GÉNERO Y DERECHO ACTUAL

Nro. Revista 3

DICIEMBRE 2020

Revista Género y Derecho Actual
Diciembre 2020, 1º Ed.

Directora académica: Nelly Minyersky

Copyright de Nelly Minyersky, Elena Beatriz Mendoza, Marina Ditieri

ISSN: 2718- 6377
Registro DNDA en trámite
Fecha de publicación: 31 de diciembre de 2020

Esmeralda 740 piso 13 of. 1306 Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CP: 1007ABH
contacto@gda.com.ar

Pág. Web: www.gda.com.ar
Instagram: @generoyderechoactual
Facebook: Gda Revista
Twitter: @GdaRevista

GDA

CONSEJO EDITORIAL

DIRECTORA ACADÉMICA
DRA. NELLY MINYERSKY

SUBDIRECTORA
DRA. ELENA BEATRIZ MENDOZA

COORDINADORA GENERAL
DRA. MARINA DITIERI

COMITÉ ACADÉMICO

DRA. MARÍA ANDREA CUÉLLAR CAMARENA
DRA. SOLEDAD DEZA
DRA. ALEJANDRA GILS CARBÓ
DRA. MARISA GRAHAM
DRA. ANALÍA MAS
DRA. MARIEL MOLINA DE JUAN
DRA. MARÍA SILVIA MORELLO
DRA. MARÍA MARCELA PÁJARO
LIC. VICTORIA OBREGÓN

Esmeralda 740 piso 13 of. 1306
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CP:1007ABH

Índice

4 **EDITORIAL**

7 **PRÓLOGO**

POR NELLY MINYERSKY

JURISPRUDENCIA

10 SÍNTESIS DE JURISPRUDENCIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

POR MAGDALENA PERILLO

DOCTRINA

18 EL PROYECTO DE ABORTO LEGAL: DUDAS Y CERTEZAS

POR SOLEDAD DEZA

34 ABORTO EN EL URUGUAY. UNA LUCHA CON RESULTADOS, PERO, SIEMPRE, ALERTAS

POR CRISTINA GRELA

38 MADRES ANÓNIMAS: EL EJERCICIO DE LA MATERNIDAD DE MUJERES INTERNADAS EN MANICOMIOS

POR SOFÍA SESIN LETTIERI

47 ANÁLISIS POLÍTICO DEL TELETRABAJO

POR NATALIA SALVO Y VANESA LAMAMÍ

54 LA VINCULACIÓN ENTRE INDICADORES DE RIESGO Y PROCESO PENAL EN LOS CASOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

POR SABRINA PASCUAL ESCALADA

66 A CINCO AÑOS DE LA SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN PENSIÓN POR FALLECIMIENTO: MATRIMONIO, UNIONES CONVIVENCIALES Y MENORES DE EDAD. LA NECESARIA MIRADA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

POR SILVANA CAPECE

80 LA CRIMINALIZACIÓN DE LA MUJER EN TORNO A LA MATERNIDAD

POR STEFANÍA GIOVANNA ALBA NÁJERA

JURISPRUDENCIA COMENTADA

87 EL AMARGO SABOR DE LA VICTORIA: LAS CONDENAS POR LA MUERTE DE BERTA CÁCERES. COMENTARIO A LA SENTENCIA CONDENATORIA POR EL DELITO DE ASESINATO DE LA LIDERESA INDÍGENA

POR DANIELA BERTONE

99 SOBRE LA NECESARIA Y URGENTE INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS DECISIONES JUDICIALES. UN ANÁLISIS DEL FALLO "S., J. M. S/ABUSO SEXUAL", DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

POR BRENDA DAIANA ESPIÑEIRA

104 IDENTIDADES TRANSGÉNEROS, DESAPODERAMIENTO IDENTITARIO, EXCLUSIÓN EN EL DEBIDO PROCESO Y PRINCIPIO DE INOCENCIA: UNA LUZ PARA LUZ

POR LARA MARÍA BERTOLINI

113 EL CASO RODRÍGUEZ LASTRA. UN REPASO POR EL PROCESO JUDICIAL

POR LETICIA LORENZO

124 LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO OBJETO DE VALORACIÓN JURISDICCIONAL EN ÓRGANOS ESPECIALIZADOS. ANÁLISIS DE UN FALLO DEL SUPREMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

POR MARÍA DELICIA RUGGERI

133 FALLO "FREDDO": A 18 AÑOS DE SU PRONUNCIAMIENTO

POR MAGDALENA PERILLO

144 (RE)CONSTRUYENDO SENTIDOS ACERCA DE LA REPARACIÓN INTEGRAL ANÁLISIS DE LOS ESTÁNDARES DE LA SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

POR CLAUDIA E. PORTILLO Y JULIETA E. CANO

BITÁCORA

155 SOLO EL FEMINISMO (INTERSECCIONAL Y ANTIPUNITIVISTA) NOS SALVARÁ

COMENTARIO A LA PELÍCULA *CRÍMENES DE FAMILIA*

POR ANA CLARA PIECHESTEIN

162 GÉNERO, VIOLENCIA Y SALUD MENTAL

POR AGUSTINA TOSO

166 ¿QUÉ ES EL ACUERDO DE ESCAZÚ?

POR GLORIA OLIMPIA CASTILLO BLANCO

Editorial

El cuarto y último número de nuestra Revista, de un año tan particular para todxs, signado por la pandemia COVID-19, particularmente trascendente para la vida de las mujeres argentinas, porque una vez más salimos a la calle a pelear por el derecho a decidir sobre nuestros cuerpos, abre con un comentario de la doctora **Soledad Deza** al proyecto enviado por el presidente de la Nación, Alberto Fernández, sobre la ley de aborto legal, seguro y gratuito. Continúa con un artículo de **Cristina Grela**, también, sobre el derecho al aborto en la República Oriental del Uruguay. Primer país de Sudamérica en permitir la interrupción voluntaria del embarazo. La autora aborda el tema con un relato pormenorizado de los avatares vividos por las mujeres uruguayas en pos del reconocimiento del derecho al aborto y cómo sortearon los obstáculos instalados por diferentes grupos políticos, religiosos y de poder que se oponían a la sanción de la ley, que finalmente se sancionó con el número 18987, el 22 de octubre de 2012, y se reglamentó 180 días después. Luego de la sanción de la ley en Uruguay falleció solo una mujer por aborto, la muerte se produjo porque ella misma se lo practicó sin hacer una consulta médica. **Sofía Sesin Lettieri** aborda el tema de mujeres - madres a quienes se les niega el derecho a maternar, por sufrir padecimientos mentales. Las denomina "madres anónimas" y sostiene que la negación del derecho a ejercer la maternidad es una vulneración de derechos sostenida en el tiempo y legitimada por la justicia cuando dispone en sus sentencias separarlas de sus hijxs, a quienes, también, se les vulnera el derecho a conocer el origen, sin buscar otras alternativas para sostener el vínculo. Es interesante cómo analiza la "internación", el principal obstáculo que refuerza la vulnerabilidad de estas madres, al que se suman los mecanismos de "control" que supone la institución psiquiátrica que desarrolla "una matriz de dominación". Madres anónimas son mujeres con discapacidad, sujetas a múltiples formas de discriminación. **Natalia Salvo** y **Vanesa Lamamí** escriben sobre teletrabajo, nueva forma de laborar que está en el centro del debate social y político como consecuencia de la COVID-19. Analizan el teletrabajo con perspectiva de género y como consecuencia del desarrollo de la tecnología, que fortifica el sistema de producción capitalista. Se interrogan si el teletrabajo ha significado un avance en mejorar el salario de las trabajadoras y trabajadores. Con acierto consideran que no es tiempo de dar respuestas definitivas sobre esta nueva forma de trabajo, pero consideran que para la mujer significa una sobrecarga laboral, que alcanza la triple jornada. **Sabrina Pascual Escalada**[1] delibera sobre "la vinculación entre indicadores de riesgo y proceso penal en los casos de

