como es el caso de México, en que los proyectos sobre acoso y violencia política modifican varias leyes).

Gráfico I. Iniciativas legislativas sobre violencia política contra las mujeres en América Latina

Ley Específica de Violencia Política		Incorporación en la Ley de Protección Integral	
Bolivia	Ley sancionada (Ley N° 243)	Argentina	Proyecto
Honduras	Proyecto	Ecuador	Ley sancionada (Ley N° 039)
Perú	Proyecto	El Salvador	Proyecto
Costa Rica	Proyecto	México	Proyecto
		Paraguay	Ley sancionada (Ley N° 5777)
		Uruguay	Ley sancionada (Ley N° 19580)

De las iniciativas identificadas, cuatro han logrado sanción. En 2012 se aprobó la Ley N° 243 en Bolivia, convirtiéndose así en el primer país del mundo en visibilizar y contar con un abordaje normativo específico sobre violencia y el acoso político contra las mujeres. En 2017 se aprobaron las leyes integrales de violencia en Ecuador (Ley N° 039), Paraguay (Ley N° 5777) y Uruguay (Ley N° 19580), en las que se definen la violencia política y se la reconoce como uno de los tipos de violencia contra las mujeres.

La violencia política contra las mujeres en Argentina

Desde la recuperación de la democracia en 1983, Argentina dio pasos importantes para la incorporación de mujeres en espacios de decisión. Fue el primer país del mundo en sancionar una ley de cupo a principios de la década de 1990; en dos ocasiones eligió a una mujer para la presidencia del país; y en 2017 sancionó una ley de paridad a nivel nacional. Sin embargo, estos datos esconden ciertos matices que muestran las resistencias a una participación más plena de las mujeres en lugares de poder. Si se analiza la presencia de mujeres en los puestos de máxima decisión de diferentes ámbitos, los valores distan de la paridad. El índice de paridad de género del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 2017) que incorpora, entre otras dimensiones, el acceso y ejercicio de mujeres a cargos en los tres poderes del Estado nacional, los gobiernos locales y los partidos políticos, indica que Argentina obtiene un 44,7 sobre un total de 100 puntos posibles.

El porcentaje de mujeres que integran algunos de los poderes legislativos provinciales ronda el 20%; son pocas las que acceden a puestos de representación en los gobiernos provinciales (actualmente sólo cuatro de las 24 jurisdicciones están gobernadas por mujeres); y menos aún a los gobiernos locales (sólo hay un 5,8% de intendentas). Además, la presencia de algunas mujeres que se destacan en la arena política nacional muchas veces oscurece la identificación de situaciones de violencia y acoso político que operan como barreras no sólo para el acceso, sino también para el ejercicio de cargos de representación y el desarrollo de trayectorias políticas para las mujeres, restringiendo la calidad de la democracia.

El diagnóstico sobre la violencia contra las mujeres en política

El interés actual sobre la violencia contra las mujeres en política se enmarca en dos hitos significativos. Por un lado, la sanción en 2009 de la Ley de protección integral para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos en los que desarrollen sus relaciones interpersonales (Ley N° 26485), una norma de segunda generación que supera el paradigma anterior centrado en la violencia doméstica y reconoce diferentes tipos y modalidades de violencia contra las mujeres. Si bien esta ley, que no incorpora la violencia contra las mujeres en política de manera expresa, se refiere a la violencia institucional que define como

... aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública que tenga por fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley.

Agrega, en la última parte de ese inciso, que “quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil” (art. 6(b) Ley N° 26485).

Por otro lado, la emergencia en 2015 del Movimiento Ni Una Menos, que colocó a la violencia contra las mujeres como uno de los temas centrales de la agenda pública. Aunque inicialmente el foco de la movilización masiva se centró en la violencia doméstica y el femicidio, la discusión se fue complejizando y dio lugar al reconocimiento y análisis de violencias que se producen en otros ámbitos, como el acoso

callejero, la violencia en ámbitos educativos, la violencia en el ámbito laboral y la violencia política.

Con ese contexto, el estudio del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA)⁷ surge como una forma de dar respuesta a la falta de datos sobre las formas que asume la violencia contra las mujeres en política en Argentina. El trabajo se propuso no sólo la generación de información sobre un problema escasamente abordado, sino también contribuir a un proceso de reflexión sobre los obstáculos para la efectiva participación política de las mujeres y sobre posibles herramientas y políticas concretas para promover su más plena participación, libre de violencia política.

Con un diseño metodológico de métodos mixtos, combinando técnicas cualitativas (entrevistas en profundidad) y cuantitativas (una encuesta de preguntas cerradas), en la primera etapa de la investigación se mantuvieron reuniones y entrevistas semiestructuradas con legisladoras y referentes de diversas fuerzas políticas para conocer las manifestaciones de violencia política percibidas por estas mujeres. De esta manera, se fueron definiendo las principales áreas de preocupación y las estrategias desplegadas por las mujeres para abordar los desafíos que las violencias implicaron para el desarrollo de sus carreras políticas. Con esta información se elaboró un cuestionario cerrado de 30 preguntas en el que se incluyeron preguntas relativas a datos sociodemográficos; trayectoria y experiencia en la política; percepción sobre situaciones de discriminación; factores que actúan como obstáculos para la participación de las mujeres; prevalencia e incidencia de actos de violencia política en razón de género (incluyendo las manifestaciones, procedencia y género del agresor, lugar de los incidentes, etc.); búsqueda de ayuda; respuestas institucionales; y recomendaciones y propuestas de abordaje y prevención de la violencia política contra las mujeres.⁸

La encuesta se aplicó a una muestra de 45 casos, incluyendo legisladoras porteñas y legisladoras nacionales de 11 provincias (Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chaco, Chubut, Córdoba, Formosa, Jujuy, Mendoza, Misiones, Santa Fe, San Juan). Las encuestas representan a partidos de todo el arco político, tienen una edad

7. Martelotte, Lucía, “Violencia política contra las mujeres en Argentina. Experiencias en primera persona”, ELA, 2018.

8. El trabajo de campo se efectuó entre los meses de junio de 2017 y mayo de 2018.

promedio de 48 años aunque un 13% de ellas son menores de 35 años, mostrando la incorporación de una nueva generación de mujeres que contribuye a la renovación de la dirigencia política.

Entre las mujeres encuestadas, más del 50% son solteras o separadas, un 20% no tiene hijas/os, y de las que tienen, el promedio es 2. Estos datos se encuentran en línea con estudios previos⁹ que, al comparar estas características con las de los legisladores varones (entre quienes se registra una proporción más elevada de casados, y con un mayor número de hijas/os), parecen señalar que las responsabilidades de cuidado tienen un impacto en el desarrollo de la carrera política, tal como sucede en otras ocupaciones y empleos. En lo que respecta a su formación y trayectoria política, contrariamente a la idea extendida según la cual las mujeres acceden a puestos de representación por su condición de género y no por su trayectoria y sus credenciales educativas, los datos muestran que ellas tienen en promedio una trayectoria política de más de dos décadas (23,4 años), la mitad se desempeñaba como legisladora previamente a su cargo actual; un 64% tiene estudios universitarios, y un 29% cuenta con estudios de posgrado.

Al ser consultadas por los factores que actúan como obstáculos para la participación de las mujeres en política, los más mencionados fueron los de tipo cultural: las responsabilidades familiares (91%), la cultura dominante y su concepción del rol de las mujeres en la sociedad (89%), y la falta de apoyo de los hombres (76%). Como ejemplo de ello, las mujeres encuestadas señalaron que hay ciertas prácticas que ellas sufren mayoritariamente en la política, como “ser acosadas sexualmente”, “Se las descalifica por sus atributos físicos”, o “Se las descalifica por su vestimenta” (82%). En menor medida, las legisladoras señalaron la falta de recursos económicos (64%) como un obstáculo relevante. A diferencia de lo que sucede en otros países de la región, sólo un 18% de las encuestadas consideró el temor a su integridad física como un obstáculo para la participación política de las mujeres en Argentina.

Los datos muestran que la violencia contra las mujeres en política es un problema ampliamente extendido: ocho de cada diez encuestadas señaló haber vivido alguna situación de violencia política por el hecho de ser mujer a lo largo de su trayectoria política.

9. Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), “Detrás del número. Un estudio sobre las trayectorias políticas de mujeres y varones en las legislaturas argentinas”, 2011.

En cuanto a las formas que adopta la violencia política, los dos tipos de violencia más frecuentes fueron la psicológica (50%) y la simbólica (28%). En menor medida, las legisladoras refirieron a situaciones de violencia económica (22%). Tanto la violencia física como la violencia sexual fueron reportadas en menos del 10% de los casos.

En relación con la violencia psicológica, la encuesta incorporó seis conductas agrupadas en dos grandes dimensiones: una vinculada con amenazas y presiones; y otra relacionada con el uso de la palabra y el trato que reciben. Las amenazas y presiones incluyen un amplio abanico de conductas, que van desde intimidaciones de carácter general en el desempeño cotidiano de sus funciones (con valores que superan el 50% de respuestas afirmativas) hasta la presión directa para renunciar a sus cargos (reportada por el 16% de las encuestadas). Aunque *a priori* las conductas asociadas con el trato y el uso de la palabra pueden parecer menos nocivas para el desarrollo de las carreras profesionales de las mujeres, en las entrevistas realizadas se identificaron declaraciones recurrentes acerca del peso que adquiere la falta de reconocimiento de sus voces y la invisibilización en sus trayectorias políticas, principalmente por el carácter continuo y naturalizado de estas prácticas. Algunos testimonios recurrentes señalaron que “Vos decís algo y nadie te escucha, a los 10 minutos lo dice un hombre y todos aplauden”, “Te pasan por al lado como si fueses un poste.”

La Ley de Protección Integral define la violencia simbólica como “la que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad” (art. 5 de la Ley N° 26485). Aplicada al ámbito político, la violencia simbólica contra las mujeres hace referencia a aquellas acciones que operan a nivel de las representaciones y que buscan anular o borrar la presencia de las mujeres en espacios públicos o de toma de decisión, deslegitimándolas a través de la reproducción de estereotipos de género.¹⁰ Para el análisis de este tipo de violencia se incluyeron diez conductas que comprenden divulgar información basada en su género y no en su actividad política, hasta impedirles el ejercicio de sus responsabilidades políticas por encontrarse en estado de embarazo, parto o puerperio.

10. Krook, Mona; Restrepo, Juliana, *op. cit.*

Una importante proporción de las legisladoras entrevistadas señaló que la información que se divulga en los medios sobre las mujeres que se dedican a la política está basada en su género (53%), en su vida personal (42%), y tiene el objetivo de menoscabar su imagen pública. Entre las conductas más frecuentes señalaron que “hay una constante referencia a si sos esposa *de* o amante *de*”, y que a diferencia de lo que sucede con sus pares varones son frecuentemente evaluadas en función de su aspecto físico y no de su desempeño.

Por otra parte, a pesar de que en las últimas dos décadas el número de mujeres en política ha crecido de manera significativa, aún persisten prácticas que reproducen estereotipos de género, colocando a las mujeres como las principales responsables de tareas asociadas al cuidado y las tareas reproductivas. Un 58% de las encuestadas señaló que en el transcurso de sus trayectorias políticas se les ha impedido que asistan a reuniones importantes y/o en las que se toman decisiones, y un 44% que le han impuesto tareas ajenas a las atribuciones de su cargo vinculadas con tareas consideradas “típicamente femeninas”, como tomar notas u ocuparse de la organización y logística de encuentros y actividades.

Los datos muestran que tanto la violencia física como la violencia sexual son poco reportadas por legisladoras en nuestro país: en ambos casos, la tasa de prevalencia se sitúa por debajo del 10%, con una tasa del 9% para la violencia física y una tasa del 7% para la violencia sexual.¹¹

Por último, la violencia económica ejercida en el ámbito de la política puede incluir, entre otras conductas, la restricción sistemática de los recursos económicos que sí están disponibles para los varones, tales como recursos para sus campañas, salarios, oficinas o viáticos.¹² Mientras que sólo una de cada diez legisladoras encuestadas señaló haber recibido descuentos arbitrarios y/o retención de salarios (11%),

11. Es importante recordar que debido a la naturaleza sensible de la violencia contra las mujeres y al estigma vinculado con reconocerse como víctima de este problema —especialmente en el caso de la violencia sexual—, en la realización y lectura de las encuestas es necesario contemplar el riesgo de una subdeclaración de este tipo de acciones (OMS, 2005).

12. Krook, Mona Lena, “¿Qué es la violencia política? El concepto desde la perspectiva de la teoría y la práctica”, en Del Valle Pérez, Gabriela y Freidenberg, Flavia (edits.), *Cuando hacer política te cuesta la vida. Estrategias contra la violencia política hacia las mujeres en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina jurídica, 2017.

tres de cada diez mencionaron haber sufrido otras manifestaciones de violencia económica como percibir un menor ingreso salarial por su condición de género (27%), o restricciones e impedimentos arbitrarios en el uso de recursos asociados a sus funciones políticas (29%).

Una parte importante de la investigación estuvo dirigida a identificar quién lleva adelante las conductas violentas y en qué ámbito se produce esa agresión. Además de proveer información sobre la dimensión de la violencia política, la encuesta permitió indagar acerca de características de la persona agresora y del lugar en el que se produjeron los hechos, dos aspectos fundamentales a considerar a la hora de diseñar medidas para abordar el problema. Respecto del género de la persona que cometió las agresiones, el 63% de las encuestadas señaló que se trató generalmente de varones; un 32% que las habían agredido indistintamente varones y mujeres; un 5% que las agresoras habían sido mujeres.

En relación con el ámbito utilizado por la persona agresora y su procedencia, las opciones mencionadas con más frecuencia fueron “Alguien a través de las redes sociales” (71%), y “Alguien de otro partido” y “Alguien de mi partido” (ambas con 67%). Y sobre los espacios en los que se produjeron las agresiones, los más frecuentes fueron Internet (62%), la sede o alguna actividad del partido (44%), y el recinto (40%). Esto muestra la necesidad de intensificar el trabajo de prevención de la violencia política contra las mujeres no sólo en un ámbito tradicionalmente vinculado al ejercicio de la política, como son los partidos políticos, sino también en otro más novedoso y menos regulado como es Internet.

Cómo regular la violencia contra las mujeres en la política: análisis de los proyectos de ley

Argentina es uno de los países de la región en los que existen proyectos de ley para reconocer y visibilizar la violencia contra las mujeres en política. El siguiente cuadro presenta las principales características de las seis iniciativas presentadas en ambas Cámaras del Congreso Nacional, con estado parlamentario durante 2018.

Gráfico II. Características de los proyectos de ley sobre violencia política contra las mujeres en Argentina

Proyecto y autora	Ámbito	Tipo	Modalidad	Medidas de prevención, atención y reparación
5587-18 ¹³ (González, Nancy)*	Cualquier espacio de la vida pública o política: instituciones estatales, recintos de votación, partidos políticos, organizaciones sociales o sindicales, o medios de comunicación	Sí	Sí	No
2806-D-2018 (Martínez, Alejandra)*	En el ejercicio de la función pública o sindical	No	Sí	Sí, pero sólo para el INAM
4249-D-2018 (Siley, Vanesa) **	Acciones perpetradas desde el Estado o por sus agentes, así como también aquellas llevadas adelante desde las organizaciones sindicales, políticas, estudiantiles y sociales o por sus miembros	Sí	Sí	No
0591-D-2018 (Estévez, Gabriela)**	En los cargos de toma de decisión en el Estado, los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil	Sí	Sí	Sí
2805-D-2018 (Rista, Olga)**	No sólo en los cargos y funciones públicas, sino también en Organizaciones No Gubernamentales (ONG) y asociaciones que se ocupen de la vida pública y política del país, incluyendo partidos políticos y sindicatos	No	Sí	Sí. Adopta carácter integral, ya que además del INAM hace referencia al papel de los medios de comunicación y la Justicia Electoral
4591-D-2018 (Rach Quiroga, Analía) **	Acciones tanto en el ámbito privado como en el ámbito público, incluyendo a los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones sociales y las organizaciones estudiantiles	No	Sí	No

* Presentado en la Cámara de Senadores

** Presentado en la Cámara de Diputados

Fuente: elaboración propia a partir de los proyectos de ley.

13. Se trata de una nueva presentación del proyecto S. 4213/16, que había perdido estado parlamentario por falta de tratamiento. El proyecto presentado por la senadora González fue pionero al plantear este tema en el Congreso de la Nación.

Todos los proyectos con estado parlamentario reconocen que el ámbito en el que pueden cometerse actos de violencia política contra las mujeres es amplio y no se limita exclusivamente a los partidos políticos y las Cámaras del Congreso o espacios legislativos, sino que incluye espacios como los sindicatos, los centros de estudiantes y las organizaciones sociales.

En relación a la clasificación de la violencia política contra las mujeres, existe un consenso mayoritario en catalogarla como una modalidad, es decir, un espacio en el que se puede dar esta violencia, mientras que sólo tres de los seis proyectos la definen además como un tipo de violencia. Esto supondría considerar que los actos que constituyen violencia política adoptan características que difieren de la violencia física, sexual, psicológica, simbólica y económica, que son los tipos reconocidos en la Ley N° 26485.

Finalmente, si se atiende al tipo de abordaje predominante, mientras que tres de los seis proyectos se limitan a reconocer y definir la violencia política contra las mujeres, los otros tres adoptan un carácter integral, incluyendo medidas para la prevención, atención y reparación de las manifestaciones de violencia política. Esta dimensión integral de la propuesta resulta alineada con el abordaje que propone la Ley N° 26485, que busca acercar respuestas integrales a un problema estructural enraizado en la cultura de discriminación y violencia hacia las mujeres e identidades feminizadas.

Un caso sucedido recientemente en la provincia de Buenos Aires, en el ámbito del Concejo Deliberante de la ciudad de La Plata, ilustra la forma que adquiere la violencia y el acoso político contra las mujeres y los remedios disponibles para abordarla. En el mes de junio de 2018, una concejala de la ciudad mencionada fue víctima de actos de violencia política por parte del presidente del Concejo Deliberante, que repetidamente utilizó expresiones descalificadoras hacia ella y su marido en las sesiones del Concejo. La afectada presentó una denuncia ante el Juzgado en lo Correccional del Departamento Judicial de La Plata. El caso se resolvió a través de un acuerdo de conciliación que incluyó una retractación pública y completa de las expresiones denunciadas, tanto en la sede judicial como en una sesión del Concejo Deliberante, en la que el agresor asumió el compromiso de:

... no incurrir en conducta alguna, acción u omisión, tanto en el ámbito público como privado que afecten la dignidad de la sra. concejala, o de

algún modo impliquen actos de intimidación, perturbación u hostigamiento que impliquen violencia en los términos de la Ley 26485.¹⁴

Recomendaciones para la construcción de políticas dirigidas a la prevención de la violencia política hacia las mujeres

Atender a la dimensión estructural de los casos de violencia que enfrentan las mujeres en el contexto de su desempeño en la política es fundamental para comprender el rasgo distintivo respecto de otras manifestaciones generales de violencia política, también presentes en algunos países de la región. Krook y Restrepo señalan que

... la violencia contra las mujeres en política tiene la motivación específica de buscar restringir la participación política de las mujeres *como mujeres* lo que hace una forma distinta de la violencia, que afecta no sólo a la víctima individual sino que comunica a las mujeres y a la sociedad que *las mujeres como grupo* no deben participar en política.¹⁵

Las autoras capturan de esta manera la dimensión estructural de la violencia política. Se trata de una forma de violencia que busca transmitir un mensaje aleccionador a las mujeres y a la sociedad en general, distinguiéndose de la violencia política en general.

Para abordar ese desafío, es fundamental visibilizar y reconocer el problema en toda su amplitud. En la investigación de ELA, el 73% de las mujeres encuestadas respondió afirmativamente a la pregunta inicial sobre si habían vivido alguna situación de violencia de género en la política a lo largo de su trayectoria. Sin embargo, al indagar sobre las acciones y manifestaciones concretas de violencia política contra las mujeres, las respuestas afirmativas ascendieron a un 82%. Esta diferencia de casi 10 puntos porcentuales pone de manifiesto un grado de desconocimiento y de naturalización del problema, incluso entre las principales afectadas.

Por este motivo, una línea de trabajo indispensable para comenzar a deconstruir las prácticas de violencia enraizadas en la cultura

14. Juzgado en lo Correccional N° 3 del Departamento Judicial de La Plata, “Tolosa Paz, Victoria c/ Ponce, Fernando Gabriel s/ Injurias”, Causa N° 6746-3.

15. Krook, Mona; Restrepo, Juliana, *op. cit.*, p. 463.

consiste en producir información y estadísticas sobre esta forma de violencia contra las mujeres de manera periódica, para que sean empleadas como insumos tanto en el diseño de campañas de sensibilización como en la generación de políticas públicas. Por otro lado, resulta fundamental entender la violencia contra las mujeres en política de manera amplia, no limitándola a los canales tradicionales como los partidos políticos y las elecciones, sino incluyendo otros espacios de participación, como los sindicatos, los centros de estudiantes y las organizaciones sociales y cooperativas.

En esa línea, es importante trabajar en la concientización y en la generación de condiciones habilitantes para el ejercicio de la política. La evidencia muestra diferencias entre la percepción de las legisladoras sobre los obstáculos que enfrentan las mujeres en política a nivel general y el reconocimiento de este tipo de limitaciones en sus propias experiencias. En este sentido, si bien el 82% de las encuestadas considera que a las mujeres las descalifican por su vestimenta, menos de la mitad (38%) señaló que “si uso la indumentaria que me gustaría, sería discriminada”. Algo similar sucede con la falta de apoyo familiar: aunque un 67% señaló la falta de apoyo de las familias como uno de los principales obstáculos para que las mujeres se involucren en política, sólo el 29% de las encuestadas afirmó que sus parejas se quejan de que no pasa tiempo con ellos. Este porcentaje se eleva a un 51% en el caso de los reclamos de hijas e hijos. Estos datos evidencian desafíos de distinto orden: personales, culturales y simbólicos.

En primer lugar, son muestra de la necesidad de trabajar en la formación y concientización de mujeres políticas, dotándolas de herramientas concretas para identificar las diferentes manifestaciones de la violencia política en sus trayectorias personales. En segundo lugar, transformar la cultura institucional y las prácticas al interior de los partidos políticos y otros ámbitos de participación y militancia, interpelando a toda la clase política para democratizar el ejercicio de la política y generar condiciones de participación libres de violencia. En tercer lugar, abordar la falta de políticas integrales de cuidado (primeramente para la infancia, pero no limitadas a ella) que aborden no sólo dimensiones como el tiempo, las infraestructuras y servicios disponibles, sino también el cuestionamiento de patrones y manda-

tos culturales respecto de la maternidad y el cuidado de niñas y niños como una responsabilidad prioritaria de las mujeres.

Por otra parte, resulta claro el entrecruzamiento de las distintas desigualdades y la necesidad de un enfoque interseccional para abordar la violencia contra las mujeres en la política, tal como sucede con otras formas de violencia.

Al ser consultadas por el momento de su trayectoria en el que identificaban un mayor número de episodios de violencia política, un 44% de las encuestadas señaló que fue como autoridad electa, un 38% durante la militancia, y un 15% mientras eran candidatas. El alto porcentaje de mujeres que percibe situaciones de violencia política durante la militancia pone de manifiesto la necesidad de un enfoque que atienda al modo en que se combinan diferentes desigualdades que entrecruzan cuestiones de género con cuestiones generacionales. Las políticas para la prevención de la violencia contra las mujeres deben incluir intervenciones desde el inicio de las trayectorias políticas, ampliando la evidencia empírica sobre violencia política no limitada a aquellas mujeres que actualmente se desempeñan en cargos públicos. Focalizar en quienes se encuentran en las primeras etapas de sus carreras permitiría capturar las formas de violencia política contra las mujeres que se producen en la juventud y que pueden operar como barreras o desincentivos en el desarrollo de las carreras políticas de las mujeres.

Para profundizar este enfoque es fundamental que los instrumentos normativos para el abordaje de la violencia política no se limiten a mecanismos de sanción, sino que incluyan medidas de prevención y de reparación, tanto individual como colectiva. Algunos ejemplos presentes en los proyectos de ley en nuestro país son la elaboración de protocolos de actuación, el establecimiento de mecanismos de atención y actuación urgentes, campañas de prevención y sensibilización en diversos ámbitos, incluyendo los medios de comunicación. Otras opciones consisten en el diseño de códigos de conducta, tanto al interior de los partidos políticos como en los parlamentos.

Tal como sostienen las mujeres encuestadas para el estudio de ELA, es preciso avanzar más allá de los cambios normativos y adoptar un abordaje integral y multi-agencial. Si bien el 69% de las encuestadas señaló que el marco normativo actual no es suficiente para abordar la

violencia política contra las mujeres,¹⁶ las legisladoras afirmaron que es necesario emplear otro tipo de medidas, como “Realizar campañas de concientización en medios de comunicación” (84%), “Generar espacios para el fortalecimiento de redes de las mujeres en política” (76%) y “Contar con organismos públicos donde efectuar denuncias y recibir asesoramiento” (62%). Trabajar desde una perspectiva integral, que no se limite a reformas normativas, sino que incorpore medidas tanto de prevención como de sensibilización y reparación, será una mejor estrategia para transformar los patrones culturales que posibilitan la reproducción de la violencia contra las mujeres en política. Además, partiendo del reconocimiento de esta violencia contra las mujeres en política como un problema complejo y multicausal, las legisladoras afirmaron que este debe ser abordado de modo conjunto entre diferentes actores, destacando el papel que deberían cumplir en esta materia los partidos políticos (78%), las organizaciones de mujeres y los medios de comunicación (73%) y el Congreso (64%).

Frente al fenómeno identificado como expresiones de violencia contra las mujeres en la política, las respuestas deben partir no sólo de las normas, sino también de las políticas públicas, que deberán afrontar el desafío de contribuir a responder un mensaje que resulta dañino para la democracia y los derechos humanos. Confiamos en que la investigación realizada por ELA contribuye a iluminar la pertinencia de las diversas respuestas normativas incluidas en los proyectos de ley presentados ante el Congreso Nacional. Adicionalmente, conocer la dimensión de las distintas conductas que constituyen formas de violencia política contra las mujeres, los ámbitos y formas en que se manifiestan es importante para revisar, sobre la base de información empírica, las distintas líneas de acción y de políticas públicas. En el contexto de la implementación de la Ley de Paridad en las elecciones nacionales, los resultados de la investigación buscan promover la discusión y contribuir a colocar a la violencia contra las mujeres en política como un tema ineludible para garantizar los derechos políticos de las mujeres, atendiendo no sólo al acceso a los puestos de representación, sino también a las condiciones de libertad para permitir el pleno ejercicio de sus cargos.

16. La mayoría de las legisladoras encuestadas (62%) se inclinaron por modificación de la ley integral de violencia para incorporar la violencia política, antes que la creación de legislación específica sobre violencia política contra las mujeres.

Bibliografía

ALBAINE, Laura, “Democracia Paritaria: Cómo Prevenir y Erradicar la Violencia hacia las Mujeres en la Política”, Colección de Documentos-Guía para poderes públicos y tomadores de decisión en América Latina y El Caribe, ONU Mujeres, 2018.

CAMINOTTI, Mariana / DEL COGLIANO, Natalia, “La paridad política en Argentina: avances y desafíos”, Programa Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD, Lima: IDEA Internacional, Panamá: Organización de las Naciones Unidas, 2017.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES, MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ (MESECVI), “Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará: Prevención de la Violencia contra las Mujeres en las Américas. Caminos por Recorrer”, Washington DC, 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/TercerInformeHemisferico.pdf>

EQUIPO LATINOAMERICANO DE JUSTICIA Y GÉNERO (ELA), “Detrás del número. Un estudio sobre las trayectorias políticas de mujeres y varones en las legislaturas argentinas”, 2011.

GHERARDI, Natalia, “Otras formas de violencia contra las mujeres que reconocer, nombrar y visibilizar”, Serie Asuntos de Género, CEPAL, LC/L.4262, 2016.

KROOK, Mona Lena, “¿Qué es la violencia política? El concepto desde la perspectiva de la teoría y la práctica”, en DEL VALLE PÉREZ, Gabriela / FREIDENBERG, Flavia (edits.), *Cuando hacer política te cuesta la vida. Estrategias contra la violencia política hacia las mujeres en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina jurídica N° 822, 2017.

KROOK, Mona / RESTREPO, Juliana, “Violencia contra las mujeres en política. En defensa de un concepto”, en *Política y Gobierno*, Vol. XXIII, N° 2, Ciudad de México, División de Estudios Políticos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), 2016. Disponible en: http://mlkrook.org/pdf/pyg_2_esp_2016.pdf

MARTELOTTE, Lucía, “Violencia política contra las mujeres en Argentina. Experiencias en primera persona”, ELA, 2018.

OHCHR-UNOG, “La violencia contra la mujer en la política. Informe de la relatora especial sobre violencia contra las mujeres, sus causas y consecuencias”, 2018.

PARLAMÉRICAS, “Plan de Acción para prevenir el acoso político y la violencia política contra las mujeres”, 2015.

Violencia institucional y violencia de género: articulaciones y debates pendientes

Laurana Malacalza*

Introducción

En este artículo nos proponemos pensar las formas que adquiere la articulación entre las categorías de violencia de género y de violencia institucional proveniente del campo de los derechos humanos y que fuera incorporada por la ley nacional de protección integral contra las violencias hacia las mujeres. Este abordaje nos permite introducirnos en un necesario y enriquecedor debate en torno a las tensiones y/o las posibilidades que se abren al poner en diálogo ambas categorías, entre la perspectiva de derechos humanos y la perspectiva de género, entre el movimiento de derechos humanos y el movimiento feminista en Argentina. En estas articulaciones han ganado en densidad tanto las agendas que abordan la violencia de género como las que abordan la violencia institucional incorporando nuevos temas y nuevas miradas a las respectivas agendas.

Coincido con Tiscornia¹ en que la categoría de violencia institucional como categoría de análisis no deja de presentar ciertas dificultades, pero que ha ganado y demostrado una enorme contundencia política en nuestro país. Tal como lo afirma Trufo y Perelman, en sus

* Magíster en Poder y Sociedad desde la Perspectiva de Género y Licenciada en Historia por la Universidad Nacional de Rosario. Cursante del Doctorado en Derechos Humanos de la Universidad de Lanús. Coordinadora del Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires. Docente de posgrado de la Universidad Nacional de La Plata y de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Coordinadora académica de la Diplomatura sobre Estudios de Género y estrategias de intervención en políticas públicas (UNICEN). Feminista.

1. Tiscornia, Sofía, "La violencia institucional como tema de trabajo e investigación. Una breve historia", en *Revista Espacios de crítica y producción*, CABA, 2017. Disponible en: <http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/espacios/article/download/3756/3407>

primeros usos la categoría refiere y agrupa problemáticas de la violencia policial y penitenciaria que no quedaban enmarcadas en la “ilegalidad” del terrorismo de Estado.² Con los años, su uso ha excedido al conjunto de los familiares, organismos de derechos humanos, investigadores y periodistas e ingresó en la agenda de movimientos sociales, partidos políticos, los movimientos feministas y ámbitos académicos, ampliando de esta forma los contenidos y la responsabilidad y la definición de los agentes estatales involucrados. Es decir, ya no incorpora en sus referencias sólo a las fuerzas de seguridad en el uso directo de la violencia, sino también a otros agentes y funcionarios estatales que por acción directa, delegación o creación de normas, prácticas y rutinas institucionales promueven o habilitan hechos de violencia.

Pensamos la violencia institucional como categoría política local, es decir, un concepto localizado e histórico de uso relativamente extendido ligado tanto al campo de la experiencia de víctimas de la violencia policial y carcelaria, como a la denuncia y resistencia por parte de organizaciones sociales y organismos de derechos humanos como a los debates en el campo académico. Tal como sostiene Pita, con su uso

... se buscó activamente construir una categoría que fuera a la vez que descriptiva una nominación con valor político, con potencia para intervenir en el debate público, para incidir en la construcción de argumentaciones e incluso para construir agenda.³

Esta categoría fue incorporada a la ley de violencia contra las mujeres para describir ciertas prácticas, rutinas institucionales que por su acción directa o por la omisión en el cumplimiento de los derechos y marcos legales propicia una modalidad de violencia que tiene a los agentes y funcionarios estatales como principales responsables.⁴

2. Perelman, Marcela; Tufro, Manuel, *Violencia institucional. Tensiones actuales de una categoría política central*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2017. Disponible en: https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/11/Violencia-institucional_Perelman_Tufro.pdf

3. Pita, María Victoria, “Pensar la violencia institucional. *Vox populi* y categoría política local”, en *Revista Espacios de crítica y producción*, CABA, 2017, pp. 33-42.

4. Ley N° 26485: Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Artículo 6 inc. b) Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o

Esta puesta en articulación entre ambas perspectivas nos permite también interpelar la construcción de la categoría de violencia de género imperante tanto en los medios masivos de comunicación como en los paradigmas que sostienen las políticas públicas. Un abordaje que los nombra como hechos aislados, que promueve estrategias individuales de “salida de las relaciones de violencia” sin tener en cuenta la responsabilidad estatal y el abordaje estructural de estas violencias. Pensar la violencia institucional desde un enfoque feminista nos permite, además, ampliar las agendas: no sólo dar cuenta de las violencias de las mujeres en las relaciones familiares, sino visibilizar también la persistencia de prácticas de violencia brutal protagonizadas por las fuerzas de seguridad y las actuaciones judiciales a través de la represión o el hostigamiento policial contra mujeres migrantes, trans y travestis o las que sufren las mujeres a diario en las cárceles. También esa intersección nos permite poner en foco los crecientes procesos de criminalización de mujeres y personas trans y las prácticas institucionales que por su inacción, consagran la impunidad frente a los hechos de violencias denunciados, aumentando así las situaciones de riesgo y exponiendo a las mujeres a violencias extremas como los femicidios.

Tal como sostiene la politóloga argentina Pilar Calveiro, presenciamos una época de reorganización hegemónica del capitalismo global: neoliberal en sus prácticas y sus valores, formalmente democrático y acompañado de fuertes transformaciones en la construcción de las subjetividades y en las relaciones sociales.⁵ Este nuevo orden hegemónico recurre al uso de las violencias para imponer las condiciones de posibilidad efectiva de su proyecto. Y lo hace a través de la profundización de las violencias estructurales y la creación de “amenazas” y escenarios bélicos de alcance mundial. Las “guerras” contra el “terrorismo” y la guerra contra el “crimen organizado y el narcotráfico” ocupan un lugar central en las definiciones de política estatal. En estos nuevos escenarios el cuerpo femenino o feminizado pasa a ocupar un lugar central como territorio

impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil.