[1] El artículo de Sabrina Pascual Escalada fue presentado como trabajo final en el Programa Actualización en Género y Derecho dictado por la Dra. Diana Maffía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

violencia intrafamiliar". El feminicidio, como forma de "violencia machista extrema", alcanzó cifras preocupantes en el año 2019, en el que se registraron 298 casos, la mayoría cometidos en el cirulo íntimo de las mujeres. La autora señala las dificultades que tienen las víctimas para acceder al servicio de justicia y, como consecuencia, la persistencia de un patrón de impunidad y de tolerancia social a la violencia contra la mujer. Considera importante que el sistema penal construya nuevas prácticas para asistir a las víctimas, como, por ejemplo, la elaboración de informes de riesgo como herramienta para abordar a la damnificada al momento de ser entrevistada y evaluar los incrementos y disminuciones a lo largo del proceso penal. Este comienza con la interposición de la denuncia, que puede no ser ratificada; las medidas cautelares dictadas, el acatamiento o desobediencia por parte del denunciado como indicador de riesgo; notificación de la imputación y llamado a indagatoria y, en lo que respecta al juez, el deber de investigar la violencia de género con debida diligencia. El siguiente artículo, de **Silvana Capece**, aborda el tema de la pensión por fallecimiento y la necesaria mirada con perspectiva de género. Considera que es indispensable armonizar la normativa constitucional, previsional y las normas del Código Civil y Comercial de la Nación sobre el tema. Para ello, propone sostener una mirada sistémica y el diálogo de fuentes como una solución jurídica razonable. Aborda diferentes situaciones, como la cobertura de la contingencia por fallecimiento; matrimonio y derecho a pensión; compensación económica, cohabitación y culpa; violencia doméstica; uniones convivenciales y el derecho a pensión cuando el beneficiario es un menor de edad. El último artículo de doctrina trata sobre la criminalización de la mujer en torno a la maternidad; la autora **Stefanía Alba Nájera** delibera sobre el sistema penal y cómo funciona el poder punitivo a través de la selectividad de personas de determinados grupos sociales; de esta manera se construye el "chivo expiatorio", que coincide generalmente con un prototipo criminal al que las mujeres no son ajenas. La autora, de manera acertada, transcribe la frase de Catherine MacKinnon: "La ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres". El concepto de "buena madre" y el de "mala madre" también son ponderados por el derecho penal como fundamento de la imputación de conductas delictivas. Reflexiona sobre conductas tipificadas, como delitos omisivos: las llamadas "malas madres"; delitos comisivos: el histórico y derogado infanticidio y el aborto.

Las bitácoras de este número tratan diferentes temas. **Ana Clara Piechestein** escribe sobre la película *Crímenes de familia*, film del director Sebastián Schindel, *thriller* judicial en el que se aborda la violencia de género, la corrupción judicial, el consumo de drogas, los embarazos no deseados, la sororidad entre las mujeres. **Agustina Toso** escribe sobre género, violencia y salud mental en personas LGBT. Destaca la discriminación, la desigualdad y la violencia de la que son objeto como consecuencia de adoptar la identidad autopercibida. Cuenta su experiencia como psicóloga en un centro de salud mental y destaca que el psicoanálisis continúa siendo heteronormativo. Sostiene que esta conceptualización reproduce la violencia y la discriminación de las personas LGBT. También se aborda el problema ambiental, **Gloria Olimpia Castillo Blanco** se ocupa de este y explica qué es el Acuerdo de Escazú: el primer compromiso a nivel regional cuyo objetivo es "garantizar la implementación plena y efectiva en la región de los derechos de acceso a la información ambiental, la participación pública en los procesos de

toma de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible". Sin embargo, las mujeres de comunidades indígenas pueden quedar fuera del objetivo propuesto por cuestiones culturales, reforzando por tal motivo la discriminación y la desigualdad.

Este número de *Género y Derecho Actual*, último del año 2020, finaliza con el comentario a fallos judiciales que consideramos trascendentes. **Daniela Bertone** comenta la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal de Sentencia con Competencia Territorial Nacional en Materia Penal de Tegucigalpa en Honduras, por el asesinato de Berta Cáceres, lideresa indígena; **Brenda Espiñeira** examina la sentencia dictada por la Corte de Justicia de la Nación en el expediente "S., J. M. s/abuso sexual"; **Lara Bertolini** desarrolla el fallo dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 8 de la Capital Federal en la causa de Luz Aimé Díaz, una persona transgénero; **Leticia Lorenzo** comenta el fallo del médico Leandro Javier Rodríguez Lastra, de la Provincia de Río Negro, por el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público; María Delicia Ruggeri analiza un fallo dictado por el Supremo Tribunal Constitucional de España sobre violencia económica y culmina Magdalena Perillo con una síntesis jurisprudencial.

Dirección de Género y Derecho Actual

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 31 de diciembre de 2020

Prólogo

POR NELLY MINYERSKY[1]

Queridas integrantes de este maravilloso proyecto académico-editorial que hoy es una realidad, nuestra revista *Género y Derecho Actual* (GDA); integrantes del equipo, del comité académico, colaboradoras, lectoras y amigas:

Quiero celebrar con ustedes, al finalizar este año, algunos hechos que considero trascendentales. Primero, las invito a compartir el primer cumpleaños de GDA en un año que sobrevoló no pocas dificultades: atravesamos nada más ni nada menos que una pandemia que asoló al mundo entero, por ende, a nuestro país, que vino a afectar nuestras vidas en diversos y profundos sentidos, a cambiar y trastocar hábitos y costumbres. A pesar de ello, hemos logrado nosotras y ustedes proseguir con el compromiso contraído.

Se pusieron las ganas y *sapienza* al servicio del querido proyecto y, gracias a ello, se logró que salieran cuatro números de la Revista: el de lanzamiento -en diciembre/2019-, los números de junio, de septiembre y el que hoy presentamos, de diciembre del corriente año, además del Suplemento COVID-19.

Esto significó un gran trabajo y un gran esfuerzo, que permitieron no solamente lograr este cometido, sino también que nuestras voces se oyeran en todas las redes. Se incorporaron muchísimas y diversas temáticas y áreas de trabajo: Mujeres que hicieron historia; Arte y Género; Jurisprudencia en un párrafo; Género y Ambiente, entre otras.

Se lanzó en las redes Minuto GDA, un espacio ágil y novedoso para actualizarse en tan solo un minuto. Asimismo, se realizaron eventos y actividades con organizaciones sociales, políticas y educativas. Por último, pero no por ello menos importante, contamos con el apartado de Jurisprudencia, que acompañó la revista con absoluta actualidad, y el segmento de Bitácora,

[1] Abogada (UBA). Directora de la Maestría y Carrera Interdisciplinaria de Especialización de Posgrado en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles, Facultad de Derecho (UBA). Profesora consulta de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), desde 1995. Profesora de posgrado en la carrera de Especialización y Maestría en Derecho de Familia, Facultad de Derecho (UBA). Investigadora permanente del Instituto Gioja. Directora del Proyecto UBACyT D015. Evaluadora CONICET. Consultora y docente para UNICEF. Autora de trabajos varios, en especial sobre su especialización en derecho de familia y sobre derechos sexuales y reproductivos. Distinguida mediante el "Premio Reconocimiento" otorgado por la Asociación de Especialistas Universitarias en Estudios de la Mujer. En el 2010 fue declarada Ciudadana Ilustre de la Ciudad de Buenos Aires por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Primera presidenta de la Asociación de Abogados. Primera presidenta del Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de Capital Federal. Exvicepresidenta del Colegio Público de Abogados de Capital Federal. En el 2018, en una terna abierta al público, fue elegida en la categoría Derechos Humanos y Sociedad, recibiendo así el "Premio Democracia", a través de la Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo. Desde el 2017 es presidenta del Parlamento de Mujeres en la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Directora académica de GDA.

que intentó aportar espontaneidad y libertad al espacio académico.