5. Calveiro, Pilar, “Políticas de miedo y resistencias locales”, en *Athenea Digital, Revista de pensamiento e investigación social*, Vol. 15, N° 4, 2015, pp. 35-59. Disponible en: <https://atheneadigital.net/article/view/v15-n4-calveiro>

de disputa atravesado por violencias de distintos carácter: violencias estatales, violencias perpetradas por organizaciones criminales, violencias público/privadas. Estas definiciones alimentan el endurecimiento de la respuesta estatal frente a distintos fenómenos criminales e incluso a problemas sociales que no están relacionadas con dinámicas delictivas a través de la militarización de la seguridad interior y de la reorientación de los componentes tradicionales de los sistemas penales y de seguridad –las fuerzas policiales, las leyes y los códigos penales, el aparato de inteligencia– para abordar problemáticas redefinidas como temas de “seguridad nacional” y para la persecución de “enemigos internos”.⁶

Dada la enorme violencia que generan estos procesos, así como su estratégico uso mediático, ambos escenarios han propiciado una fuerte demanda social de seguridad y una respuesta estatal que ha priorizado las políticas de seguridad y penales dirigidas a la regulación del riesgo, la prevención del delito y persecución de ciertos individuos que son caracterizados social y jurídicamente como “peligrosos”. Estos procesos fueron acompañados por la ampliación de las atribuciones violentas a las fuerzas de seguridad y por procesos de estigmatización social que tuvieron como principales aliados a los medios hegemónicos de comunicación.

En este marco, amplísimas franjas de población son arrojadas al estado de excepción en el sentido propuesto por Agamben.⁷ Para las mujeres y pibas más pobres así como para la población trans y travestis, los marcos jurídicos quedan en suspenso, habilitando un conjunto de prácticas policiales y judiciales donde las torturas, vejaciones, muertes y desapariciones son normalizadas. En estos cuerpos-territorios se configura una suerte de estado de excepción a cielo abierto: no se trata sólo de cárceles ni de centros de reclusión, sino de espacios plenamente integrados a la vida urbana, a la vista y presencia de todos, como por ejemplo las denominadas “zonas rojas”, territorios de prostitución, de explotación sexual, de presencia de fuerzas de seguridad y de organizaciones criminales.

6. Tufro, Manuel; Darraidou, Victoria; Sotelo, Florencia; Lloret, Agustina; Miranda, Juliana; Adelardi, Ana, “Nuevas amenazas. Consecuencias del realineamiento geopolítico en la seguridad interior”, en CELS, *Derechos humanos en la Argentina: Informe 2017*, CABA, Siglo Veintiuno Editores, Capítulo 4, 2017. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/capitulos/nuevas-amenazas-consecuencias-del-realineamiento-geopolitico-en-la-seguridad-interior/>

7. Agamben, Giorgio, *Estado de Excepción, Homo sacer, II, I*, Valencia, Pre-Textos, 2004.

La vigencia del estado de excepción se expresa a través de un conjunto de prácticas policiales ilegales y expresamente violentas y se legitima luego a través de procedimientos judiciales que promueven el encarcelamiento masivo y refuerzan los procesos de criminalización y estigmatización social contra mujeres y personas trans y travestis. Estas prácticas y rutinas que promueven altísimos niveles de violencias estatales son definidas en el campo de los derechos humanos como violencia institucional y comienzan lentamente a ser incluidas en las agendas de los feminismos.

La incorporación de la categoría de violencia institucional en la ley de violencia contra las mujeres permitió nombrar a un conjunto de prácticas, conductas, acciones y omisiones llevadas a cabo por los agentes y funcionarios que se producen en el marco del tratamiento policial y judicial de las denuncias. En el circuito institucional que las mujeres recorren en los casos de violencia familiar son múltiples y recurrentes las instancias de violencia institucional por parte de los organismos que intervienen –las dependencias policiales, las Defensorías Oficiales, los Juzgados de familia y de Paz, las dependencias de la Justicia penal, las áreas municipales y provinciales de protección y atención– advirtiéndose en estas dependencias estatales instancias de revictimización y maltrato.

En esta línea, se ha incluido el tratamiento judicial de los femicidios, señalando las dificultades de la administración de justicia para investigar y sancionar con perspectiva de género, promoviendo un contexto de impunidad que propicia la naturalización y reiteración de las violencias contra las mujeres. La sentencia de Lucía Pérez, ocurrida en Mar del Plata, es elocuente en este sentido. Desde el inicio de las investigaciones ha sido solicitado la incorporación de la perspectiva de género. Sin embargo, los/as operadores y funcionarios judiciales no comprenden los alcances de las relaciones de dominación entre los géneros, consideran el consentimiento como un pacto entre personas libres e iguales, sin que medien opresiones y violencias. La falta de una perspectiva de género interseccional es la base misma de la impunidad.⁸

Esto se evidencia también en la forma en que el Estado registra y produce información. Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires, las

8. Malacalza, Laurana; Caravelos, Sofia; Racak, Carolina, “Lucía Pérez: El femicidio en clave judicial” en *Revista LATFEM*, 17/11/2018. Disponible en: <http://latfem.org/lucia-perez-femicidio-clave-judicial/>

estadísticas oficiales sobre femicidio son elaboradas por el Ministerio Público de la provincia y se construye a partir del análisis de todas las causas de homicidio en que resultara víctima una mujer y no necesariamente a partir de la carátula de las causas de femicidio asignadas por las fiscalías intervinientes en la etapa de investigación. Es decir, que se consideran femicidios aquellos homicidios de mujeres ocurridos en contextos de violencia de género que no fueron caratulados de esa forma por los/as fiscales que realizaron las investigaciones penales, ni investigados bajo parámetros específicos adecuados a la perspectiva de género.

Otra dimensión todavía no muy explorada, pero que empieza a tenerse en cuenta en la producción de información estatal a partir de las intervenciones desde el campo de los feminismos y la creación de áreas específicas, es el de las prácticas policiales violentas hacia las mujeres por motivos de género. Por ejemplo, los datos que empiezan a registrarse en la cartera ministerial de seguridad de la provincia de Buenos Aires refieren a casos de femicidios, de acoso sexual y violencia contra las mujeres policías al interior de las fuerzas de seguridad.⁹

Finalmente, la violencia institucional también puede expresarse a través de obstáculos para acceder a derechos por parte de las mujeres y las personas trans y travestis. En este marco, diferentes informes e intervenciones señalan la persistencia de barreras que impiden la interrupción del embarazo en las circunstancias no punibles y las materias pendientes en términos de ciudadanía y acceso a derechos de los colectivos trans y travestis, fundamentalmente la ausencia de definiciones inclusivas en materia de acceso a la salud, una demanda que podríamos ampliar para incluir el acceso a la vivienda o al empleo formal. La implementación de la ley de cupo laboral trans aprobada en la provincia de Buenos Aires y, luego, en otras jurisdicciones se ha convertido en uno de los reclamos de las convocatorias y movilizaciones feministas en nuestro país.¹⁰

9. Cárdenas, Edurne; Escales, Vanina, “Ni una menos, La violencia institucional a la luz de la Ley de Protección Integral a las Mujeres”, en CELS, Derechos humanos en la Argentina: Informe 2016, CABA, Siglo Veintiuno Editores, 2016. Disponible en: <http://www.cels.org.ar/common/IA%202016%2008%20NiUnaMenos.pdf>; Observatorio de Violencia de Género la Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires, “Monitoreo de políticas públicas y violencia de género. Informe 2014-2015”, Buenos Aires, 2015. Disponible en: <https://www.defensorba.org.ar/pdfs/comunicados/Informe-OVG-2014-2015-Monitoreo-de-Politicas-Publicas-y-Violencia-de-Genero.pdf>

10. Ley N° 14783 de la provincia de Buenos Aires.

Criminalización y castigo

En este apartado haremos referencia a dos dimensiones que hemos podido pensar, no sin ciertas dificultades, desde un enfoque feminista incorporando los temas más tradicionales de la agenda de los organismos de derechos humanos en los que se denuncia la violencia institucional. Por un lado, aquellos referidos a la penalidad, es decir, los procesos de judicialización y criminalización de mujeres y personas trans y travestis y las violencias policiales y judiciales. Por otro, aquellos referidos al castigo, en la dimensión del encarcelamiento y del acceso a medidas alternativas a la prisión.

Respecto a los procesos de criminalización, podemos señalar diferentes dimensiones que se han pensado desde los estudios de género: las formas en que se realizan las aprehensiones policiales, las definiciones de la política criminal, es decir, los modos en que se realizan las imputaciones y las figuras delictivas que se aplican, las condenas impuestas y la ejecución de las penas y el encarcelamiento. En estas dimensiones se ponen en juego y se disputan determinados sentidos sociales y estereotipos sobre la peligrosidad y la vinculación de las mujeres y las personas trans frente al delito y las políticas de seguridad que sustentan un conjunto de violencias fuertemente arraigadas en las burocracias policiales, judiciales y penitenciarias.

Uno de los aportes más significativos que ha realizado la perspectiva de género es señalar las limitaciones que tiene la categoría binaria varón-mujer para pensar los géneros y las violencias. No obstante esta mayor visibilidad en la agenda pública de los derechos de las personas trans y travestis, tanto desde los organismos de derechos humanos como de distintas organizaciones feministas y defensoras de los derechos de las personas trans y travestis, se ha denunciado la persistencia y el agravamiento de las prácticas policiales violentas que utilizan la desnudez forzosa y las requisas vejatorias en las aprehensiones, que promueven la criminalización creciente en la Justicia bonaerense contra personas trans y travestis por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización o el uso clásico que ahora vuelve a actualizarse de las contravenciones. Como consecuencia se ha producido un notable aumento del porcentaje de encarcelamiento de personas trans y travestis en la provincia de Buenos Aires.

Las coberturas mediáticas no sólo han espectacularizado estos procesos de privación de la libertad, sino que han reforzado la criminalización utilizando en sus crónicas categorías como “narcotravestis” para nombrar a las identidades de género y resignificarlas en su peligrosidad. De este modo, el discurso mediático-policial conjuga al menos dos factores de riesgo: los que expresan “los vecinos” y los fundamentos jurídicos que sostienen el encarcelamiento de mujeres trans y travestis.

Por un lado, da cuenta de la presencia en el espacio público de grupos que irrumpen con la hegemonía y los sentidos comunes que se construyen acerca de las identidades binarias de género, y por el otro resalta la condición de inmigrantes latinoamericanas –especialmente peruanas– asociadas a la narcocriminalidad. Por ejemplo, en la denominada “zona roja” de la ciudad de La Plata, la gran mayoría de los procedimientos policiales que terminan en las detenciones y encarcelamiento de personas trans y travestis son promovidos a partir de las denuncias de “los vecinos”. Las pruebas que estos aportan en las causas judiciales son centrales para sostener el encarcelamiento.¹¹

Estos procedimientos se realizan a través de llamados anónimos al número de emergencia policial 911, denuncias judiciales iniciadas a partir de presentaciones como espacios de “vecinos autoconvocados”, la presentación de notas en los medios de comunicación y la utilización de cámaras de fotografías, grabaciones y registros en teléfonos celulares que son incorporados como pruebas en los procesos judiciales. En el departamento judicial de La Plata no se ha detectado actividad judicial tendiente a corroborar la veracidad o legitimidad de esas pruebas. Por el contrario, esas pruebas aportadas por “los vecinos” son, junto con las tareas de vigilancia que hacen las fuerzas policiales, las que fundamentan los procesos de criminalización y el encarcelamiento.

Las condiciones de alojamiento en las cárceles han sido un motivo principal de intervención, principalmente a partir del aumento creciente de personas trans y travestis encarceladas, la mayoría de ellas con una identidad autopercibida femenina que son alojadas en pabellones de cárceles de varones. Estas condiciones de alojamiento

11. Caravelos, Sofía; Jaureguiberry, Inés; Malacalza, Laurana, *Narcotravestis: procesos de criminalización de mujeres trans y travestis por el delito de venta de estupefacientes. Ponencia presentada en el Congreso Políticas de los conocimientos y las prácticas antropológicas en América Latina y el Caribe*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2017.

junto al acceso a la salud, la continuidad de los tratamiento hormonales y de VIH sida, así como las denuncias por muertes en unidades penales de la provincia de Buenos Aires han sido denunciadas tanto a nivel nacional como internacional.

Las mujeres hemos sido históricamente criminalizadas por delitos contra la vida o la integridad sexual de sus hijos. “La infanto” es una categoría nativa que atraviesa históricamente los sentidos acerca de la criminalidad de las mujeres. Con ese nombre se designa a aquellas mujeres que han cometido delitos contra la vida, el abandono o la integridad sexual de sus hijos/as. Es una forma que utiliza el poder carcelario para nombrar, clasificar y castigar a las mujeres por haber incumplido con su rol de “buenas madres”.

La construcción de esa categoría se conforma a partir de dos procesos, uno a través de los sentidos que sostienen las lógicas burocráticas judiciales que promueven la criminalización de mujeres por estos delitos y otro, promovido por el Servicio Penitenciario bonaerense como mecanismo de gobernabilidad de las cárceles de mujeres. El primero de estos procesos se construye en las instancias de judicialización. La gran mayoría de estos hechos ocurrieron en contextos de altísimos niveles de violencia contra ellas y contra sus hijos/as que no han sido tenidos en cuenta en los procesos judiciales como un atenuante o eximentes de la criminalización y encarcelamiento.

Los crímenes de aborto e infanticidio han sido los delitos que históricamente criminalizaron a las mujeres. Sin embargo, lo que aparece como novedoso en un contexto de crecimiento exponencial de mujeres encarceladas es el uso que el Servicio Penitenciario hace de ese delito y de la estigmatizante categoría de “infanto” como mecanismo de gobernabilidad y disciplinamiento. Son las/os agentes penitenciarios quienes dan a conocer intramuros los delitos por los que estas mujeres están presas. Esta circulación de la información promueve la puesta en funcionamiento de un mecanismo de gobernabilidad de las cárceles que delega el uso de la violencia entre las mujeres presas para castigar a aquellas que no han cumplido con las exigencias del rol materno. Estos procesos de estigmatización y violencias promueven, además, la separación y el alojamiento de “las infanto” en pabellones “de buena conducta” regidos por el control y la influencia de representantes de culto evangélico y católico. La función

moralizante de las religiones continúa siendo hoy un pilar fundamental donde se apoya el poder disciplinador en las cárceles de mujeres.

La vigencia estigmatizadora de la categoría de “infanto” atraviesa también los debates sobre la interrupción voluntaria del embarazo en las cárceles. Estos debates, promovidos mayoritariamente por organizaciones feministas encuentran fuertes resistencias entre las mujeres privadas de libertad. Para muchas de ellas la maternidad aparece como único proyecto de vida posible y lo ponen en juego precisamente en un contexto donde se las estigmatiza y criminaliza por “malas madres”. Emerge aquí una disputa de sentidos acerca de las maternidades en y desde el encierro que crea nuevos desafíos para el movimiento feminista y de derechos humanos.

Visibilizar los contextos de violencia de género en el que ocurrieron los hechos delictivos por los que son imputadas o condenadas mujeres por haber asesinado o intentado asesinar a sus ex parejas o parejas varones son parte de las estrategias judiciales que se llevan a cabo por las organizaciones y las abogadas feministas. Los procesos penales no poseen instancias que permitan la visibilización de la violencia de género como causal de atenuación o exención de la responsabilidad penal, por el contrario, actúan como un agravante en los delitos de lesiones y homicidios por las que son criminalizadas. Frente a estos casos, desde distintos ámbitos de intervención jurídica, en articulación con organizaciones feministas, se han diseñado diferentes estrategias de litigio tendientes a visibilizar en los procesos de criminalización los contextos de violencia de género en que se han cometido los presuntos delitos. A partir de estas intervenciones se ha construido una experiencia jurídico feminista que no sólo denuncia las violencias, sino que, promoviendo la articulación entre los saberes académicos y las prácticas políticas y jurídicas de intervención territorial, amplían los márgenes establecidos para el campo de los feminismos jurídicos en Argentina.

Mucho menos conocemos sobre los modos que adquiere la violencia institucional y la violencia de género contra las pibas que habitan y transitan los territorios en los que operan las organizaciones criminales vinculadas al narcotráfico y la trata y reclutamiento con fines de explotación sexual. Territorios con fuerte presencia de fuerzas de seguridad estatales. En estas articulaciones no sólo se configuran nuevas formas de violencia y criminalización social y mediática, sino tam-

bién experiencias de organización y resistencias que no han sido aún incorporadas a los estudios de la violencia institucional y las particularidades que adquieren las violencias de género en estos territorios.

En estos contextos, existe una reorganización de las violencias que asume un carácter letal en el caso de las mujeres y las niñas y no puede comprenderse sin la “normalización de la crueldad”. Como siempre nos recuerda Rita Segato, hay un orden simbólico que busca instalar la crueldad como paisaje de normalidad, por eso los cuerpos de las niñas aparecen como desechos, como “objetos” posibles de ser desmembrados y arrojados a los basurales.¹² Este es un contexto global ineludible. Pero luego es necesario analizar las formas que adquiere la violencia de género a partir de la articulación con otras formas de violencias que se expresan en los territorios y las trayectorias de vidas. Por ejemplo, la articulación que se produce con las violencias que promueven las organizaciones vinculadas a las economías ilegales –principalmente el narcotráfico– en los territorios más empobrecidos y la presencia creciente de fuerzas de seguridad y militares. Esta articulación de violencias, se expresa en la posesión y el control sobre determinados territorios y sobre los cuerpos, la sexualidad y la vida de niñas, de adolescentes y de mujeres jóvenes. Muchas de ellas vinculadas al consumo y venta de drogas y muchas otras utilizadas como objeto de intercambio entre estos grupos. Todas posibles de ser desechadas y rápidamente reemplazadas por estas organizaciones criminales.

Estas intersecciones amplían la agenda y el mapa de los feminismos y de los organismos de derechos humanos para contextualizar estas formas de violencias y de resistencias.

Por último, quisiéramos señalar algunas cuestiones muy generales respecto al encarcelamiento y sus posibles alternativas que han sido analizadas desde los feminismos y los estudios de género a partir de la incorporación de la categoría de violencia institucional.

En distintos informes de organismos se describen y analizan los mecanismos de control y gobernabilidad de las mujeres y personas trans y travestis encarceladas a través del uso de la violencia por parte de los agentes y funcionarios estatales. Estos dispositivos de control

12. Segato, Rita, *La guerra contra las mujeres*, Buenos Aires, Editorial Traficantes de sueños, 2016. Disponible en: https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/map45_segato_web.pdf

y castigo se manifiestan a través del uso del aislamiento; las requisas personales o colectivas como trato vejatorio y degradante; la represión en sus expresiones más tradicionales; la violencia producida por la presencia de personal masculino en las cárceles de mujeres y los traslados constantes y arbitrarios por distintas unidades.

Estas prácticas suelen constituir un marco habilitante para la sucesión de malos tratos y tortura por parte del personal penitenciario. Pero, como lo hemos señalado en otros artículos, también se han definido otros mecanismos que dan sustento a la violencia de carácter institucional que se manifiesta en la invisibilidad de la problemática particular de las mujeres y personas trans y travestis en las reglamentaciones, la disposición de la arquitectura penitenciaria, de los recursos institucionales, los mecanismos diseñados para el reforzamiento de los roles tradicionales de las mujeres y los efectos que el uso excesivo de la prisionización provoca en sus redes familiares y comunitarias, entre otros. Es decir, dar cuenta cómo determinadas normas y prácticas promueven los contextos habilitantes para el ejercicio de la violencia institucional contra las mujeres alojadas, describiendo su regularidad y comprobando su persistencia, alejada de cualquier explicación que pretenda fundarse en situaciones de excepcionalidad.

Las prácticas violentas son regulares y extendidas a la casi totalidad de la población por parte de los/as agentes penitenciarios/as. Algunas de estas prácticas alcanzan niveles de altísima brutalidad, otras son más habituales: los malos tratos, humillantes y degradantes son prácticas estructuradas que requieren un cierto saber, son artes que constituyen un oficio, por tanto deben transmitirse, enseñarse y aprenderse en un marco institucional que las despliega, habilita su uso o cuando menos las tolera. [...] Sin embargo, el despliegue de estas acciones de violencia en sus diferentes modalidades –física, sexual, psicológica, etc.– se refuerza por un entramado de disposiciones reglamentarias y de prácticas institucionales que conforman un contexto de violencia institucional particularmente enraizado en las prácticas y la gestión penitenciaria.¹³

13. Observatorio de Violencia de Género la Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires, “De traslado: Violencia de género y poder carcelario. Un estudio del mecanismo de traslado de mujeres encarceladas en unidades penales de la provincia de Buenos Aires”, Buenos Aires, 2014. Disponible en: <https://www.defensorba.org.ar/micrositios/ovg/pdfs/Informe-de-traslado.pdf>

Otro de los temas privilegiados para el análisis y la definición de las políticas penitenciarias ha sido el del ejercicio de las maternidades en las cárceles. La permanencia de los hijos/as junto a sus madres privadas de libertad definió un campo de intervención que pretendió dar cuenta de los efectos diferenciadores que el encarcelamiento produce entre varones y mujeres. Este recorte, que marcó las intervenciones y reclamos de los organismos y organizaciones de derechos humanos, también se proyectó al campo de lo estatal que intervino delegando en las mujeres encarceladas la responsabilidad del cuidado de sus hijos/as durante su encarcelamiento. Frente a estas definiciones y ausencias de políticas públicas destinadas a garantizar condiciones y derechos de los niños/as que conviven con sus madres en prisión, se definieron distintas estrategias de litigio y de incidencia política en forma articulada entre organismos de derechos humanos y algunas organizaciones feministas para disputar sentidos en torno a las maternidades de las mujeres pobres, incorporar las dimensiones de las agendas de cuidado, el rol de cuidadoras de estas mujeres y el cumplimiento de los arrestos domiciliarios y las definiciones de políticas post penitenciarias.

El análisis de la forma en que se llevan a cabo las medidas alternativas a la prisión de mujeres con hijos a cargo nos permite desde una perspectiva de género ampliar la mirada más clásica del movimiento de derechos humanos que se concentra sólo sobre las condiciones de detención de las mujeres. Por ejemplo, cuando incorporamos desde esta perspectiva las dificultades que encuentran las mujeres y las personas trans y travestis para cumplir con los requisitos exigidos en las medidas alternativas a la prisión se abren nuevas dimensiones de análisis y nuevos reclamos frente al Estado a partir de la ausencia de políticas sociales que acompañen los procesos de arrestos domiciliarios u otras medidas morigeradoras de la pena para garantizar el acceso al trabajo, a la educación y a la salud tanto de quienes están cumpliéndola como de las personas que están bajo su cuidado. También en las denuncias frente a los persistentes obstáculos que encontramos en las actuaciones judiciales. Esto se ha puesto en evidencia en la provincia de Buenos Aires en tanto impera una condena moral sobre las mujeres que conviven con sus hijos/as en prisión que se pone en evidencia en las acciones del servicio penitenciario, el Poder Judicial y los organismo de niñez al promover la

externación de los/las niños/as y su separación de la madre, en lugar de propiciar el dictado de medidas alternativas a la prisión.

Debates abiertos

En este artículo hemos intentado hacer un punteo de los temas que han sido incorporados en la agenda del movimiento feminista y de derechos humanos en Argentina a partir de la puesta en diálogo y articulación de las categorías de violencia de género y violencia institucional. Esta articulación ha contribuido a profundizar y complejizar ambas agendas en materia de denuncias y visibilización de las particulares dimensiones que adquiere la violencia estatal en los ámbitos institucionales y territorios que transitamos y habitamos las mujeres y las personas trans y travestis. Sin dudas, estas agendas han sido paulatinamente incorporadas en los masivas marchas convocadas por el movimiento feminista para visibilizar las violencias de género con la consigna *Ni Una Menos* y las convocatorias a los Paros Internacionales. Sin embargo, estas articulaciones entre los campos de los feminismos y los derechos humanos en nuestro país nos abren otro conjunto de temas y debates aún pendientes. Uno de ellos es analizar hasta dónde este contexto ha permeado dentro de las cárceles permitiendo no sólo nombrar las violencias carcelarias, sino resignificarlas por parte de las mujeres y personas trans y travestis encarceladas en clave feminista. Nos preguntamos, además, si en este contexto emerge como estrategia resistente de las mujeres encarceladas una novedosa articulación con el movimiento feminista, para posicionarse en un debate público dominado por los paradigmas securitarios

Estas preguntas nos plantean una primera aproximación para comprender no sólo la configuración de las violencias carcelarias, sino también las posibilidades de resistirlas inscribiéndolas en el campo de la política a través del movimiento feminista y de su articulación con el campo de los derechos humanos. Emerge aquí un nuevo desafío para ambas agendas.

Bibliografía

AGAMBEN, Giorgio, *Estado de Excepción, Homo sacer, II, I*, Valencia, Pre-Textos, 2004.

CACOPARDO, Ana / MALACALZA, Laurana, “Unidad penal de mujeres N° 8: violencias carcelarias y narrativas de la resistencia”, ponencia presentada en el Seminario Internacional organizado por la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA), Barcelona, 2018.

CALVEIRO, Pilar, “Políticas de miedo y resistencias locales”, en *Athenea Digita Revista de pensamiento e investigación social*, Vol. 15, N° 4, 2015. Disponible en: <https://atheneadigital.net/article/view/v15-n4-calveiro>

CARAVELOS, Sofia / JAUREGUIBERRY, Inés / MALACALZA, Laurana, *Narcotravestis: procesos de criminalización de mujeres trans y travestis por el delito de venta de estupefacientes. Ponencia presentada en el Congreso Políticas de los conocimientos y las prácticas antropológicas en América Latina y el Caribe*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2017.

CÁRDENAS, Eburne / ESCALES, Vanina, “Ni una menos, La violencia institucional a la luz de la Ley de Protección Integral a las Mujeres”, en CELS, *Derechos humanos en la Argentina: Informe 2016*, CABA, Siglo Veintiuno Editores, 2016. Disponible en: <http://www.cels.org.ar/common/IA%202016%2008%20NiUnaMenos.pdf>

MALACALZA, Laurana, “Gobernabilidad y violencia: acerca del ejercicio de la maternidad en las cárceles bonaerenses”, en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, N° 12, junio de 2015. Disponible en: <http://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/215>

_____, “Mujeres en prisión: las violencias invisibilizadas”, en Giordano, Carlos José; Rodríguez, Esteban (comp.), *Circuitos carcelarios. Estudios sobre la cárcel argentina*, Buenos Aires, 2015. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10915/46888>

_____, “Violencia contra las mujeres. Un modelo de gestión securitario y privatista”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, N° 14, año 2018. Disponible en: <https://www.mpdefensa.gov.ar/sites/default/files/revista14.pdf>

OBSERVATORIO DE VIOLENCIA DE GÉNERO DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, “*De traslado: Violencia de género y poder carcelario. Un estudio del mecanismo de traslado de mujeres encarceladas en unidades penales de la provincia de Buenos Aires*”, Buenos Aires, 2014. Disponible en: <https://www.defensorba.org.ar/micrositios/ovg/pdfs/Informe-de-traslado.pdf>

_____, “*Monitoreo de políticas públicas y violencia de género. Informe 2014-2015*”, Buenos Aires, 2015. Disponible en: <https://www.defensorba.org.ar/pdfs/comunicados/Informe-OVG-2014-2015-Monitoreo-de-Politiclas-Publicas-y-Violencia-de-Genero.pdf>

_____, *Trata de personas con fines de explotación sexual y delitos conexos en la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, 2015. Disponible en: <https://www.defensorba.org.ar/micrositios/ovg/pdfs/Informe-Trata-de-Personas-con-Fines-de-Explotacion-Sexual.pdf>

PERELMAN, Marcela / TUFRO, Manuel, *Violencia institucional. Tensiones actuales de una categoría política central*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2017. Disponible en: https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/11/Violencia-institucional_Perelman_Tufro.pdf

PITA, María Victoria, “Pensar la violencia institucional. *Vox populi* y categoría política local”, en *Revista Espacios de crítica y producción*, CABA, 2017.

SEGATO, Rita, *La guerra contra las mujeres*, Buenos Aires, Editorial Traficantes de sueños, 2016. Disponible en: https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/map45_segato_web.pdf

TISCORNIA, Sofía, “La violencia institucional como tema de trabajo e investigación. Una breve historia”, en *Revista Espacios de crítica y producción*, CABA, 2017. Disponible en: <http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/espacios/article/download/3756/3407>

TUFRÓ, Manuel / DARRAIDOU, Victoria / SOTELO, Florencia / LLORET, Agustina / MIRANDA, Juliana / ADELARDI, Ana, “Nuevas amenazas. Consecuencias del realineamiento geopolítico en la seguridad interior”, en CELS, *Derechos humanos en la Argentina: Informe 2017*, CABA, Siglo Veintiuno Editores, Capítulo 4, 2017. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/capitulos/nuevas-amenazas-consecuencias-del-realineamiento-geopolitico-en-la-seguridad-interior/>

Capítulo 8
Trata de personas con fines de explotación sexual

Responsabilidad del Estado y trata de personas*

Marcela V. Rodríguez**

Introducción

Este artículo presenta el primer caso en el cual la víctima, Alika Kinan,¹ se constituyó en querellante y actora civil y participó del juicio oral por haber sido sometida al delito de trata de personas con fines de explotación sexual. Solicitó la condena de los tratantes y, en forma solidaria con la Municipalidad de Ushuaia, el pago de la correspondiente reparación e indemnización.² El eje central será la responsabilidad de la Municipalidad de Ushuaia³ en la trata de personas y explotación sexual.

* Este artículo reproduce parcialmente los contenidos de “Responsabilidad del Estado en la Trata de Personas: Análisis de un Caso”, publicados en Rodríguez, Marcela V. (comp.), *Reparación Integral: un derecho de las víctimas de trata de personas*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2018. Las cuestiones que brevemente se introducen requieren un examen más pormenorizado que excede la extensión del presente. Las mismas, y en particular el desarrollo de la obligación estricta de debida diligencia y su correlativo derecho reforzado a la reparación, están desplegadas en la tesis doctoral de Marcela Virginia Rodríguez (conf. Res. CS. N° 1078/87 y Res. CS. N° 7931/13). Agradezco la inestimable colaboración de Patricia Rodríguez Bernal para la elaboración de este artículo.

** Master of Law por Yale University. Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Coordinadora del Programa para Víctimas del Delito de Trata de la Defensoría General de la Nación. Diputada nacional (2001-2013). Integrante del Consejo de la Magistratura de la Nación (2002-2006). Asesora del Consejo para la Consolidación de la Democracia y de la Convención Nacional Constituyente. Docente de posgrado en varias universidades. Fue Codirectora del Centro de la Mujer de Vicente López. Dirigió proyectos de investigación sobre justicia y género y fue consultora internacional sobre reformas judiciales, acceso a la justicia, derecho internacional de los derechos humanos y género.

1. Este artículo cuenta con la conformidad expresa de Alika Kinan a la autora para develar su identidad y los detalles del caso con estos alcances.

2. Causa caratulada “Montoya, Pedro Eduardo y otros s/art. 145 bis C.P. conforme Ley N° 26842”, FCR 52019312/2012/TO1 - Principal en Tribunal Oral TO01 - Querellante S.A.K. (Fundamentos).

3. Responsabilidad estatal que se observa en otros niveles y lugares geográficos.

La querellante y actora civil, Alike Kinan, contó con la asistencia y representación jurídica del Programa de Asesoramiento y Patrocinio para las Víctimas del Delito de Trata de Personas de la Defensoría General de la Nación.

La importancia de este caso radica en el carácter protagónico que han desarrollado las víctimas durante y después del proceso. El objetivo del Programa fue aplicar una mirada centrada en sus derechos y no meramente en las respuestas de la justicia penal. Las víctimas no fueron consideradas, como sucede en la mayoría de los casos, meros instrumentos de la investigación penal, sino verdaderas titulares de derechos.

Este fallo se convirtió en un precedente en todo el país y en la región por la fundamentación y los alcances desarrollados relativos a la responsabilidad estatal en las violaciones de los derechos humanos de las víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual. En algunas causas, ha comenzado a advertirse el impacto que ha causado en fiscalías, juzgados y tribunales, así como en quienes desde la Defensoría General de la Nación asumen la defensa de los derechos de las víctimas. Las normas, prácticas, y acciones que se describen someramente en este artículo han develado un sistema de trata y explotación instaurado en todo el país, un sistema de proxenetismo anquilosado que cuenta con la connivencia, tolerancia o aquiescencia de sectores poderosos de la sociedad.

Para concebir la estrategia jurídica, fue fundamental escuchar la voz y las realidades de vida que tuvo que atravesar la sobreviviente, y no preconcebir en abstracto desde la teoría. Sus relatos y experiencias y sus conocimientos son únicos. Fue irremplazable escuchar a la querellante y actora civil, durante horas, casi todos los días de los meses previos a la audiencia. También fue sumamente valiosa la declaración testimonial prestada por otra víctima durante el debate, quien rehuyó a declarar en la instrucción y, en principio, durante la audiencia oral, debido al temor que le causaban los tratantes y la necesidad de que se respetara y se protegieran sus derechos a la identidad e intimidad.

En este sentido, se tuvo en consideración que el derecho a la reparación integral implica tanto componentes sustantivos como procesales, sin caer en compartimentos estancos, y que deben ser tenidos en cuenta desde esta perspectiva a los fines de hacer efectivo el derecho a la reparación.

Durante el debate, las víctimas aportaron la descripción de los hechos, las acciones típicas mediante las cuales fueron sometidas al delito de trata de personas y las condiciones de explotación, así como la intervención de funcionarios públicos en la comisión del delito. Sus relatos revelan que tenían pleno desconocimiento de sus propios derechos, las diversas formas en las que eran doblegadas por los tratantes y cómo se obstruía su acceso a la justicia.⁴

Los tratantes habían impuesto un severo sistema de sanciones, multas,⁵ deudas de toda índole,⁶ las comisiones que debían pagar por las “copas” y “pases”, etc. De los supuestos ingresos que debían quedarles a las mujeres por “las copas y los pase”, dados todos estos descuentos, rara vez lograban mantener algún dinero para sí.