Sostenemos que hemos cumplido con nuestro cometido; si releemos la revista de lanzamiento, su prólogo y los artículos de las compañeras María Andrea Cuéllar y María Silvia Morello, llegamos a la conclusión debida: en ese número inicial hemos plantado las bases troncales alrededor de las cuales queríamos fijar y consolidar rumbos, se tomó el compromiso como expresión de deseo y propósito.

Una revisión de todo lo publicado deja en claro que podemos estar orgullosas de lo logrado, jurídica e interdisciplinariamente, y más aún ahora que comenzamos a trascender fronteras.

Las ramas del derecho fueron variadísimas, pero siempre impregnadas de la perspectiva de género y, en consecuencia, con una fuerte adscripción a la construcción del feminismo jurídico que, recordemos, implica lograr no solo la igualdad formal sino también un derecho que funcione como instrumento que opere más allá de la ley, que exija y promueva su efectividad y eficacia, buscando la libertad, la igualdad y una plena ciudadanía y su ejercicio para todas y todes.

Me encantaría comentar todos y cada uno de los aportes publicados, imposible en estas pocas líneas, por lo que les dejo a todas el placer de su relectura. No puedo destacar ninguno de ellos porque todos y cada uno lo merece.

El derecho ha sido y continúa siendo uno de los brazos más potentes que tuvo y tiene el patriarcado, su naturalización y aceptación social, de ahí la compleja y crispada relación entre el mundo jurídico y los feminismos, a la que también ha contribuido su naturaleza y pérdida de predicamento al apartarse de la realidad social, de las necesidades vitales de una sociedad y su clamor. Esto ha logrado que los movimientos feministas comiencen a transitar un camino de deconstrucción del patriarcado; estamos haciendo "tambalear" lo que se consideraban verdades absolutas, la humanidad no se debe considerar como el espacio humano con roles y características masculinas, la humanidad nos comprende a todas, todos y todes por igual.

En este camino hacia la construcción del feminismo jurídico, no puedo dejar de señalar que desde nuestro espacio lo estamos transitando sin dejar de lado la adscripción, del grupo GDA y sus integrantes, a los principios basados en el respeto irrestricto a un Estado de derecho, imprescindible para llegar a la igualdad en las leyes, pero fundamentalmente en la vida. Una prueba de este compromiso es nuestra adhesión a la despenalización y legalización del aborto en nuestro país, emprendido fundamentalmente por la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito, al cual adhirieron cientos de miles de personas, diríamos que la sociedad en su gran mayoría.

Este fin de año nos encuentra ante una situación expectante, el Poder Ejecutivo presentó un proyecto de despenalización y legalización del aborto que provocó su tratamiento conjunto con el proyecto que había presentado la Campaña, en el año 2018, en la Cámara de Diputados. Esa misma Cámara, el 10 de diciembre pasado, dio media sanción a una ley basada con sus

principios, fundamentalmente, en ambos proyectos. Así es que el 29 del corriente mes se debatirá en el Senado y tenemos fuertes esperanzas de que definitivamente la Argentina ingrese en el ámbito de los países que reconocen a las mujeres y personas gestantes con ciudadanía plena.

El derecho tiene sus limitaciones, es cierto, pero, como también lo ha dicho Natalia Ginzburg, "una ley no tiene poder de modificar la sociedad, pero debe tener el poder de quitar los obstáculos que impiden mejorarla"; en la misma línea, el maestro Ferrajoli nos ha señalado reiteradamente que era una utopía pensar que el derecho podía lograr la igualdad entre hombres y mujeres sin que se produjeran cambios estructurales, sociales y económicos. Sin embargo, también nos dijo que no por eso las operadoras del derecho teníamos que bajar los brazos, por el contrario: debemos abusar de nuestra imaginación para ir deconstruyendo y caminando hacia esa igualdad. Ese llamado es una obligación que tenemos las operadoras del derecho para recorrer este sendero, no de utopías, sino uno que busca reconocer los mismos derechos a todas, todos y todes.

No quiero dejar pasar esta ocasión sin recordar y reconocer la valentía y seriedad con que todo este grupo se mantuvo unido y solidario frente a los duros momentos que hemos atravesado durante todo este año.

Es por todo lo expuesto que las invito a levantar nuestras copas por una larga vida para GDA, que sigamos abriendo caminos, por que el 29 de diciembre se sancione y sea ley la interrupción voluntaria del embarazo y el proyecto de ley de los 1000 días y, por sobre todas las cosas, que sigamos conformando y fortaleciendo este colectivo que puede llegar a convertirse en un instrumento fundamental del feminismo jurídico de nuestro país.

Síntesis de jurisprudencia con perspectiva de género

POR MAGDALENA PERILLO[1]

1. "P., L. B. c/P., G. A. s/medidas precautorias" - Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 38 - 26/10/2020

Una mujer, luego de mantener relaciones sexuales con un hombre, advierte que había sido filmada durante el acto sin su consentimiento. Ante el desconcierto de la actora, el demandado negó varias veces haber colocado una cámara en la habitación, hasta que finalmente lo reconoció. Si bien aquella le solicitó que le entregue el video en forma íntegra, el hombre solo le envió algunas partes de la filmación. La mujer, aterrada por que ese video u otra imagen o dato íntimo se difunda, solicitó cautelarmente que se adopten ciertas medidas para prevenir que ello suceda.

Con apoyo en lo estipulado en el ordenamiento jurídico interno y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la pretensión fue acogida en su totalidad por la jueza de primera instancia, quien resolvió, con una atinada perspectiva de género, prohibir al demandado difundir o exhibir en cualquier medio, por sí o por interpósita persona, videos de índole íntima o sexual de ambas partes o donde solo se vea a la actora, así como también conversaciones o información privada de esta. Ordenó, asimismo, al demandado entregar a la accionante el video en cuestión y acreditar fehacientemente su total y absoluta destrucción, incluso en la nube, en el plazo de 48 horas de notificado, bajo apercibimiento de aplicar una multa de $ 300.000. Advirtió, a su vez, que, si se llegare a incumplir la sentencia, dicha multa se incrementaría, más allá de las acciones civiles o penales a que pudiere acudir la actora. Finalmente, para asegurar una tutela judicial efectiva a la mujer, la magistrada ordenó que la notificación de la sentencia se curse mediante la aplicación telefónica WhatsApp y, atento la gravedad de los hechos, ordenó al demandado realizar un curso sobre violencia de género.

Resalta la sentenciante que bajo distintas denominaciones -"violencia de género digital", "ciberviolencia contra la mujer", "e-violencia", etc.- este modo de vulnerar los derechos de las mujeres aparece de forma cada vez más frecuente y, si bien tiene características propias, no deja de reflejar jerarquía de poder entre el agresor y su víctima, subordinación de la mujer y aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad. Afirma: "Esta modalidad expresa de violencia va adaptándose en su forma a la nueva realidad de las comunicaciones digitales que abarcan las redes sociales, la mensajería instantánea, entre otras, y que afectan a la mujer en

[1] Abogada (UBA). Maestranda en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Auxiliar docente de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Secretaria de redacción en la Revista Género y Derecho Actual.

su integridad, en su salud, en su aspecto social, en su psiquis, etc., sintiendo que puede verse en un abrir y cerrar de ojos expuesta ante conocidos y desconocidos, pues el solo hecho de que un tercero posea un archivo de video donde ella es protagonista puede importar que este, de distribuirse, importe para la nombrada una gravísimo perjuicio. Ello sin contar el temor potencial en cuanto a su eventual reproducción generándole un tipo de agresión o presión psicológica y moral que la afecta gravemente".

Link al fallo

2. "V., M. J. y otros c/C., M. F. s/daños y perjuicios" - Juzgado Civil y Comercial N° 4, Azul, Buenos Aires - 3/11/2020

Una señora, por derecho propio y en representación de sus dos hijos menores de edad, promovió una demanda por daños y perjuicios contra el progenitor de estos por falta de reconocimiento paterno, habiendo llevado adelante su primer embarazo a los 18 años. La paternidad del demandado había quedado determinada previamente como resultado de una acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

Si bien durante el proceso judicial los hijos cumplieron la mayoría de edad y desistieron de la acción, la señora continuó el reclamo por derecho propio. Así, el juez interviniente, bajo el amparo del artículo 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación, hizo lugar al reclamo indemnizatorio por daño moral al considerarla una damnificada directa por el obrar del demandado. En consecuencia, lo condenó a pagar a la actora la suma de $ 50.000, con más sus intereses.

Para así decidir, el magistrado argumentó: (i) la falta de reconocimiento por parte del progenitor genera no solo una lesión en las afecciones de la persona menor de edad no reconocida, sino también en las de la madre que tiene que cargar con exclusividad el peso de los cuidados de lxs niñxs en sus primeros días, las consecuencias sociales y administrativas de ser madre soltera, la obligación de explicarle al hijx en su niñez las causas por las que no posee un padre, entre otras; (ii) la definición de "madre soltera" implica la circunstancia de sobrellevar la falta de colaboración y asistencia por parte del padre de su hijx, poniéndose un mote sobre la madre como consecuencia del accionar del padre; (iii) la mujer que no cuenta con la asistencia del progenitor ve dificultada su posibilidad de estudiar -más aún cuando el nacimiento se da en la juventud de la madre-, al mismo tiempo, encuentra serios obstáculos para insertarse en un mercado laboral que exige disponibilidad horaria e incrementa las chances de que se vea obligada a aceptar un trabajo informal que no le brinde las protecciones propias del trabajo registrado, particularmente en referencia a las licencias por cuidado de familiares, horario reducido en caso de lactancia, obra social para el grupo familiar, entre otras.

Concluye el sentenciante que la madre que demanda por filiación extramatrimonial, al momento de reclamar daño moral, no lo hace como damnificada indirecta por el daño

producido a su hijx, sino por la propia lesión sobre derechos subjetivos extrapatrimoniales, sufrimiento causado como dolor o daño en las afecciones.

Link al fallo

3. "R., N. S. c/B., D. A. s/ejecución de convenio regulador" (resolución no firme) - Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 92 - 20/11/2020

Ante los reiterados incumplimientos por parte del progenitor de la cuota alimentaria hacia sus hijos y la imposibilidad de cobro de las sumas adeudadas, la magistrada dispuso una prohibición de salida del país hasta que este cumpla con sus obligaciones alimentarias. Destaca que la libertad ambulatoria del progenitor debe ponderarse a la luz de la necesidad de garantizar el derecho a la subsistencia de la persona más vulnerable, cual es el niño afectado por el desinterés que muestra su propio padre.

Asimismo, calificó la conducta del hombre como configurativa de violencia económica ejercida hacia la madre de sus hijos. Ello así porque "la limitación de recursos a través del incumplimiento alimentario es otra forma de violencia contra las mujeres que deben soportar en forma exclusiva el costo económico de la crianza de sus hijos e hijas pues implica una pérdida de autonomía y sobrecarga económica para este colectivo".

Citando otros precedentes en donde se adoptó el mismo temperamento, la jueza señala que "el sistema patriarcal naturaliza la visión de la mujer como proveedora de cuidado, por considerarla una asignación biológica. Pareciera que como las mujeres amamantan deben alimentar, y como tienen la posibilidad de gestar deben cuidar eternamente, no solo a los niños, sino también a los hombres, a las personas adultas mayores o a las personas con autonomía limitada". Agrega además que "la falta de pago de la cuota apareja un notable deterioro en la calidad de vida de todos sus miembros, con la consiguiente caída en el nivel de estratificación económica. Aparece así la denominada feminización de la pobreza, es decir, el predominio de las mujeres con respecto a los hombres en la población empobrecida, con empeoramiento de sus condiciones de vida y violación de sus derechos fundamentales, ocasionada entre otros factores por la violencia patrimonial ejercida por el moroso alimentario".

Link al fallo

4. "A., M. B. c/G., H. R. s/ordinario" - Cámara Octava de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Ciudad de Córdoba - 26/8/2020

Una mujer, luego de poner fin a la convivencia sostenida durante 20 años con su expareja, solicita que se reconozca su derecho a percibir el 50% del valor de los bienes muebles e inmuebles y ganancias obtenidos producto de la actividad comercial llevada a cabo por ella junto al demandado y que diera origen al patrimonio que este ostenta actualmente, aduciendo

que existía entre ellxs una sociedad de hecho. La instancia de grado rechaza la pretensión, frente a lo cual la mujer interpone recurso de apelación.

A su turno, la alzada hace lugar al recurso formulado por la actora, revocando la sentencia de primera instancia. En consecuencia, considera disuelta la sociedad de hecho existente entre las partes como exconvivientes, declarando además el derecho de la señora a percibir la mitad del valor de los bienes muebles e inmuebles y ganancias obtenidos producto de la actividad comercial llevada a cabo durante la unión convivencial.

La Cámara fundamenta su decisión bajo los siguientes argumentos: (i) no puede perderse de vista que estamos ante una acción incoada por una mujer que unió su proyecto de vida a un varón; proyecto que excede las cuestiones meramente patrimoniales e involucra lo más personal del ser humano y que, si bien constituye una unión de carácter público en cuanto se hace cognoscible al resto de la sociedad, se desarrolla principalmente en el ámbito privado e íntimo del hogar y las relaciones familiares, caracterizadas por un especial vínculo de confianza. De tal suerte, la perspectiva de género no puede estar ausente, ya que es aquí donde la cultura androcéntrica suele evidenciarse con mayor claridad; (ii) aun cuando resulte aplicable al caso la anterior normativa y sigamos manejándonos a la hora de analizar los efectos patrimoniales de la ruptura convivencial dentro de las nociones clásicas relativas a las sociedades de hecho, donde deben probarse los aportes comunes específicos, la prueba de estos aportes debe ser apreciada con suficiente amplitud; (iii) la existencia de una unión convivencial presupone especiales relaciones de confianza, intimidad y privacidad, notas sin las cuales no podría hablarse de un proyecto de vida en común, donde lo que se constituye es una familia y donde los exconvivientes han tenido 3 hijxs; (iv) probada la existencia de la unión convivencial, lo que implica tener por probada la existencia de proyecto de vida en común, deberán valorarse los elementos de convicción aportados con la amplitud suficiente que contemple las características particulares de la relación de confianza que unía a los convivientes, esto es el esfuerzo común en pos de la conformación del patrimonio familiar, incluyendo el aporte constituido por las tareas hogareñas.