El Municipio realizaba “inspecciones” para controlar si las mujeres explotadas tenían sus libretas sanitarias “al día” y conforme a la reglamentación. Si no era así, se labraban actas, que eran derivadas a la justicia de faltas, y cobraban multas. No clausuraban el prostíbulo y

4. Para exponer el circuito al que eran sometidas las víctimas, corresponde hacer referencia a las declaraciones testimoniales, en cuanto a que, una vez que eran captadas y transportadas a Ushuaia, los tratantes las llevaban a la policía para que les hicieran lo que ellas llamaron el “legajo policial”. Luego las trasladaban a un laboratorio para que les realizaran análisis de enfermedades de transmisión sexual, hepatitis B, VIH, para lo cual les realizaban un análisis de sangre y un exudado vaginal. Después de ello, eran conducidas al hospital público, donde una médica firmaba el apto médico de las “libretas sanitarias” para “alternadoras”, que debían pagar en la Municipalidad y que debían renovarse trimestralmente. Aclararon que todo este trámite era distinto al que debía realizarse para adquirir cualquier otro tipo de libreta sanitaria. Estos trámites y, en particular, los requisitos para obtener la libreta sanitaria, estaban reglamentados por ordenanzas municipales, al igual que la habilitación de los prostíbulos, sin perjuicio del nombre que estos adoptaran. El Municipio cobraba por “estos trámites”, lo cual era pagado directamente por las víctimas o, en muchos casos, abonado por adelantado por los tratantes e inmediatamente convertido en deudas para las víctimas, lo que pasaba a formar parte del sistema que las tenía sujetas en esta relación de subordinación y sometimiento.

5. El sistema de multas se aplicaba por ausencias, aun si estaban gravemente enfermas; llegadas tarde, pese a que el prostituyente no las dejaba salir del lugar donde accedía sexualmente a ellas; romper cosas como copas o botellas, aunque fuera consecuencia de la ingesta de alcohol o drogas a las que las sometían; quejarse de malos tratos y hablar mal de los tratantes, entre muchas otras situaciones.

6. Por ejemplo, estas deudas podían variar desde el valor triplicado o quintuplicado del pasaje con el cual las habían trasladado; profilácticos multiplicado varias veces por el valor de mercado; joyas, perfumes y ropas obligadas a comprar por los tratantes e inmediatamente convertidas en deuda; dinero para la limpieza que hacían ellas mismas; incluso su propia comida.

tampoco tomaban medida alguna para garantizar la salud de las mujeres como resultado de “irregularidades” de las libretas sanitarias. Una víctima describió estas inspecciones como “otro manoseo”, entre otros abusos sexuales en los que incurrían.

El análisis de este caso contemplará los argumentos brindados por la querellante y actora civil en las distintas instancias, así como las respuestas judiciales tanto del Tribunal Oral en lo Criminal Federal como de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal.

Argumentos de la actora civil ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur

Las experiencias de las víctimas fueron fundamentales para argumentar jurídicamente las razones por las cuales el Estado municipal era responsable en forma solidaria con los tratantes y debía ser condenado a pagar la reparación correspondiente. Cabe destacar que, en los casos de violaciones a derechos humanos de las mujeres, en particular en casos de trata, explotación y violencia sexual, no hay un modelo único aplicable a todas las víctimas.

La responsabilidad estatal fue demostrada en dos niveles. Por un lado, en orden a la normativa nacional y local. Por otro, la fundamentación se desplegó considerando los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular los específicos en la materia, y la jurisprudencia internacional, especialmente aquella emanada del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Sostuvimos que el Estado municipal estaba obligado a resarcir los daños frente a las faltas de servicio (conf. art. 1112 del Código Civil y art. 3 inc. d de la Ley N° 26944 de la normativa vigente a tal momento). Además, debido a que la Municipalidad de Ushuaia, conforme la Carta Orgánica Municipal, había asumido la competencia exclusiva en las cuestiones atinentes a habilitación municipal de locales, comercios y espectáculos nocturnos, así como su control, ejerciendo sobre ellos el poder de policía municipal.

Las ordenanzas municipales vulneraban las Leyes vigentes N° 12331, N° 26364 y N° 26485. La Ordenanza N° 1183/93 regulaba la

actividad de establecimientos en los cuales “existan personas para alternar o bailar con los concurrentes”; la Ordenanza N° 1372 eliminó la prohibición –incumplida, ciertamente– de permitir viviendas contiguas habitadas por personas que desempeñaran tareas en el lugar (donde se llevaron a cabo los pases); la Ordenanza N° 2919 establecía condiciones y requisitos a las personas que tuvieran contacto físico con “clientes” o prostituyentes –únicamente aplicables a las mujeres víctimas de trata y explotación sexual–.

Expusimos las normas de orden internacional vulneradas, con referencia a los tratados, convenciones, y protocolos más antiguos sobre la temática,⁷ así como a instrumentos más modernos.

Destacamos la aplicabilidad al caso de los instrumentos de derechos humanos cuya jerarquía constitucional fuera reconocida por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.⁸ En cuanto a los instrumentos específicos en la materia, la responsabilidad estatal está basada en la

7. Entre ellos, la Declaración relativa a la Abolición Universal de la Trata de Esclavos adoptada en el Congreso de Viena de 1815; el Acuerdo Internacional para Asegurar una Protección Eficaz contra el Tráfico Criminal denominado Trata de Blancas de 1904, Sociedad de las Naciones; la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1910, Sociedad de las Naciones; el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 1921, Sociedad de las Naciones; la Convención sobre la Esclavitud de 1926, Sociedad de las Naciones; el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad de 1933, Sociedad de las Naciones; el Protocolo de 1947 que modifica el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 1921, y el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad de 1933; el Protocolo de 1947 que modifica el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 1921, y el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad de 1933 de Naciones Unidas; el Protocolo de 1949 que modifica el Acuerdo Internacional para Asegurar una Protección Eficaz contra el Tráfico Criminal denominado Trata de Blancas de 1904, y el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1910, 1949, Naciones Unidas; el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, 1949, Naciones Unidas, y su Protocolo Final; el Protocolo de las Naciones Unidas para modificar la Convención sobre la Esclavitud, 1953; la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas de la Esclavitud 1956.

8. Entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y su Protocolo Facultativo –así como las Recomendaciones Generales del Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer–, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños,⁹ que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, así como el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, también complementario de la Convención y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, los Elementos de los Crímenes y su Reglamento.

Tuvimos en consideración la jurisprudencia emanada del sistema europeo y, principalmente, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹⁰

Desarrollamos especialmente en el concepto de la obligación de debida diligencia estricta y su correlativo “derecho reforzado”¹¹ a la reparación para las víctimas de trata. El deber de actuar con la debida diligencia ha sido reconocido largamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), particularmente desde el “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Por su parte, en el orden regional se destaca la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención De Belém Do Pará”.

9. Para su interpretación y aplicación, resultan fundamentales el informe presentado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social y sus Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos y la Trata de Personas y los “Comentarios” de los Principios, así como los informes presentados por las Relatoras Especiales sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niñas.

10. “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia del 29/07/1988; “Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú.” sentencia del 25/11/2006; “Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, sentencia del 16/11/2009; “Caso Fernández Ortega y otros. vs. México”, sentencia del 30/08/2010; “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia del 31/08/2010; “Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, sentencia del 04/10/2012, “Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”, sentencia del 25/10/2012; “Caso J. vs. Perú”, sentencia de 27/10/2013; “Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú”, sentencia de 20/11/2014, entre otros.

11. Véase la elaboración de este concepto por Rodríguez, Marcela V. en el *amicus curiae* presentado en la causa “Quiroga José Luis s/recurso de casación”, en Rodríguez, Marcela V., *Reparación Integral: un derecho de las víctimas de trata de personas*, op. cit.

En el alegato, desplegamos los diversos modelos de asignación de responsabilidad a los Estados siguiendo a Víctor Abramovich,¹² quien distingue entre la doctrina de la complicidad, la del riesgo previsible y evitable, y la del riesgo creado. Sobre el caso “Campo Algodonero”,¹³ Abramovich expone que

La Corte examinó la situación de las tres víctimas, no sólo en función de los hechos particulares que rodearon sus desapariciones y los procesos penales en que se investigaron los crímenes, sino como miembros de un colectivo más amplio que se ve afectado por una situación estructural de violencia y desigualdad, lo que permite entender los crímenes particulares en su real dimensión.¹⁴

Abramovich explica que la doctrina de la complicidad –apoyo o tolerancia– adjudica responsabilidad objetiva al Estado, como si la acción del particular hubiese sido ejecutada por un agente estatal de forma directa.

Pero en el caso “Campo Algodonero”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicó la doctrina del riesgo previsible y evitable, por la cual el deber del Estado de adoptar medidas de prevención y protección está condicionado por el conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado, y por la posibilidad razonable de prevenir o evitar ese riesgo. Así, la doctrina del riesgo requiere la presencia de cuatro elementos:

- (i) que exista una situación de riesgo real o inmediato que amenace derechos y que surja de la acción o las prácticas de particulares; esto es, que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual y, además, que no sea remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse en lo inmediato;
- (ii) que la situación de riesgo amenace a una persona o a un grupo de personas determinados; que el riesgo sea particularizado. Es

12. Abramovich, Víctor, “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso ‘Campo Algodonero’ en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 6, 2010, pp. 167-182. Abramovich analiza la relación de la discriminación estructural y la violencia de género y los distintos modelos de imputación de responsabilidad internacional del Estado por actos de terceros.

13. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso González y Otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, sentencia del 16/11/2009. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

14. Abramovich, Víctor, *op. cit.*

más estricto que la sola existencia de un riesgo general o una situación extendida que afecta al conjunto de la comunidad.

- (iii) que el Estado conozca el riesgo o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo. En el caso de violencia contra las mujeres, la presunción de conocimiento de ese riesgo suele estar asociada a la obligación de vigilancia o monitoreo que la Convención Americana o la Convención de Belém do Pará impone al Estado, así como a las características del riesgo. Existen riesgos que son previsible por su envergadura, por su extensión en el tiempo o porque obedecen a prácticas o patrones sistemáticos que hacen imposible su desconocimiento por la autoridad estatal. La violencia de género suele asumir este patrón sistemático que la Convención de Belém do Pará dejó plasmado.
- (iv) que el Estado pueda razonablemente prevenir o evitar la materialización del riesgo. El Estado no podrá invocar la imposibilidad de prevenir la consumación de un riesgo, si ha contribuido a ello por no adoptar medidas de garantía que la propia Convención de Belém do Pará establecía.

Abramovich agrega:

Pero la Corte ha desarrollado en algunos casos una teoría intermedia para aquellos en que, si bien no es posible afirmar que agentes públicos han sido cómplices de un acto violatorio de derechos humanos, la participación del Estado no se limita a un incumplimiento de deberes de protección e incluye acciones públicas, normas, prácticas y políticas que han creado objetivamente la situación de riesgo. Cuando el Estado ha creado el riesgo, sus deberes de garantía frente a actos de particulares son más estrictos. A esta tercera doctrina de atribución de responsabilidad podría denominarla como doctrina del riesgo creado, pues el Estado está obligado a proteger frente a un riesgo que él mismo creó, y tiene el deber particular de desactivar la situación de riesgo que ha engendrado directamente.¹⁵

Desde la representación de la querrela y actora civil, aseveramos que la obligación estricta y reforzada de actuar con la debida diligencia que surge de la articulación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de Belém do Pará resulta más fortalecida aun por la armonización de estos instrumentos con aquellos específicos en la materia de trata de personas y las obligaciones que imponen a los Es-

15. Ídem.

tados, así como con la legislación nacional relativa a violencia contra las mujeres y trata de personas, en particular las Leyes N° 26485 y N° 26364.

Por ello, si bien mantuvimos que la adopción por parte del Tribunal de cualquiera de los modelos de atribución de responsabilidad desarrollados debía tener como consecuencia la condena de la parte civilmente demandada –los tratantes, pero, primordialmente, el Estado municipal–, desde el Programa de Asesoramiento y Patrocinio para las Víctimas de Trata sostuvimos que debía aplicarse la teoría del riesgo creado para atribuir la responsabilidad al Estado, por la cual, además, debía reparar integralmente a la víctima.

La articulación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (CEDAW) ha sido interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de una obligación de actuar con debida diligencia estricta o reforzada. En el caso, desarrollamos que el Estado había violado su obligación de debida diligencia estricto o reforzado y como correlato emanaba un derecho reforzado a la reparación de las víctimas de trata y explotación.¹⁶

El Municipio había creado el riesgo, tenía conocimiento de este y de las violaciones a los derechos de las mujeres, incluso sacaba réditos económicos por la empresa ilícita. De acuerdo con la Carta Orgánica municipal, además de las normas que desarrollamos, tenía claras obligaciones. Sin embargo, habilitó los prostíbulos y generó así el riesgo respecto del cual debía brindar protección.

La creación de este riesgo se encuentra plasmada en las ordenanzas municipales relacionadas tanto con el funcionamiento de los prostíbulos –enmascarados en otras denominaciones– como en los requisitos que exigían a las víctimas –a quienes se referían como “alternadoras”, sin demasiada intención de disimular la actividad a la que estaban doblegadas–.¹⁷ Todas estas exigencias seguían perpetuando el nivel del

16. Para mayor desarrollo sobre este punto, véase Abramovich, Víctor, *op. cit.* y el *amicus curiae* presentado por la Coordinadora del Programa de Asesoramiento y Patrocinio para las Víctimas del Delito de Trata de Personas en la Causa “Quiroga, José Luis s/recurso de casación”, publicado en Rodríguez, Marcela V., *Reparación integral: un derecho de las víctimas de trata de personas*, *op. cit.*

17. En particular, las normas para la obtención de las “libretas sanitarias”, sus exigencias, la participación del hospital público, el cobro de análisis y de las libretas y el requisito de renovación trimestral.

riesgo que habían creado, y lo reforzaban. Así, otorgaban mayor impunidad a los tratantes y un velo de legitimidad a la empresa ilícita.

El Estado municipal no sólo no era ajeno al daño, además no era un sujeto extraño a lo que estaba sucediendo. Había generado y tolerado la trata y explotación al habilitar los prostíbulos, de lo que obtenía ganancias, convirtiéndose en socio de esta empresa ilícita. De modo alguno podía invocar el desconocimiento de la situación de riesgo que generó.

En síntesis, en el alegato de cierre se sistematizó la violación a la debida diligencia estricta y reforzada por la articulación de las normas mencionadas, la creación del riesgo como modalidad de asignación de atribución de responsabilidad, junto con la falta de servicio, y concluimos atribuyendo al Estado municipal responsabilidad objetiva.

Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur respecto de la acción civil

Este planteo fue receptado por el voto de la Dra. Ana María D'Alessio, que lideró la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur. Ella sostuvo que

La afectación de la integridad personal, física y psíquica; el menoscabo a su dignidad como persona y como mujer y el hecho de haber sido utilizada para generar un beneficio económico en provecho de los demandados –en tanto agravio también a su dignidad–, corresponde sean motivo de indemnización, la que deriva de los hechos probados en la sentencia penal y su nexos causal con el perjuicio sufrido por quien ha sido tenida por víctima.

Descartó la opción de tasar el sometimiento sexual bajo pautas laborales y consideró aplicables los artículos 1077 y 1078 del Código Civil, y artículos 351 y 403 del Código Procesal Penal de la Nación.

Respecto a la responsabilidad de la Municipalidad, afirmó:

La decisión favorable a la pretensión de la actora se construye, conforme explicaré, sobre seis bases y porque las seis causas concurren en este caso: 1) la obligación convencional de garantía del Estado respecto de la protección de la mujer de actos de violencia y discriminación; 2) la intervención del Estado municipal en la habilitación de los denominados “clubes noc-

turnos”; 3) la generación de un riesgo en los términos de la obligación señalada en el primer ítem y la responsabilidad que ello importa aun frente a hechos de particulares; 4) la presencia genérica de indicadores de riesgo que eran conocidos por la administración; 5) la presencia específica de indicadores de riesgo que hacen al caso diferenciable de otros y de la situación general, y 6) el cumplimiento tan sólo formal de la obligación de contralor, inadecuada al caso por la presencia de los indicadores de riesgo generales, pero fundamentalmente particulares y específicos del caso.

En cuanto a la conducta debida y exigible a la administración, destacó el deber de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos (art. 1 CADH, art. 2 CEDAW y art. 7 de la Convención de Belém do Pará).

Subrayó que es ley suprema de la Nación, a partir de la reforma constitucional, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Destacó la incorporación a la legislación interna la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Explicó que estas dos normas, previas a los hechos del caso, nos ofrecen las definiciones relativas a las obligaciones debidas por la administración en todos sus ámbitos, en relación con las mujeres y, en especial, con referencia a la violencia sexual. Aparece en ellas, al igual que en la CADH, la función de garante del Estado para hacer posible el ejercicio y evitar las lesiones a los derechos reconocidos. Concretamente, la Dra. D’Alessio expuso que

El deber de garantía incluye la obligación de adecuar la normativa interna a la norma internacional mediante una suficiente revisión. Y cuando la Corte IDH se ha referido a esta obligación de adecuación ha dicho que se incumple mientras la norma o práctica violatoria continúe vigente y se mantenga en el ordenamiento jurídico (Caso “La Cantuta”, párr. 172).

La intervención del Estado municipal en la habilitación de los clubes nocturnos

La Dra. D’Alessio consideró que, de acuerdo con los hechos probados del caso, la actora civil estaba en condiciones de explotación sexual en el marco del funcionamiento del local –habilitado y controlado por el Estado Municipal– que gerenciaban particulares, quienes eran los autores y partícipes de aquella explotación, de acuerdo con las ordenanzas municipales a las que aludimos en nuestro alegato.

Responsabilidad del Estado por los hechos de los particulares; garante por el “riesgo creado”

La Dra. D'Alessio entendió que resultaba aplicable al caso la “doctrina del riesgo creado” sostenida por la actora civil. En estos supuestos se erige un “deber agravado de protección”, por su intervención previa.

Existencia de índices de riesgo y conocimiento de la Municipalidad

La Dra. afirmó que la “Municipalidad sabía que la actividad que estaba autorizando importaba riesgo cierto sobre la integridad física y psíquica de las mujeres, quienes estaban por las condiciones e índole de la actividad, sometidas, objetivamente, a mayor riesgo de violencia sexual”.

Existencia de riesgo específico y “El cumplimiento tan sólo formal de la obligación de contralor”

Pese a allanamientos públicamente difundidos a otros prostíbulos cercanos, el prostíbulo en cuestión pudo seguir funcionando, incluso reclutando nuevas mujeres, modificando en algo sus prácticas: “pases” por “salidas”; ropa casual y cartera en mano. Conforme la Dra. D'Alessio:

... el actuar sin la debida diligencia debe entenderse conforme los cánones internacionales como un modo de discriminación contra la mujer, en la medida en que se perpetúan políticas, normas y/o prácticas contrarias a los derechos humanos convencionalmente amparados (Recomendación 19 del Comité de la CEDAW). El nivel de riesgo percibido debe ser respondido con acciones positivas y oportunas de protección pues la demora importa discriminación.

Su voto concluyó:

... bajo la forma de responsabilidad por el riesgo creado, la Municipalidad que autorizó el funcionamiento de un comercio que ponía en peligro la integridad de la mujer que “alternaba” en él y no lo controló suficientemente, ni generó cuidados específicos para ello, aun frente al riesgo conocido; y específicamente remarcado por la falla probada de los controles en otro de los comercios del rubro, deberá reparar el daño que reclama la actora. La Municipalidad, al haber dado lugar a la generación del daño por la falta de servicio, es responsable de modo concurrente con

aquellas que lo aprovecharon y resulta en caso solidariamente responsable frente al daño causado y en los mismos términos.

De este modo, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur condenó, por mayoría, a la Municipalidad de Ushuaia, en forma solidaria con los tratantes, al pago de los daños y perjuicios causados a la actora.

Recurso ante la Cámara Federal de Casación Penal

En representación de la querrela y actora civil, interpusimos recurso de casación.¹⁸ El agravio civil se basó en que el Tribunal Oral Federal en lo Criminal de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur recortó temporalmente los perjuicios sufridos dentro de los límites del período tenido en cuenta únicamente en el requerimiento de elevación a juicio efectuado por el Ministerio Público Fiscal (noviembre, 2011-octubre, 2012). Así, desconoció el requerimiento de la parte querrelante y actora civil, que determinó que los hechos objeto de la imputación criminal y resarcimiento civil se extendieron desde marzo de 2010 hasta octubre de 2012. También fue motivo de agravios la errónea la aplicación del artículo 23 del Código Penal (en adelante, CP) relativa al decomiso y al orden de prelación destinado a los bienes.

Así, nos agraviamos por considerar que no existió motivación suficiente respecto a por qué sustrajeron del juzgamiento el período inculminado por la querrela y actora civil, lo que configura una causal de arbitrariedad –que se traduce en la violación del derecho de obtener una reparación integral del daño ocasionado por el ilícito–. El deber de reparar surge desde el momento en que la víctima Kinan fue captada y trasladada al prostíbulo y sujeta al dominio de los tratantes en 2010. Este es el acontecimiento generador del deber de reparar y se extiende durante todo el período en el cual sus derechos permanecieron vulnerados y este hecho continuó.

La actora víctima fue captada, trasladada, recibida, acogida y explotada en el “Sheik”.¹⁹ Allí, quedaba sujeta a los designios de sus dueños, quienes, como método de control y sometimiento, también la

18. Los agravios penales exceden el objeto del presente, en particular se basan en el grado de participación asignado a dos de las condenadas.

19. Prostíbulo donde ocurrieron los hechos del presente caso.

dejaban en la calle, la “trasladaban” con deudas a otro prostíbulo –todo ello mediante la generación de nuevas ganancias producto de esta “operación”– y luego la volvían a captar, en una situación de mayor vulnerabilidad. O le daban meros “permisos” temporales. Así, la víctima, como otras, era regresada una y otra vez al “Sheik”, sin poder liberarse del circuito prostibulario y mantenida con constantes deudas, incluidas las correspondientes al pago de pasajes y multas.

La Municipalidad pretendió, en su recurso de casación, desconocer su responsabilidad, arguyendo que se trataba de actos ilícitos de particulares sobre los cuales no tenía facultad alguna respecto del prostíbulo. O, en su caso, que sólo era responsable el Estado nacional.

Sin embargo, no es verdad que los inspectores no contaban con facultades de prevención. El artículo 19 de la Ordenanza N° 1183 establecía:

Los Inspectores Municipales, en uso del poder de policía, estarán facultados para ingresar a estos establecimientos comerciales, a fin de llevar a cabo inspecciones tendientes verificar la habilitación de local, las condiciones de seguridad e higiene de las instalaciones, el estado de las mercaderías, el control de las Libretas Sanitarias del personal, la observancia de las normas atinentes a moral y buenas costumbres, y toda otra verificación tendiente a hacer cumplir la presente Ordenanza y legislación aplicable. Deberán, ante la constatación de faltas, labrar las pertinentes actas de infracción y conforme a la gravedad de las mismas, estarán facultados para proceder a la clausura preventivamente de los establecimientos, de conformidad a lo previsto por el Decreto Municipal N° 033/89.

Tampoco resulta acertada la afirmación de la Municipalidad sobre que por Ordenanza N° 2919/05 había modificado las exigencias para el apto médico de la Libreta Sanitaria. El artículo 6 de la citada Ordenanza regula aspectos específicos para la “seguridad sexual” de las “alternadoras”, esto es, la siguiente norma sólo tiene sentido si el desempeño supone la práctica sexual explícita:

Los exámenes médicos serán trimestrales para aquellas personas que se desempeñan como alternadoras o personal de bares no tradicionales, whiskerías y/o cabarets, a través de una consulta médica asesorada tendiente a promover el desarrollo de conductas seguras, para lo cual se brindará información sobre infecciones de transmisión sexual, otros riesgos de la exposición laboral, formas de prevención y proveído de métodos de barrera (preservativo masculino) en forma gratuita. Se incluirá

además la obligatoriedad del testeo para VIH, sífilis y la vacunación para Hepatitis B y toda otra correspondiente de acuerdo al calendario anual de inmunizaciones, todo lo cual se realizará en el medio público en forma totalmente gratuita; quedando a criterio del profesional actuante la necesidad de realización de otros estudios.²⁰

Se establecía un sistema diferenciado y exclusivo para quienes eran consideradas “alternadoras”.

Sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal debió entender en los recursos de casación presentados por todas las partes. El voto del juez Slokar –que lideró la sentencia– evaluó los planteos de las partes con analítica rigurosidad y analizó los distintos agravios a la luz de la normativa nacional e internacional. Encontró que las causas de atribución de responsabilidad al Estado municipal invocadas por la actora se encuentran fundadas en la normativa local y en el debido ejercicio del poder de policía referido a la ejecución y cumplimiento de la ordenanza que regulaba la habilitación y funcionamiento de los llamados “clubes nocturnos”, además de basarse en los compromisos internacionales.

Así, describió los agravios esgrimidos por la víctima:

Se estimó que las obligaciones derivadas de las convenciones de derechos humanos imponen al Estado municipal el deber de proteger a las mujeres de violencia y discriminación. Asimismo, se responsabilizó a la Municipalidad por haber habilitado el comercio en el que se explotó sexualmente a la actora civil bajo el rubro “club nocturno”, generando un riesgo de afectación a los derechos de la víctima. De otro lado, se señaló que la regulación de los “clubes nocturnos” daba cuenta de la existencia de indicadores de riesgo de explotación sexual y trata de personas, como también el conocimiento por parte de la municipalidad de concretos factores que permitían colegir la ilicitud y el cumplimiento meramente formal de las obligaciones de contralor, a pesar de los indicios de riesgo para los derechos de las denominadas “alternadoras”.

20. El art. 7 remata: “Las Certificaciones de los Análisis exigidos para la obtención de la Libreta Sanitaria de las personas encuadradas en el Artículo 6, deberán ser otorgados únicamente por el Hospital Regional Ushuaia y Centros Periféricos de Salud que el mismo autorice, y no otorgará a menores de dieciocho (18) años de edad, y que alternen con el público”.

Así, calificó adecuada la invocación de los compromisos internacionales relacionados con las obligaciones vinculadas a la eliminación de la discriminación contra las mujeres, como así también las dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia. Y que

... la incorporación de tales normas en la cúspide del ordenamiento jurídico da cuenta de que la responsabilidad por los daños derivados de la trata de personas con fines de explotación sexual trasciende el conflicto privado entre el autor directo del delito y la damnificada y lo transforma en un asunto de primaria relevancia pública.

Por lo tanto “todos los órganos estatales tienen a su cargo actuar con la debida diligencia para prevenir la trata de personas, por lo que la responsabilidad del ente estatal deviene innegable, a la luz de los incumplimientos evidenciados”. Aseveró:

Deviene evidente que la regulación y la práctica de las autoridades municipales se encontraban en pugna con las normas del Código Penal, al reglamentar la actividad del “responsable del comercio” que según normas internacionales y federales resultaba delictiva, e imponiendo a las víctimas controles y cargas que contribuyeron a profundizar su desamparo y vulnerabilidad.

Subrayó el relato de una víctima, quien “memoró que en una oportunidad reconoció a uno de los funcionarios comunales, quien había acudido como ‘cliente’ al prostíbulo, habiéndola llevado al ‘reservado’”. Como se negó a “atenderlo”, precisamente debido a los tratos humillantes a los que la sometía constantemente durante las inspecciones, el hombre la amenazó con revocar su libreta sanitaria.

Señaló que

... pudo verificarse un aporte estatal al sometimiento de las mujeres explotadas en el local “Sheik”. Ciertamente, la actuación inadecuada de agentes municipales podría ser calificada como específicos ilícitos cometidos por determinadas personas y la atribución de tales conductas a la entidad estatal podría no ser directa.

Pero:

No obstante, tal como surge de sobradas referencias en el proceso, el Estado municipal reforzaba la vulnerabilidad de las mujeres explotadas sexualmente y participaba en el beneficio económico de tal explotación, transformándose en un verdadero “estado rufián o proxeneta” que a su

vez habilitaba un circuito de servicios vinculados con la revisión médica y análisis clínicos que debían realizarse las “alternadoras” periódicamente a fin de obtener y renovar la libreta sanitaria.

Y aseguró que

De todo ello derivaba un costo considerable a cargo de las mujeres que se encontraban explotadas sexualmente en el local “Sheik”, con beneficio económico de la Municipalidad que, a la luz del resultado de la pesquisa, no dirigía sus controles a resguardar a aquellas mujeres, sino que se limitaba a constatar el cumplimiento parcial de la normativa citada, sólo en lo referente a la vigencia de las libretas sanitarias, todo lo cual se encuentra evidentemente en pugna con normas nacionales e internacionales dirigidas a combatir y prevenir la trata de personas.

Consideró aplicable lo dicho por el Tribunal respecto a que

... el control municipal efectuado no solamente mediante la exigencia de controles médicos y presentación de documentación, sino también a través de inspecciones en el lugar en el que se realizaba la explotación, no hacía más que reforzar la autoridad del responsable del local y la desprotección de las mujeres que se encontraban sometidas a condiciones de explotación y vulneración de sus derechos básicos (causa ng FGR 81000828/2012/CFC1, caratulada: “Justino, Horacio Abel y otra s/recurso de casación”, reg. Ng 23/17, rta. 13/02/2017).

El Dr. Slokar mantuvo que la idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil y que

... ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito de derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil [...] no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 306:2030).

Evaluó que la constatación de las infracciones indicaba que la comisión del delito de trata de personas era efectivamente conocida por los funcionarios de la Municipalidad y tolerada institucionalmente. Así, reconoció que, tanto la regulación como las prácticas de los agentes municipales, daban cuenta de la creación y tolerancia del riesgo de

explotación sexual, por lo consideró acertada la convicción en orden a la obligación reforzada de reparación a las víctimas, toda vez que no solamente se omitió actuar con la debida diligencia para prevenir la trata de personas, sino que –contrariamente a los deberes convencionales– se reforzó desde el Estado la desprotección de las víctimas.

En cuanto al período reclamado por la actora, el Dr. Slokar concluyó:

... asiste razón a la actora en punto a que los viajes y hospitalizaciones no pudieron suponer una interrupción de su victimización, habida cuenta que aquellas autorizaciones contribuían a perpetuar la disciplina y el endeudamiento que mantenía a la damnificada en su situación de vulnerabilidad.

En definitiva, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, respecto del agravio civil, resolvió en cuanto a la responsabilidad del Estado municipal, y el período que debía ser tenido en cuenta para la reparación, así como respecto de la aplicación de los artículos 23 y 30 del CP, la Sala II –en forma unánime– rechazar el recurso interpuesto por las defensas de los condenados y el representante de la Municipalidad de Ushuaia; hacer lugar al recurso de la actora civil; disponer que los bienes decomisados debían destinarse al pago de la indemnización de Alike Kinan, y remitir la causa a su origen a fin de que se fijara un nuevo monto indemnizatorio, con ajuste al período reclamado en la demanda inicial.²¹

Este caso constituye un precedente en la materia. Se pretendió exhibir las características específicas y las respuestas en las distintas instancias judiciales por considerar que tiene el potencial de replicarse en otras jurisdicciones y promover que el Poder Judicial, como garante de los compromisos asumidos mediante la suscripción de obligaciones internacionales, asuma un rol crucial en la lucha contra la trata de personas y en la protección de sus víctimas.

21. En cuanto a los agravios penales, resolvió rechazar los recursos interpuestos por las defensas de los condenados, hacer lugar al recurso de la querrela y remitir las actuaciones al tribunal de origen para el dictado de un nuevo pronunciamiento con los alcances de la sentencia de la Casación.

A diez años de la Ley de trata: avances y desafíos*

Soledad de León**

Acaba de aparecer Micaela.

Mañana nos reuniremos con su madre y padre, para ver si había indicadores de estar frente a un caso de trata de mujeres. Pienso en el último mes: este es el tercer caso. Pienso en la ironía de que esta noticia me encuentre sentada escribiendo este capítulo de libro: un análisis de la ley de trata, a 10 años de su sanción. Pienso en las pibas. Pienso en Micaela, en su estado de shock, en las pocas palabras que le pudo relatar a su madre sobre lo vivido. Intento volver al texto. No puedo. Tengo las palpitaciones disparadas. Nos siguen desapareciendo. Y no es ficción.

Argentina ha sido y sigue siendo pionera en la región y a nivel global, por la sanción de legislaciones que promueven el respeto máximo de los derechos humanos.¹ Fue el primer país del mundo en sancionar una ley que condenara la explotación sexual y la trata de personas: la Ley Palacios, de 1913. Sin embargo, las evidencias nos muestran que tanto hace 100 años como en la actualidad, el Estado sigue teniendo deudas pendientes a la hora de la implementación de estas leyes. Julio L. Alsogaray refería sobre la ley de 1913:

Esa ley, que fue registrada bajo el número 9143, se denomina comúnmente “Ley Palacios” y sus disposiciones tienden a reprimir el ejercicio de la prostitución en beneficio de terceros, o cuando se practique por

* Referiremos en este artículo solamente a la trata de mujeres, travestis y trans con fines de explotación sexual. No se incluirá la trata con fines de explotación laboral.

** Especialista en Políticas Públicas y Justicia de Género por CLACSO. Licenciada en Trabajo Social por la Universidad Nacional de Córdoba. Becaria doctoral CONICET en el Instituto de Desarrollo Social de Santiago del Estero. Integra el grupo de investigación Género, política y derechos. Se desempeñó como trabajadora social en la Secretaría de Asistencia y Prevención de la Trata de la provincia de Córdoba (2013-2014) y desde entonces investiga la temática. Miembro activo de Fundación Plurales, en las áreas de Equidad de Género y Democratización de Recursos Naturales.

1. Ejemplo de esto son la Ley de Cupo Femenino, Ley de Identidad de Género y Ley de Matrimonio Igualitario, entre otras.

menores de edad. Sin embargo, una vez en vigor, con las modificaciones introducidas al proyecto original, sus alcances distaron de surtir los efectos que el autor se propuso, ya que reiterados fallos judiciales demostraron su inocuidad.²

Por casi dos siglos Argentina ha oscilado entre legislaciones abolicionistas y reglamentaristas,³ hasta finalmente adherir al modelo abolicionista al aprobar el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños en 2002, y sancionar la Ley N° 26364 de prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas en 2008. Esta ley fue modificada en 2012, cuando se la reemplazó por la Ley N° 26842.