Link al fallo

5. "M., P. M. c/UBA - Facultad de Ciencias Exactas y Naturales s/educación superior - ley 24521 - artículo 32" - Cámara Contencioso Administrativo Federal - Sala V - 24/11/2020

El decano de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la Universidad de Buenos Aires aplicó a un alumno la sanción de 3 años de suspensión, al ser considerado responsable de acosar, intimidar, hostigar e injuriar a una docente de esa casa de estudios.

La docente había relatado una serie de episodios de violencia de género perpetrados por el alumno que se habían producido en el ámbito de esa Facultad, los que también había denunciado ante la comisaría y ante la Fiscalía de Violencia de Género de Vicente López. Así,

quedó debidamente acreditado en las actuaciones que desde el año 2015 el denunciado ha manifestado conductas de violencia de género, insinuaciones de carácter sexual y acoso hacia la docente que fueron escalando con el transcurso del tiempo.

Agotada la vía administrativa, el demandante se agravió ante la justicia por considerar que mediaron serias y graves irregularidades en la tramitación del sumario administrativo que le impidieron el ejercicio de su derecho de defensa, violándose el debido proceso.

Sin embargo, la Cámara rechazó el recurso directo interpuesto por el alumno bajo los siguientes argumentos: (i) los pronunciamientos de la universidad en el orden interno, disciplinario, administrativo y docente no pueden, en principio, ser revisados por juez alguno sin invadir atribuciones propias de sus autoridades, mientras se respeten en sustancia los derechos y garantías establecidas en la Constitución Nacional y no constituyan un proceder manifiestamente arbitrario, lo que no se presenta en el caso dado que los defectos de tramitación invocados por el demandante no impidieron que tomara conocimiento suficiente de los cargos y que tuviera oportunidad de ejercer su derecho de defensa; (ii) la índole de la falta que se le imputa al recurrente involucra cuestiones que afectan el buen funcionamiento de la institución y, particularmente, situaciones de violencia de género comprendidas en el marco del Protocolo de Acción Institucional para la Prevención e Intervención ante Situaciones de Violencia o Discriminación de Género u Orientación Sexual, aprobado en el año 2015 por el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires; (iii) el demandante no cuestionó la valoración realizada por el decano de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales, quien sostuvo que correspondía aplicar la sanción discutida al considerarlo responsable de los hechos de violencia denunciados en las actuaciones administrativas; es decir, por haber acosado, intimidado, hostigado e injuriado a una docente de la universidad.

Link al fallo

6. "K. I. A. en J° 12345 K. I. A. c/La Caja ART SA p/enfermedad profesional (12345) p/recurso extraordinario provincial" - Suprema Corte de Justicia de Mendoza - Sala 2 - 10/11/2020

Una mujer demandó a la empresa de ART de la fábrica para la cual trabajaba reclamando una indemnización por el daño físico y psicológico sufrido durante el tiempo que prestó sus servicios allí, con relación de causalidad directa en la violencia laboral sufrida por parte de sus superiores y compañerxs de trabajo.

La Cámara rechazó la demanda interpuesta, por un lado, cuestionando el carácter de sujeto pasivo de empresa aseguradora con relación a las dolencias psíquicas y bajo el entendimiento de que la prueba aportada por la demandante no contenía entidad suficiente para formar convicción que permita hacer lugar a su pretensión, decisión que fue recurrida por la actora.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza admitió parcialmente el recurso extraordinario provincial y anuló la sentencia dictada, ordenando remitir las actuaciones al

subrogante legal, a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con lo decidido y en relación con las dolencias psíquicas reclamadas.

Pues bien, el Máximo Tribunal de la Provincia, tras valorar la prueba aportada con un criterio de amplitud, tuvo por acreditado que la actora había sido víctima de violencia en el ámbito laboral agravada por la condición de mujer, lo que impactó en su salud psicofísica. Precisamente, encontró probado que la trabajadora atravesó una típica situación de *mobbing* o acoso laboral a partir del cambio de autoridades de la empresa, lo que desencadenó situaciones de presión, hostigamiento, malos tratos y burlas hacia su persona.

La Suprema Corte subraya que el análisis del plexo probatorio reunido debe realizarse teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales y nacionales vigentes que protegen a las mujeres contra los actos configurativos de violencia de género: "Es el contexto en el que se inserta el ilícito el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos necesarios para la determinación del hecho y la imputación de responsabilidad" (voto del Dr. Valerio).

En la misma línea, se argumenta: "... Aplicar la perspectiva de género en cada decisión judicial debe convertirse en una práctica habitual y exigible. Hacer visibles las desigualdades naturalizadas socialmente constituye una forma de propender a la igualdad requerida por nuestro ordenamiento jurídico. Poner el foco en dichas desigualdades contribuye a conocer y modificar las circunstancias concretas que afectan a las mujeres en su vida cotidiana y permite la efectividad de un paradigma normativo ambicioso, que podría quedar en letra muerta si dejáramos pasar esas realidades. En definitiva, el Poder Judicial en su conjunto tiene la obligación de no perpetuar estereotipos discriminatorios en sus sentencias, pero además tiene la oportunidad histórica de ser un agente de cambio" (voto ampliatorio del Dr. Palermo).

Link al fallo

7. "CCC 42805/2020/2/CA2" - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - Sala 1 - 10/11/2020

Un hombre había sido procesado por el delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado, en al menos cinco ocasiones y por el delito de promoción de corrupción de menores, ambos agravados por la condición de ascendiente de la víctima. La seria presunción de que la hija de la víctima había sido concebida producto de la agresión sexual efectuada por el imputado sirvió de base para ordenar la prueba de ADN compulsiva de este.

El auto fue apelado por la defensora del imputado, quien refirió que la prueba ordenada vulnera el principio que proscribe la autoincriminación por actos de naturaleza compulsiva. Sostuvo que, en caso de realizarse la medida, podría llegarse a un resultado incriminante por el aporte de su asistido, en contra de su voluntad.

A la hora de expedirse, la Cámara confirmó el auto apelado teniendo en cuenta lo estipulado en el artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación, sin dejar de ponderar que el magistrado de la instancia anterior había señalado los motivos por los cuales no se podía efectuar la diligencia de manera distinta a la inspección corporal. Destaca, asimismo, que es sabido que este tipo de procedimientos, en el ámbito forense, se realizan con arreglo a las técnicas corrientes en la medicina, sin resultar humillantes ni degradantes, y no implican riesgos para la salud del imputado.

Link al fallo

8. "CCC 72695/2018 N. N. DAM: M., K. A." - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - Sala 6 - 20/10/2020

Durante el desarrollo de una causa penal donde se investigaban delitos sexuales vinculados con personas menores de edad -pornografía infantil- la Cámara revocó la resolución que rechazó el allanamiento solicitado por el fiscal dado que debía practicarse en un domicilio sito en otra jurisdicción bajo un contexto de emergencia sanitaria (COVID-19).

La Cámara sostuvo que en ese domicilio podrían hallarse elementos de interés para la pesquisa que conllevaría al eventual secuestro de material electrónico vinculado al hecho investigado. Señala que la demora podría implicar la pérdida de la prueba, lo que debe evitarse en virtud de los compromisos asumidos por nuestro país a actuar con debida diligencia y sin dilaciones en la aplicación de políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer e incluir en su legislación interna la normativa y los procedimientos legales eficaces a ese fin. A mayor abundamiento, remarca la alzada que en el caso se encuentran involucradas personas menores de edad, lo que imprime al trámite un plus de tutela judicial.

Link al fallo

9. "M., D. C. c/D., J. M. s/protección de persona" - Juzgado Civil en Familia y Sucesiones, Monteros, Tucumán - 10/11/2020

En el marco de una causa por violencia de género, ante el reiterado incumplimiento de la medida de prohibición de acercamiento dispuesta, la jueza interviniente ordenó la ampliación del perímetro previamente establecido para la prohibición de contacto y/o acercamiento físico del demandado hacia la mujer y el resto de su grupo familiar, hasta una distancia no menor a los 300 kilómetros o, en su caso, hasta los límites provinciales en cualquiera de los puntos cardinales, debiéndose aplicar el criterio de la mayor distancia para validar esta condición de cumplimiento. Es decir, la magistrada expulsó al agresor de la Provincia por el plazo de 180 días para evitar que continúe hostigando a la actora y su grupo familiar.

Argumenta la sentenciante: "Bajo las circunstancias que se plantean las nuevas denuncias y

por hechos sucesivos de violencia del mismo agresor hacia la misma víctima, y valorando todos los informes que se agregan a este expediente, como así también las demás constancias -más el otro que se iniciara tiempo atrás- llego a la conclusión de que no puedo mantener la ceguera con la que se simboliza a la dama de la justicia, sino, por el contrario, considero que la mirada -en este caso y por las pruebas arrimadas- debe estar dirigida hacia la función preventiva que tiene el Estado ante la violencia contra la mujer y la violencia familiar. Que, cuando menos, corresponde actuar con la debida diligencia y previsión para asegurar la integridad física de la señora G. y su igualdad ante la ley".

Agrega la magistrada: "Los problemas -y más de este tipo- no se solucionan solo con la ratificación por parte de los Estados de los tratados internacionales e incorporándolos a la legislación interna. Eso no basta. Se requiere que los Estados acojan las políticas institucionales y los dispositivos reales (legislativos, administrativos y judiciales) que hagan efectivos los derechos de sus ciudadanos y las obligaciones asumidas al momento de suscribir aquellos tratados (CDN, CAHD, CEDAW)".

Link al fallo

El proyecto de aborto legal: dudas y certezas

POR SOLEDAD DEZA[1]

Un año signado por la COVID-19 a nivel global y por nuevos aires políticos en nuestro país puso nuevamente en debate la demanda de "aborto legal, seguro y gratuito" que desde hace algunas décadas exigen los feminismos argentinos y desde hace 13 años impulsa legislativamente la Campaña Nacional.

Días antes de que terminara el período ordinario de sesiones legislativas, el presidente Alberto Fernández cumplió su promesa de campaña electoral y envió al Congreso un proyecto propio para despenalizar y legalizar el aborto por voluntad de quien gesta, hasta la semana catorce, inclusive.

El objetivo de este trabajo es repasar rápidamente sus artículos más importantes a los fines de despejar algunas dudas para hilvanar algunas certezas.

1. No solo las mujeres abortamos

Esta podría ser una saludable primera certeza producto de la visibilización de la mirada cisheteronormada con la que se observan a menudo los cuerpos que gestan.

Los varones trans también abortan y, si bien no recibirían una condena penal por abortar, en tanto el Código Penal como dispositivo del derecho que produce género -y lo hace en forma binaria- solo tipifica el aborto de mujeres, es justo que se les incluya dentro del abanico de sujetos del derecho a abortar.

En esta línea podría pensarse acertado el artículo 1, que indica: "La presente ley tiene por objeto regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado argentino en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y de personas con otras identidades de género con capacidad de gestar".

En momentos donde algunos feminismos se radicalizan para anudarlo todo con la biología, este tipo de miradas que rompen el binarismo son, además de saludables, muy necesarias.

[1] Abogada feminista egresada de la Universidad Nacional de Tucumán (UNT). Máster en Género y Políticas por FLACSO. Docente de Sociología Jurídica y la Cátedra Libre de Género en la Facultad de Derecho de la UNT. Docente de Medicina Legal en la Facultad de Medicina de la Universidad San Pablo T. Presidenta de la Fundación Mujeres x Mujeres. Premio internacional Servicio a Otros, de la International Association of Bioethics.

2. Abortar como un derecho: legalizar el derecho a decidir

Parte del nudo de la discusión política y legislativa se centra en el debate despenalización versus legalización.

En este sentido, ambos son anverso y reverso de una misma trama: la soberanía sexual.

La desincriminación de la decisión de abortar dentro del primer trimestre sin dudas comporta un gran avance para cualquier país. Pero también con certeza cabe afirmar que la despenalización sin legalización profundizaría las desigualdades estructurales que provocan la escasez de recursos simbólicos, la falta de recursos materiales y el resto de las variables de interseccionalidad que, superpuestas a la condición de género, dificultan el acceso a la salud y el ejercicio pleno de la autonomía.

Cuando se da media sanción al derecho a "decidir la interrupción del embarazo de conformidad con lo establecido en la presente ley", el artículo 2 reconoció que la autonomía sexual y la soberanía reproductiva, frente a un embarazo del primer trimestre, pueden albergar la decisión de continuar esa gestación o la de ponerle fin, con la misma intensidad y protección estatal.

Cuando se reconoce legislativamente que la mujer o la persona gestante puede "requerir y acceder a la atención de la interrupción del embarazo en los servicios del sistema de salud, de conformidad con lo establecido en la presente ley", se está tributando también para la decisión de abortar las mismas obligaciones que un Estado garante del acceso a la salud pública tiene para el resto de las prestaciones médicas lícitas.

Recordemos que el Estado argentino, según los compromisos internacionales que ha tomado con el derecho a recibir atención sanitaria de la población, es garante del acceso en los tres subsectores: público, privado y de obras sociales. Y es en todos esos espacios donde se compromete a tener disponible la interrupción voluntaria del embarazo (IVE).

Y cuando se incorpora el derecho a "recibir atención postaborto en los servicios del sistema de salud, sin perjuicio de que la decisión de abortar hubiera sido contraria a los casos legalmente habilitados de conformidad con la presente ley", el Estado se hace cargo, indirectamente, de sus agentes de la salud pública, que sistemáticamente usan su lugar de poder para denunciar mujeres y devolverlas convictas a la sociedad, a modo de castigo moral.

El aborto es contracultural y por eso es gobernado a través de múltiples alianzas: ciencia y derecho ha sido una muy exitosa en esta empresa[2]. En auxilio de este dúo acude la herramienta penal, que amenaza con cárcel y hasta encarcela.

Salud, policía y poder judicial son una tríada efectiva en el gobierno del cuerpo de las mujeres. Gobernar es administrar los conflictos, es regulación de confrontaciones, dirección de

[2] Mujica, Jaris, *Economía política del cuerpo. La reestructuración de los grupos conservadores y el biopoder*, Lima, Promsex, 2007.

adversarios, es articulación de vínculos, es recomposición de lazos y es también la estructuración de campos posibles de acción entre los actores sociales, unos respecto de otros[3].

No es poca cosa, entonces, reconocer que abortar es un derecho y aunque aquello de que "legal en tanto que despenalizado" que la Corte Suprema de Justicia de la Nación analizara en el fallo "F., A. L." cuando se refirió al aborto no punible es muy claro, si se lee el Código Penal y el principio de legalidad de forma armónica, es cierto que las resistencias que emergen aún del campo jurídico para asumir este sentido imprimen la necesidad de este reconocimiento expreso.