Los diversos movimientos de mujeres y feminismos se ven siempre enfrentados a resolver la dificultosa tensión entre el reconocimiento de derechos por parte del Estado y la lucha contra su génesis patriarcal. La ley de trata no escapa a esta tensión. ¿Podemos confiar en el Estado, primer productor de desigualdades y explotación? A diez años de su sanción, resulta necesario reflexionar no sólo sobre los logros y desafíos aún pendientes en la búsqueda de una vida libre de explotación sexual, sino también en los límites del Estado, lo que no estamos dispuestas a negociar y lo que todavía le debemos y podemos exigir. Sobre la Ley N° 26364 y sus modificaciones, encontramos numerosos y valiosos trabajos,⁴ dentro de los estudios de género que la analizan en profundidad. Es por esto que con la intención de realizar un aporte distinto y complementario, he decidido centrar el trabajo en algunos aspectos de la implementación de esta ley.

En la búsqueda de posibles respuestas, este análisis da lugar a una polifonía que puede relatar en primera persona esta parte de nuestra

2. Alsogaray, Julio L., *Trilogía de la trata de blancas: policía, rufianes, municipalidad*, Buenos Aires, Editorial Tor, 1933, pp. 111-112.

3. Chejter, Silvia, “El camino de Buenos Aires. Prostitución, ayer y hoy”, en *Revista Mora*, N° 2, Vol. 15, Buenos Aires, 2009.

4. Por ejemplo: el capítulo del libro “Relevamiento normativo en materia de prevención y sanción del delito de Trata de Personas y de organismos estatales articulados” de Antonela Ghezzi en *Trata de personas: políticas del Estado para su prevención y sanción* (Zaida Gatti... [et al.], Buenos Aires, Infojus, 2013); varios capítulos del libro *Se trata de nosotras* (Las Juanas Editoras, Cuadernos de Sudestada, versión de 2013) y Maffia, Diana; Moreno, Aluminé y Moretti, Celeste (comps.), *Género, Esclavitud y Tortura: a 200 años de la Asamblea del año XIII* del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2014), entre otros.

historia. Dialogo en este texto con las palabras de Graciela Collantes,⁵ Beatriz Chicone⁶ y Florencia Guimaraes García,⁷ como sobrevivientes de trata y prostitución; Zaida Gatti en su rol de coordinadora del Programa Nacional de Rescate; y Soledad Sosa, como trabajadora social de la Subsecretaría de Asistencia de la Trata de Personas de la Provincia de Córdoba.

Poniéndole límites a la cosificación de la vida

Fue sorprendente para mí descubrir en estos diálogos emprendidos para pensar este artículo que en mis notas preliminares había obviado por completo un punto central, al momento de hablar de los logros de la ley: la sanción de la ley en sí misma implicó el primer logro en este camino.

Intentando comprender por qué no había contemplado la ley como primer logro, apelé a mi memoria, al año de la sanción, y la respuesta apareció clara: devine feminista con esa ley ya sancionada.

En palabras de Graciela Collantes:

¿Qué hubiera pasado si las propias mujeres que estaban afectadas por este sistema no se hubieran levantado y empezaran a hacer una resistencia? Y pasar todo lo que significa este proceso en los 90, porque perseguidas para salir a la marcha nos poníamos máscaras, sobretodos hasta las rodillas... pero ya nos conocían. Entonces, amenazar a las mujeres que trabajan conmigo, a la gente que se acercaba a nosotras y perseguir al colectivo más... “Miren lo que les va a pasar si se rebelan”. [...] Después de haber puesto a la policía por ahí en su órbita, con denuncias, y que nos expusimos mucho... Es más, nosotras somos las primeras sobrevivientes de trata que no nos toman ninguna denuncia... Porque ¿quién nos iba a tomar? ¿Los mismos comisarios que nos cobraban? Entonces han pasado tantos años, y hemos luchado junto a demás organizaciones para tener una ley de trata hoy. Pero ya prescribió la causa. No podemos denunciar al Estado nosotras. En cambio las nuevas generaciones ya pueden denunciar...

5. Expresidenta de la Asociación de Mujeres Argentinas por los Derechos Humanos (AMADH).

6. Promotora de Salud de AMADH.

7. A diferencia del resto de las personas mencionadas, Florencia Guimaraes no ha sido entrevistada por mí. Su testimonio es tomado de Guimaraes García, *La Roy. Revolución de una Trava*, Buenos Aires, Ed. Puntos Suspensivos, 2017. Es activista travesti, militante del Partido Comunista e integrante de Furia Trava.

Respecto a la sanción de la ley, Zaida Gatti comentó:

Cuando se sancionó la ley, en 2008, sí había dos críticas muy profundas, una tenía que ver especialmente con el consentimiento de las víctimas mayores de edad; y la otra tenía que ver con las penas que eran bajas, por lo menos con la que era excarcelable. Esto claramente era una ley que no se iba a sancionar de otra manera. Por eso nosotros, desde el lugar que ocupábamos en ese momento desde el Poder Ejecutivo, la verdad es que tratábamos de instar a toda costa que esa ley saliera, porque había una necesidad que se estaba viendo y ya habíamos tenido casos previos a la sanción de lo que significa el delito de trata como delito interjurisdiccional. Porque había muchos casos en que terminaba la competencia del juez o jueza de instrucción, y las víctimas quedaban a la deriva. Y como las redes de trata, tenemos bien claro cómo se mueven... Y no lo tenemos claro desde ahora, lo tenemos claro desde la primera ley, desde la primera banda desbaratada de la Zwig Migdal. Con lo cual este traslado de jurisdicción en jurisdicción, ni siquiera digo de provincia en provincia, hacía que las redes de trata pudieran tan libremente actuar y tan a la vista de todo el mundo. A esto sumale la implementación de la ley en 1937, que jamás fue respetada por ninguna provincia, porque todas las provincias tenían una ordenanza municipal que habilitaba las libretas sanitarias, habilitaba los cabarets, habilitaba que las mujeres se hicieran los estudios de HIV para servirse hasta una Coca-Cola. Si no se sancionaba esa ley, no íbamos a poder avanzar.

Sobre la primera versión de la ley (de 2008), los puntos centrales que destacó Zaida Gatti a lo largo de la entrevista fueron: la federalización del delito, la no punibilidad de las víctimas que están en situación de trata, la posibilidad de comenzar con la capacitación a fuerzas de seguridad, equipos técnicos y Poder Judicial, y finalmente la posibilidad de que las víctimas comenzaran a conocer sus derechos:

También teníamos una justicia que estaba con falta de capacitación absoluta, falta de sensibilidad para con las víctimas, y también viéndolas desde un estrato totalmente superior. Las víctimas para los jueces federales en ese momento eran bichos raros, eran personas de otra naturaleza, de otro estatus social, eran mujeres pobres, eran mujeres inmigrantes, que les hacían perder el tiempo “porque cambiaban todo el tiempo su discurso”, bueno... Todo eso nosotros escuchábamos en las primeras declaraciones testimoniales de las víctimas. Incluidos todos los calificativos discriminatorios que puedas imaginar respecto de la nacionalidad de las víctimas, y las preguntas incómodas que se les hacían a las víctimas en relación con su vestimenta, en relación con la autonomía,

o sea... Como había que explicar, y nosotras lo podíamos hacer porque teníamos una ley que nos amparaba, podíamos explicar qué significa realmente la autonomía de una víctima. [...] Se empezó a capacitar a las fuerzas de seguridad, a los equipos interdisciplinarios. Con el Ministerio Público se trabajó mucho [...] Y con el Poder Judicial, lo que pudimos. Y seguimos. Siempre ha sido el obstáculo más grande.

En relación con la modificación de 2012, Gatti resaltó la importancia de quitar el consentimiento como causal de exención de la pena, también el aumento de las penas (retomaremos este punto en el siguiente apartado) y la incorporación de la cámara Gesell como medio de declaración testimonial.

Graciela Collantes, al igual que Zaida Gatti, menciona el proceso de conocer sus derechos como víctimas, descubrir el marco normativo que las protegía. También habló del rol pedagógico que emprendieron como organización, de ir formando acerca de sus derechos a las compañeras que estuvieran en situación de prostitución. Sobre esta cuestión, destacó Collantes:

Y entendimos que este país es abolicionista. ¿Y qué es el abolicionismo, no? Donde dice que las prostitutas o las víctimas de trata o de explotación sexual tienen derecho. “¿Que qué?”, le decía yo a la abogada y no lo podía creer [...] ¿Que tienen derecho a qué? “Tenés derecho a esto, tenés derecho a una vivienda...”. Tenés derecho... ¡Me estás cargando! Era la cosa de los derechos. Porque imagínate que veníamos de un mundo... Mientras tanto, fuimos aprendiendo. Digo, el abolicionismo lo conocemos hace poco, ¿me entendés? No es que empezamos por eso. Fue un proceso de muchos años. Que está bien, está bien, teníamos derechos [...] Pero no sabíamos las leyes, los tratados internacionales que nos protegían... Claro, decirles a las compañeras “nadie te tiene que cobrar un peso”. Este país es abolicionista y el Estado te tiene que amparar. Nadie te puede llevar detenida. No le tenés que pagar ni al milico ni al proxeneta ni a la que te quiere cobrar la parada ni nada. Y es hacer un trabajo...

Otro aspecto es el proceso de aplicación de la ley en articulación con otras instituciones del Estado. ¿Qué cambió? El resto de las instituciones del Estado, ¿tienen conocimiento de que llevamos diez años con esta ley?

Soledad Sosa resaltó, en relación con la articulación entre la ley y su aplicación por parte del Estado:

Me parece que más allá del abordaje de cada institución del Estado, la ley genera un marco normativo a partir del cual se detecta la presencia de este

hecho delictivo, la presencia de esta presunta víctima y, por ende, se tiene que canalizar. Sin ese marco, o sin esos derechos, el abordaje en el marco de las otras instituciones por las que una persona víctima de trata puede atravesar existiría de una manera sumamente distinta, iatrogénica... Lo cual no significa que con la existencia de la ley no suceda. Pero sí que con el transcurso de los años hemos podido tener más intervenciones ante la canalización de casos por parte de distintas instituciones, después de haber conocido qué hace la Secretaría de Trata, de qué se encarga, cuáles son los derechos de las víctimas... Es un proceso largo. Ahora nos damos con muchos más casos, por ejemplo, en hospitales, que tres años atrás. O nos damos con muchos más casos con la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF), por ejemplo, donde las profesionales valoran integralmente la situación cuando pueden estar frente a un posible caso de trata, y nos convocan de manera inmediata. Nos pasó hace poco un caso en que otra institución del Estado recibió a una víctima de trata, donde ella comentaba su situación, de la que se infería que su pareja la explotaba, pero como era una madre que tenía sus hijos en condiciones muy deterioradas, dieron intervención únicamente a SENAF por la situación de los niños, haciendo una denuncia penal a la mujer. Y SENAF, cuando recibe el caso, registra la situación de trata de la mujer y nos da intervención a la Secretaría de Trata. Entonces cómo la articulación previa, que hemos tenido por otros casos, les ha permitido tomar herramientas para una lectura mucho más integral y compleja de la situación, y poder hacer la derivación correspondiente, que la otra institución no hizo. El marco normativo es, para mí, importantísimo, porque son las garantías que no sólo te permiten iniciar un proceso judicial, sino también poder actuar y garantizar justamente los derechos de las víctimas.

Sin dudas –lejos de caer en un fetichismo legal–, queda de manifiesto que la ley de trata implicó un proceso a nivel de la construcción de subjetividades, previo y posterior a su sanción. Necesitó de un pujante movimiento de mujeres que ubicó la problemática en la agenda pública y trajo aparejado, después, cambios de sentidos, resemantizaciones, la necesaria adecuación a la nueva legislación y la incorporación de nuevos marcos de comprensión del fenómeno. Muchos de estos cambios se han emprendido con serio compromiso –y múltiples dificultades– por parte de los equipos técnicos que ocupan las instituciones específicas para abordar el tema. Otros se han dado de la mano de las mismas mujeres sobrevivientes, por su lucha y compromiso militante.

Nunca estos procesos se dan del modo y en los tiempos que los movimientos de mujeres y feminismos reclamamos, pero indudablemente el poder enunciativo de la Ley N° 26842 deja en claro lo que no estamos dispuestas a negociar: las mujeres, travestis y trans no somos mercancías. Las mujeres, travestis y trans tenemos derecho a una vida libre de explotación sexual. Rita Segato refiere: “Una contra-pedagogía de la crueldad trabaja la consciencia de que solamente un mundo vincular y comunitario pone límites a la cosificación de la vida”.⁸ Como se observa, sus palabras inspiraron el título de este apartado. Las contrapedagogías son pensadas por la autora como iniciativas que refuerzan la trama vincular de la sociedad por fuera del Estado, por lo que no se comprende que la ley lo sea. Pero sin dudas, resulta sumamente poderoso que dentro del mismo Estado patriarcal existan dispositivos que le pongan un límite, que declaren otra forma de vida posible.

Alsogaray ya advertía allá por 1930 sobre la inocuidad de los fallos del Poder Judicial argentino en relación con el proxenetismo que perseguía la Ley Palacios. La pregunta es si 100 años después, la situación es distinta. Y sobre todas las cosas, qué impacto ha tenido para las mujeres, travestis y trans, víctimas y sobrevivientes de trata y explotación sexual la sanción de la Ley N° 26842. Porque esta no sólo busca prevenir y perseguir el proxenetismo, sino que además plantea un componente de asistencia y reparación a las víctimas.

¿Qué pasa después?

Sin mucha dificultad, podemos identificar que aquí radica uno de los puntos neurálgicos del accionar del Estado con relación a la problemática. Estar a la altura de las circunstancias de lo que implica el proceso de reinserción de las víctimas de trata en el tejido social –ya resquebrajado–. Y a la vez, nos seguimos preguntando: ¿acaso el Estado patriarcal puede hacer esto?

Sobre las implicancias de la reinserción de las víctimas de trata, Beatriz Chicone testimonió:

Me costó mucho salir de la calle porque yo dependía de eso. Todos los días un par de clientes, y a mí me salvaba de darles de comer una olla a

8. Segato, Rita, *Contra-pedagogías de la crueldad*, Buenos Aires, Prometeo libros, 2018, p. 16.

mis hijos, ¿me entendés? Les tenía a mis hijos esa comida. Porque si yo te iba a pedir un trabajo a vos, vos no me lo ibas a dar... Porque, porque... No tenía una... ni estudios, no tenía formación, y currículum, ¿de dónde te lo iba a dar? De cada esquina que estaba parada. Yo decía, ¿no?

A su vez, Graciela Collantes agregó:

Si ha estado 20 años dentro del sistema, cómo te pueden venir a pedir [...]. Te clasifican como otra que tuvo oportunidad de estudiar, otra persona. No como con todo el daño y la historia con que venís detrás. Entonces, hay cosas para discutir y profundizar en las políticas públicas, ¿me entendés? [...] Entonces, si no tenemos esa mirada integral, digo, de que no es lo que le pasa en el prostíbulo nada más, sino lo que le pasa las 24 horas del día. [...] Porque eso es lo que hace la violencia... Es [...] sacarte la autoestima. Entonces, recuperar necesita un proceso... Eso es lo que nosotras planteamos. Respetar los procesos de las compañeras...

Porque muchas compañeras también, mujeres que vienen a AMADH [...], una especialmente que la conocemos hace muchos años, que está estudiando en nuestro centro, ella tenía que pagar su casita, y encima como no sabía leer ni escribir, pagó el pagaré en dólares, entonces era mucha plata. Así que se mata ella, no duerme, se prostituye, después cuida enfermos, bueno, hace de todo... Para poder juntar esa plata, porque tiene cuatro hijos. Y resulta que dice este ya es el décimo prostíbulo donde les allanaban y les sacaban los celulares, les sacaban las cosas, entonces, una vez dice que le dijo la trabajadora social: “Otra vez te encuentro a vos”. “Y sí, necesito trabajar. Ayúdame a conseguir un trabajo”, le respondió ella. Dice que le puso la mano, le puso la mano acá [se señala el hombro] y le dice: “Yo en eso no te puedo ayudar”. Y ahí es donde está la crítica nuestra. Que no es la prohibición de todo, porque si no, como reclaman las mujeres, es una mayor clandestinidad. Y a lo que a nosotros nos da... Si nosotras con poco podemos transformar algunas vidas, imaginate lo que puede ser cuando haya una política de Estado.

“Que sepa coser, que sepa bordar”

Graciela Collantes resalta la problemática que afronta la víctima de trata con respecto a las políticas del Estado para incorporarlas al mercado laboral:

Los primeros tiempos cuando íbamos a golpear las puertas y decir “hola, queremos salir de la prostitución”, nos daban una máquina de coser, y

siempre que vayamos a aprender a coser. Claro. Después aprendimos, hicimos unos cursos lindos, que a muchas les sirvió aprender a coser [...] Pero bueno, después nos fuimos dando cuenta de que la costura no es un mercado que podés competir justamente acá,⁹ ¿me entendés? Hay que discutir otra formación laboral. Pero esto nos llevó años, porque llegar al Ministerio de Trabajo, te digo en el 2004, 2005, me acuerdo que fuimos con mis compañeras, ya nos decían las mormonas, porque andábamos con una valijita y caminábamos días y noches por acá... [risas]. Sí, andábamos con Sonia y eran las 12 de la noche, y yo andaba por acá por Flores, por todo. Y después, al otro día, nos levantábamos por los ministerios... Pero... muy taradas ¿me entendés? Pero bueno, eso de no saber, y de decir “¿sabe qué?, que nosotras necesitamos esto, por favor”.