3. La convencionalidad del derecho a abortar: caballito de batalla conservador

No existen reparos constitucionales para la legalización y despenalización de la IVE en nuestra legislación. De hecho, Argentina recibió más de 14 recomendaciones de organismos de tratados internacionales que suscribió y aconsejan desincriminar el aborto.

La Convención Americana de Derechos Humanos no consagra un derecho absoluto a la vida. El artículo 4.1, que establece el derecho a la vida "en general, a partir del momento de la concepción", implica un deber de protección de la vida con carácter gradual e incremental, según ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo", en línea con la interpretación de la Comisión en el caso "Baby Boy" de 1981.

El derecho a la vida del embrión o del feto no anula los derechos de la mujer gestante. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que la frase "**en general**" presente en la redacción del artículo 4.1 se debió a la necesidad de respetar las regulaciones de aquellos países que -como Argentina, desde 1921- incluían supuestos de aborto legal. Los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos poseen normas que despenalizan el aborto en algún/varios supuestos e inclusive el supuesto de IVE. Y ello no denuncia el tratado.

Estos Estados son parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que prueba que el artículo 4.1 no funciona para impedir la despenalización, precisamente porque no establece un derecho absoluto a la vida del embrión/feto.

La Convención de los Derechos del Niño tampoco consagra la protección desde el momento de la concepción, ni la Argentina ha efectuado ninguna reserva en este sentido, según se desprende de la ley 23849 de aprobación de la Convención de los Derechos del Niño.

Así lo ha aclarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2012 en el fallo "F., A. L.". El Comité de los Derechos del Niño (órgano de monitoreo de los progresos en torno al

[3] Agamben, Giorgio, *Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Ed. Pretextos, 1998.

cumplimiento de la Convención de los Estados parte, en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas) ha recomendado explícitamente a la Argentina que revise su legislación penal sobre el aborto a fin de garantizar el derecho a la vida de niñas y adolescentes. Este Comité -así como otros en la órbita de otros tratados de derechos humanos- es el que marca los acuerdos interpretativos internacionales sobre la Convención de los Derechos del Niño.

Tampoco el artículo 73, inciso 23), de la Constitución Nacional, en tanto prevé la cobertura social en casos de maternidad, supone una protección de la vida fetal desde la concepción sino, por el contrario, busca asegurar la protección de la mujer embarazada. Esto también fue interpretado en este sentido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "F., A. L.".

Y en ningún caso existe el derecho a la vida como un derecho absoluto, sino en todo caso corresponde afirmar que la protección convencional de la vida es gradual e incremental y se encuentra estrechamente ligada con el avance de la gestación y la adquisición de atributos morales susceptibles de valoración, como es la capacidad de sentir que es desarrollada por el feto, recién, luego del primer trimestre junto con el tallo neuronal.

Reconocer la protección gradual e incremental de la vida tampoco significa reconocer un derecho a nacer.

En Argentina no existen derechos absolutos, todos los derechos deben ser ponderados o balanceados según los intereses en juego. Este recurso del lenguaje suele utilizarse por los sectores antiderechos para oponerse a la legalización del aborto esgrimiendo que hay vida desde la concepción.

Si la vida fuera un derecho absoluto, matar en legítima defensa, por ejemplo, sería una acción reprochable penalmente, y no lo es. Si la vida, por otra parte, dependiera exclusivamente de parámetros biológicos, sería ilegal la muerte digna, y no lo es.

La vida y la muerte son sucesos que están fuertemente incididos por la cultura política, religiosa, moral y ética de una comunidad. Sin embargo, en una democracia los criterios de vida y muerte reflejados en las leyes deben ser producto de consensos laicos para no afectar la libertad de conciencia y el autogobierno de las personas que no comparten o no adscriben a un determinado dogma de fe.

Existe, en todo caso, el derecho a no "ser privado de la vida arbitrariamente" (artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos), que no es lo mismo. Este derecho inhabilita, por ejemplo, la pena de muerte. Pero también exige computar que la arbitrariedad es "un criterio", y que cuando se mata en legítima defensa -por ejemplo- hay justificación y, por lo mismo, no es arbitrario "privar de la vida", aun cuando la persona haya nacido, tenga hijes o sea jefa de familia.

El "derecho a nacer" forma parte de un discurso efectista elaborado por sectores antagónicos a las luchas feministas y LGBT+ que usualmente va acompañado de ecografías en vivo e imágenes de fetos de edades gestacionales que superan las doce semanas; y tiende a

lograr empatía con argumentos que no tienen evidencia científica y, a la vez, traducen una moral sexual religiosa en términos de derecho.

El lenguaje performa y el derecho, como discurso de autoridad, atribuye sentidos. Por ello, una mirada crítica permite correr el velo a la ideología de ciertas enunciaciones que, al incluir la palabra derecho, suelen parecer veraces, pero, en realidad, buscan dotar de personalidad a una vida estrictamente biológica, desconociendo la autonomía de la persona que gesta.

Por eso es interesante el artículo 2 en tanto cita los compromisos internacionales que Argentina ha suscripto previamente y que enmarcan el derecho a decidir abortar y las obligaciones estatales de asegurar esa decisión, cuando señala: "Las disposiciones de la presente ley se enmarcan en el artículo 75, inciso 22), de la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos ratificados por la República Argentina, en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer 'Convención de Belém do Pará', la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en virtud de la protección que otorgan a los derechos sexuales y reproductivos, a la dignidad, a la vida, a la autonomía, a la salud, a la educación, a la integridad, a la diversidad corporal, a la identidad de género, a la diversidad étnico-cultural, a la privacidad, a la libertad de creencias y pensamientos, a la información, a gozar de los beneficios de los avances científicos, a la igualdad real de oportunidades, a la no discriminación y a una vida libre de violencias".

Es muy auspiciosa la incorporación expresa de tratados con perspectiva de género, que son centrales a la hora de informar las obligaciones de Argentina para con la igualdad, la dignidad y la libertad de personas que gestan. Suele pasarse por alto que no solo la vida intrauterina está protegida por pactos internacionales, sino también la vida de niñas, adolescentes y mujeres que se silencian detrás de discursos potentes de misoginia, maternidad forzada e invisibilización.

La certeza que nos queda es que sí, obviamente, hay vida, pero no es inconvencional la legislación que permita suprimirla dentro del primer trimestre. La duda que persiste es si quienes defienden la criminalización del aborto e invocan estos mismos tratados alguna vez los leyeron.

4. Primer trimestre y semana 14: el límite saludable a la tiranía fetal

Mucho se habla acerca del límite fijado en la semana 14.

El argumento preferido de los conservadurismos religiosos y los neoconservadurismos políticos para impugnar la legalización del aborto es el de "salvar dos vidas", aunque solo se

refieran en sus discursos a la protección de la vida intrauterina.

Para ello, recurren frecuentemente a la referencia del "bebé" por fuera de los criterios de ciencia y derecho.

"Bebé", "niñito", "personita", "niño", "hija", "niña", "el más vulnerable" o, simplemente, "vida", términos todos usados en el debate social y político, porque quienes no acuerdan con el reconocimiento del derecho a decidir se refieren a personas nacidas con vida.

La categoría de persona es una categoría jurídica, mientras que las etapas embrionarias de la vida intrauterina conllevan definiciones que dependen de la biología. Ocurre que suelen utilizarse de forma "indistinta" por quienes no acuerdan con la legalización del aborto, como un recurso del lenguaje que sirve para autonomizar la vida fetal y dotarla de una personalidad que para el derecho no tiene. Tampoco tiene el mismo significado para la ciencia y es muy probable que un estudiante de medicina que hable de un bebé para connotar la vida intrauterina, al rendir un examen de ginecología, sea reprobado.