Florencia Guimaraes García agrega:

¿Qué hacen los gobiernos? ¿Qué toman como políticas públicas? Mandarnos a hacer un cursito donde nos pagan \$250 de viáticos (hasta los 28 años). Así empecé a estudiar fotografía, haciendo un curso de formación profesional del Ministerio de Trabajo, aunque a mí no me pagaban porque ya era mayor. Supuestamente con eso, una tiene salida laboral. ¿Qué salida laboral? Ninguna, cuando salimos de ahí, tenemos que ir a pararnos para comprar las cosas que necesitamos para hacer el curso y la vida cotidiana. Son lavadas de cara que hacen los gobiernos, una política pública abolicionista real hace capacitaciones con un sueldo real, donde podamos pagar el alquiler, comer, mandar a lxs pibxs al colegio, y después el Estado garantiza que tenga un puesto laboral. Eso no existe. Te dan un subsidio de dos monedas. ¿Qué hace una persona con eso?¹⁰

Individualizar, focalizar, reducir, simplificar: la eficaz política para que nada cambie

Es importante agregar que en ninguna provincia existe alguna política del Estado destinada a la asistencia integral de mujeres en prostitución que quieran dejarla. Sólo existen programas de asistencia para las mujeres que han sido víctimas de trata. En algunas, directa-

9. Ese “acá” refiere al barrio de Flores de la Ciudad de Buenos Aires, donde nos encontramos en el momento de la entrevista. En ese barrio se ubican todas las casas de venta de ropa mayorista. Este barrio es considerado “zona roja”.

10. Guimaraes García, Florencia A., *La Roy: Revolución de una Trava*, op. cit., p. 53.

mente no existen programas que comprendan la reinserción social de las víctimas posterior al rescate. Un ejemplo es la provincia de Santiago del Estero, donde la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia es el punto focal a nivel nacional, pero no cuenta con ningún programa específico para las mujeres víctimas de trata; intervienen cuando les convocan, pero no tienen presupuesto para una asistencia integral.¹¹

El hecho de que las mujeres en prostitución y/o que han sufrido explotación sexual no puedan acceder a programas de asistencia específicos que contemplen la realidad que han vivido me lleva a pensar que quizás no son lo “suficientemente merecedoras” de asistencia del Estado. La trata de personas y la explotación sexual son dos delitos distintos, pero el primero siempre incluye al segundo;¹² y la prostitución no es delito. Ya sea en la esquina, en un cabaret o en un privado, todas las mujeres circulan por los mismos espacios y están inmersas en el mismo sistema prostituyente.

Como refiere Marcela Rodríguez: “No estamos hablando de un hecho particular, aislado, singular. Entender la prostitución como acto individual, de una mujer individual, esconde los alcances del carácter sistemático, organizado e institucionalizado de la prostitución”.¹³ Entonces esto revela una construcción del problema, en la que la forma de llegar a esa situación te convierte en merecedora o no de asistencia. ¿Qué pensaríamos si al ingresar a una guardia de un hospital nos preguntaran cuál fue el modo en que llegamos a necesitar asistencia médica? Por ejemplo: “¿Usted está con neumonía porque salió desabrigoado, o porque no tiene dinero para calefaccionar su casa?”. Suena ridículo. Por consiguiente, establecer una distinción entre mujeres víctimas de trata y mujeres víctimas de explotación sexual/en prostitución a la hora de recibir asistencia del Estado es individualizar el problema y devela el carácter meritocrático de la política pública.

11. Realicé una entrevista en 2017 a dicha dependencia, donde relataron esta situación.
12. Cabe aclarar que la ley establece la existencia del delito aunque no se haya consumado la explotación, siempre y cuando pueda probarse que la finalidad fuera esta. Esto tiene por finalidad poder juzgar casos en los que el recate de la víctima ha sido en una etapa previa a la explotación.

13. Rodríguez, Marcela, “Formas contemporáneas de esclavitud y tortura. Una mirada desde las vidas de las mujeres”, en Maffia, Diana; Moreno, Aluminé y Moretti, Celeste (comps.), *Género, esclavitud y tortura: a 200 años de la Asamblea del año XIII*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2014, p. 92.

Vivimos en un sistema social que transforma la percepción de los problemas sociales en problemáticas organizadas alrededor de las causalidades individuales. Esta falacia requiere ser desmontada, por eso resulta importante argumentar que las demandas puntuales que nos llegan a la profesión,¹⁴ si bien remiten a situaciones singulares, están articuladas a explicaciones histórico-estructurales.¹⁵

Otra reflexión que emerge de las palabras de Graciela, Beatriz y Florencia es que los programas que ya existen revelan serias limitaciones en su aplicación (tanto los específicos en el marco de la Ley N° 26842 como los de múltiples ministerios). Generalmente, reducen el problema a una cuestión de “oportunidades” vinculadas linealmente a la capacidad de acceder a un empleo y la respuesta es siempre la misma. Se ofrecen cursos de capacitación laboral enlatados, estereotipados (costura, manicura, peluquería, maquillaje), sin ninguna articulación para una posterior reinserción laboral, a lo sumo en algunos casos se otorgan recursos para microemprendimientos. Lo más importante es que al reducir el problema a una cuestión individual de acceso al trabajo, no se abordan los condicionantes estructurales que llevaron a esta persona a esa situación, las condiciones materiales de existencia en lo inmediato, la precariedad de la vida, los procesos emocionales y simbólicos que implican haber estado en situación de prostitución, explotación sexual, y ni hablar si estamos frente a víctimas de trata. Graciela aborda esta problemática:

Entonces otro de los factores que impactó en el tema de la prostitución es la crianza de nuestros hijos. Que la mayoría en esa época se crió con los proxenetas. También lo que nosotras decimos: que se ha criado la mayoría, y que ha afectado a muchos, les ha afectado psicológicamente, porque también han naturalizado que la mamá tiene que traer la plata, era golpeada si no traía la cantidad de plata, nunca iba a la escuela [...]. Nosotros incentivamos mucho ahora que el culpable es el resto. Si nosotras estábamos en prostitución, nos tenemos que prostituir, no somos las responsables. Hay un sistema que nos empujó a eso.

14. Refiere al trabajo social.

15. Lera, Carmen Inés, “Mérito y desigualdad. Algunas cuestiones para pensar las intervenciones profesionales en el neoliberalismo contemporáneo”, en *Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*, N° 13, año 7, Buenos Aires, 2017, p. 28.

Beatriz agrega:

Y los niños son, ahora, proxenetas. Esos mismos niños, de las mismas madres que pasaron por eso, muchas mujeres que he visto yo, que los mismos hijos fueron criados por tipos que la criaron a la madre. La novia que tiene ahora, tiene que trabajar para esos chicos. Y así, el hijo, el sobrino, el tío, la madre, la tía, la abuela, todos.

Como vemos, la trata de personas y la explotación sexual son realidades que contemplan múltiples aristas; esto se diluye cuando se aborda sólo el delito y no la problemática. El abordaje de la problemática implicaría, por ejemplo, trabajar con las familias de las víctimas cuestiones como las que mencionan Graciela y Beatriz en estos testimonios. También implicaría trabajar acerca de la reproducción de estereotipos de género que fomentan la idea de que las mujeres son objetos que se compran, venden y consumen. Promover nuevas masculinidades y problematizar la figura de los prostituyentes. Perseguir y desmontar las redes y connivencias estatales. Realizar capacitaciones permanentes en todas las dependencias del Estado que brinden herramientas para identificar indicadores de trata y explotación sexual. Una búsqueda para aplicar la educación sexual integral, para desmontar el amor romántico, que genera las condiciones para la captación por enamoramiento. Implicaría tener una política pública que acompañe los procesos de las mujeres, sus tiempos, sus reconstrucciones subjetivas y emocionales. Garantizar la reparación, los decomisos de bienes de tratantes y la real existencia del fondo para víctimas que prevé la ley. La lista es larga, basta con escuchar las demandas de las personas víctimas del sistema prostituyente para tener una mirada más completa.

El carácter simplista y reduccionista de las políticas públicas de asistencia a mujeres, travestis y trans, víctimas de trata, es burlesco: "que sepan coser, que sepan bordar, que sepan abrir la puerta para salir a trabajar..." (e insertarse en el mercado, donde se resolverán todos sus males).

El Poder Judicial y la lucha contra la trata

Zaida Gatti pone en palabras la inexperiencia por parte de la actuación del Poder Judicial en relación con los delitos de trata:

Porque los jueces lo que acostumbraban a hacer, por experiencia directa te lo digo en primera persona... Nosotras íbamos a acompañar a una víctima a prestar declaración testimonial y me han llamado más de una vez al despacho, en privado, para preguntar cómo era la situación... Bueno, en realidad, lo que encubiertamente te estaban pidiendo era una capacitación antes de [...] Pero si vos armabas una capacitación, los jueces no iban. Esto también era importante. Porque después había que llevar a juicio y había que defender [...] El juez que tenía que elevar eso a juicio oral, tenía que tener un argumento...

El tema de las penas es otro tema a discutir mucho [...] No podés poner una pena muy alta, y si no la cumplen y no es de cumplimiento efectivo, tampoco sirve. A mí me parece que la pena tiene que ir acorde a lo que tiene que ser sancionado. Yo les daría lo máximo. Pero adentro de la cárcel. En el caso del juicio de Marita, se hizo por segunda vez [...] Y la segunda vez le dieron 22 años, y uno de los hermanos Chenga, que era uno de los principales, al mes había presentado una caución de \$ 100.000 [cien mil pesos], me acuerdo en ese momento, y a los 10 días estaba en su casa en La Rioja. Y la verdad, esa gente no cambia de rubro. O sea, no se puso un taller mecánico y se puso a arreglar autos. Ese tipo hoy en día sigue explotando mujeres en La Rioja y en la región seguramente. Esto es una crítica, pero más que nada para el Poder Judicial. Porque la ley puede decir cosas maravillosas, pero si no se aplica, es un papel.

El escaso manejo de la Ley N° 26842 por parte del Poder Judicial es un aspecto que obstaculiza su aplicación efectiva. Los equipos técnicos que asisten durante los juicios, ya sea con informes –como testigos/as– o como equipos técnicos de asistencia a víctimas al momento de prestar declaración testimonial, vienen realizando en cada una de esas acciones una tarea de formación a funcionarias/os del Poder Judicial sumamente necesaria. Esto es parte de lo que anteriormente refiero como procesos de construcción de subjetividades posterior a la sanción de la ley. Aunque podemos afirmar que existen algunas excepciones de juzgados con verdadero conocimiento de la ley, y un

compromiso por aceitar las articulaciones interinstitucionales, para un mayor reconocimiento de los derechos de las víctimas.

Lo referido a las penas excede las posibilidades de este artículo. Sin embargo, considero necesario mencionarlo porque las palabras de Zaida ponen en evidencia la necesidad de revisar la estructura del Poder Judicial, que cuenta con una ley que después no hace cumplir. Y como refirió Diana Maffía respecto al primer juicio de Marita Verón:

El tribunal, en el caso más emblemático del país sobre este delito, no sólo dio un mensaje a las víctimas [...] sino fundamentalmente a los tratantes: en esta provincia (y como el delito es federal, en todo el país) pueden hacer sus negocios tranquilos.¹⁶

Por el poder expositivo que tienen las acciones del Poder Judicial en la ciudadanía en general, van configurando los límites y las posibilidades dentro de cada Estado. Aquí radica uno de los nodos centrales del “hecha la ley, hecha la trampa”. Porque de nada sirve tener una ley que condena el proxenetismo, si existe ya al interior de la institución que se encarga de aplicarla una trampa para burlarla.

Esta reflexión nos lleva a cuestionar profundamente las estructuras de este Estado patriarcal. Porque es este mismo Estado el que genera y reproduce las condiciones estructurales de vulnerabilidad, a partir de las cuales las mujeres quedan expuestas a redes y circuitos de explotación.

Como destacué en el comienzo del trabajo, la Ley N° 26842 posee un enorme poder enunciativo sobre el límite al Estado –y la sociedad– sobre la cosificación de los cuerpos de las mujeres, travestis y trans, pero hasta que no toque las fibras del capital, no ofrezca verdaderas alternativas y proyectos de vida a las sobrevivientes, no encarcele a las/os verdaderas/os responsables de estos delitos, y una vez que lo haga, respete el cumplimiento de esas penas, termina siendo una trampa: porque nos endulza con su mera existencia, pero no cambia las condiciones de vida de las mujeres, travestis y trans.

16. Maffía, Diana, “La trata con fines de explotación sexual como un modo de esclavitud”, en Maffía, Diana; Moreno, Aluminé y Moretti, Celeste (comps.), *op. cit.*, pp. 67-76.

Reflexiones finales. ¿Podemos confiar en el Estado, primer productor de desigualdades y explotación?

El Estado es patriarcal, colonial, generador de desigualdades y explotación, me cuesta creer que podamos esperar otra cosa diferente. Pero también conocemos algunos espacios estatales que, cuando fueron ocupados por personas con mirada crítica, ética y humana, han logrado impactar en la vida de muchos, acercando justicia y reconocimiento efectivo de derechos. Por más que el escenario no resulte alentador, no por esto vamos a abandonar la disputa, ni dejaremos de buscar ponerle límites a su avance depredador. Pero la consciencia y conocimiento de su genealogía nos habilita a estrategias menos ingenuas.

En el libro *Travestis, mujeres transexuales y tribunales: hacer justicia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Claudia Korol se refiere a la necesidad de atravesar las prácticas jurídicas con pedagogía feminista. Dice: “la deconstrucción del poder patriarcal en el ámbito de la justicia requiere de la interpelación no sólo conceptual y académica, sino de la experiencia del activismo feminista”. La lectura de esta frase me llevó a las palabras de Beatriz Chicone respecto de su tarea como promotora de salud en AMADH:

Si alguna chica tiene algún problema, con el cómo se llama... Con infección, voy y saco un turno con el infectólogo. Le hablo, primero le preparo al infectólogo. Le digo “esta es una chica que es víctima”, o en situación de calle, y ya saben cómo manejarse. [...] Tenemos que ir a los distintos médicos, hablándole al médico, para que sea amigable, que nos pueda atender, les voy explicando.

Claudia Korol invita a pensar la pedagogía feminista como herramienta para la deconstrucción del poder patriarcal, en cualquier ámbito del Estado. El relato de Beatriz da cuenta de la necesidad y la fuerza de esta forma de ocupar los espacios, de penetrar y limitar las lógicas del mismo Estado, de recuperar la empatía, en un sistema que ha perdido su capacidad de construir lazo social.

Rita Segato plantea que existen dos proyectos históricos en el mundo: el de las cosas, el proyecto funcional al capital, que genera individuos, y el proyecto histórico de los vínculos, que produce comunidad.¹⁷

17. Segato, Rita, *op. cit.*, p. 16.

Su propuesta, a la cual adhiero, nos invita a vivir de un modo “anfibia”, apostándole al proyecto histórico de los vínculos, poniéndole límites a la cosificación de la vida, disputando lo que podemos dentro del Estado, pero sabiendo cuál es su límite, en función de su génesis.

Confío en que la Ley N° 26842 puede adquirir más cualidades del proyecto vincular, en la medida en que incorpore no sólo la voz, sino a las mismas mujeres en prostitución y sobrevivientes de trata como partícipes activas de su aplicación. Porque sin dudas, después de haber transitado esos caminos de daño, explotación y tanto dolor, si hay alguien que sabe cómo se hace para reconstruir lo que está desgarrado, son ellas. Porque no sólo se han reconstruido a sí mismas, sino que han logrado crear un espacio para acompañar a otras, para estrechar lazos, construir comunidad.

Como dice Graciela Collantes: “Entonces, yo valoro mucho el trabajo colectivo, valoro la organización. Porque en la organización crecimos. Nos salvamos. Nos volvimos fuertes. Al margen de que nos pasen por encima. Por eso defendemos tanto esto”.

Bibliografía

ALSOGARAY, Julio L., *Trilogía de la trata de blancas: policía, rufianes, municipalidad*, Buenos Aires, Editorial Tor, 1933.

CHEJTER, Silvia, “El camino de Buenos Aires. Prostitución, ayer y hoy”, en *Revista Mora*, N° 2, Vol. 15, Buenos Aires, 2009.

GUIMARAES García, Florencia A., *La Roy: Revolución de una Trava*, Buenos Aires, Puntos suspensivos ediciones, 2017.

KOROL, Claudia, “Cuidar el vuelo lastimado de las mariposas”, en *RADI*, Blas / PECHENY, Mario (comps.), *Travestis, mujeres transexuales y tribunales: hacer justicia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2018.

LERA, Carmen Inés, “Mérito y desigualdad. Algunas cuestiones para pensar las intervenciones profesionales en el neoliberalismo contemporáneo”, en *Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*, N° 13, año 7, Buenos Aires, 2017.

MAFFÍA, Diana, “La trata con fines de explotación sexual como un modo de esclavitud”, en MAFFÍA, Diana / MORENO, Aluminé / MORETTI, Celeste (comps.), *Género, esclavitud y tortura: a 200 años de la Asamblea del año XIII*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2014.

RODRÍGUEZ, Marcela, “Formas contemporáneas de esclavitud y tortura. Una mirada desde las vidas de las mujeres”, en MAFFÍA, Diana / MORENO, Aluminé / MORETTI, Celeste (comps.), *Género, esclavitud y tortura: a 200 años de la Asamblea del año XIII*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2014.

SEGATO, Rita, *Contra-pedagogías de la crueldad*, Buenos Aires, Prometeo libros, 2018.