Lo mismo ocurre con la referencia a la filiación (hijo, hija o hije), que es relacional. Este vínculo suele ser utilizado en el discurso de la arena pública para dotar de personalidad a una vida cromosómica o estrictamente biológica, que por sus connotaciones no tendrá filiación hasta que no ocurra un nacimiento con vida.

De hecho, cuando ocurre un aborto, por disposición de la ley 26413, el efector de salud tiene obligación de emitir un certificado de defunción fetal, solo a los fines estadísticos en salud, donde no se consigna nombre o domicilio del feto, que son atributos propios de la persona según nuestro Código Civil y Comercial. Mientras que cuando hay un nacimiento con vida, aun cuando esa vida dure unos minutos, se extenderá uno de nacimiento y uno de defunción. Esto registra la existencia de una "persona" para el derecho.

En el mismo sentido se apela deshonestamente a la genética y se tira en la arena política la existencia de un ADN como argumento para justificar la personalidad del embrión. Sin embargo, compartir el mismo ADN, genoma o información genética, es un dato de la biología que no convierte al embrión en persona. Tratar de derivar el concepto de persona de una conjunción celular, de un blastocito, de un cigoto, de un embrión o de un feto -en cualquier edad gestacional- compone una falacia naturalista que consiste en querer derivar valor moral de propiedades exclusivamente naturales.

Y si bien es una vida que puede convertirse en una persona, es contradictorio justificar la personalidad del feto haciendo referencia a que es una "persona en potencia", en tanto implica reconocer que en ese devenir de acto a potencia el embrión puede convertirse en una persona, en dos -en el caso de gemelos-, de convertirse en tejido biológico o de no convertirse en nada.

Se apela también a la protección del Código Civil, una protección condicionada a un nacimiento con vida, como indica el artículo 21. Ello quiere decir que los derechos civiles que se aseguran a la persona por nacer -herencias, por ejemplo- están subordinados a un nacimiento

con vida, si no, "será como si nunca hubiera existido". Pero además, el Código Civil rige el ámbito de las relaciones privadas, mientras que el Código Penal rige para el campo de los delitos, dos esferas ajenas. De hecho, este artículo 19 y también el artículo 21 tienen la misma redacción que contenía el del Código Civil de Vélez Sarsfield -Código Civil viejo, que entró en vigencia en 1971- y en ningún momento impidió la validez y constitucionalidad de los abortos permitidos por la ley en el Código Penal que se sancionó en 1921.

Cierto es que recién el primer trimestre se marca como límite, porque es recién allí donde el feto desarrolla su tallo neuronal que le permite ciertas acciones propias de sujetos morales, como es la acción de sentir dolor. Ese dato biológico puede ser éticamente valorado en dirección al reconocimiento de cierto valor en esa vida fetal, de forma tal que, antes de ese fenómeno fisiológico ubicado en la corteza cerebral, corresponde afirmar que el embrión o el feto no reúnen propiedades morales que justifiquen ponderar la protección de la vida por sobre la autonomía de la mujer o de la persona que gesta.

Sin embargo, es muy distinto permitirse discutir cuándo un embrión tiene propiedades morales que vuelvan inmoral su supresión en pos de resguardar la autonomía que forzar todas las discusiones que involucren aborto y autonomía para que desemboquen en un debate sobre cuándo ocurre biológicamente el "inicio de la vida".

La primera puede ser una discusión antipática para algunxs y, de hecho, se intenta presentar por los conservadurismos religiosos, aunque se nutre de saberes biomédicos, filosóficos, morales, bioéticos culturales, políticos y jurídicos. La segunda es una clara estrategia política desarrollada desde el advenimiento de la democracia y responde a dos objetivos: por un lado, a desenfocar el debate del campo de la soberanía sexual y el autogobierno reproductivo para trasladarlo al de la personalidad moral del embrión o del feto y, por otro lado, también construye sentidos en orden a la personalidad del embrión como un "otro" distinto de quien gesta, lo cual, en última instancia, favorece una concepción autónoma que el feto no tiene ni biológica, ni jurídicamente y legítima de instrumentalizar, en cualquier momento, ese cuerpo donde se aloja.

En síntesis, cuando el artículo 3 establece que "las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional", entiendo que crea un límite saludable a la tiranía fetal, que a través del derecho penal se desentendió de la indignidad que supone la instrumentalización de las personas gestantes al servicio de la vida intrauterina, en cualquier estadio de ese proceso obstétrico.

5. Un plazo de máxima y con estándares de calidad

A diferencia de lo que ocurrió en Uruguay, el proyecto prevé un plazo de máxima que es para concretar las derivaciones que fueran necesarias, o bien los requerimientos que se precisaran según el caso particular. No es un plazo para pensar, ni se propone recapacitar. Tampoco hay un equipo de salud interdisciplinario que deba intervenir imprescindiblemente. Y si bien el plazo

duplicó al proyecto de la Campaña, estará acotado por la obligación de no maleficencia que pesa sobre todo personal de salud. De esta forma, si el límite de la semana 14 se acerca y puede colocar la IVE fuera de la legalidad, el plazo jamás podrá ser usado en contra de la paciente en tanto se habrá provocado un daño a su autonomía. En esa obligación de abstenerse dañar, el profesional deberá acortar ese plazo y extremar todas las acciones necesarias para que la práctica se garantice antes.

El artículo 5 que obtuvo media sanción establece que "toda persona gestante tiene derecho a acceder a la interrupción de su embarazo en los servicios del sistema de salud o con su asistencia, en un plazo máximo de diez (10) días corridos desde su requerimiento y en las condiciones que se establecen en la presente ley y en las leyes 26485, 26529 y concordantes".

Al mismo tiempo, cataloga de forma expresa todos los derechos que -como usuaria o paciente- tiene la persona que requiera una IVE en cualquiera de los subsectores donde el Estado asegura el acceso a la salud.

Vuelta a lo mismo y a riesgo de resultar reiterativa, encuentro particularmente útil que se inscriba en el imaginario sanitario que la consulta de aborto -sea IVE o ILE- cuenta con los mismos estándares de calidad que cualquier consulta de salud y también con los mismos derechos para las usuarias -como "sujetos de cuidado" para la ley 26529- y obligaciones para el personal de la salud.

Autonomía, confidencialidad, intimidad, trato digno y libre de violencias no suelen ser moneda corriente en el marco de la atención sanitaria de aborto y posaborto, por lo cual, esta enumeración que pudiera resultar legislativamente innecesaria, frente a las resistencias de los sujetos supuestos de saber en su propio campo de la salud, deviene, a mi parecer, imprescindible.

Rescato especialmente el inciso f) que habla de la "calidad" en la atención de la IVE, cuando expresamente prevé que "el personal de salud debe respetar y garantizar el tratamiento del aborto conforme los alcances y la definición de la Organización Mundial de la Salud. La atención será brindada siguiendo los estándares de calidad, accesibilidad, competencia técnica, rango de opciones disponibles e información científica actualizada". Esto desarticularía que, en provincias castigadoras y objetoras de conciencia, el personal de salud retacee un aborto farmacológico, el método recomendado y preferido por la Organización Mundial de la Salud, por sus beneficios para quien aborta, desde hace años.

Puede pensarse que el legrado está demodé, sin embargo, en muchas instituciones suele oponerse como carta de triunfo para disuadir o como herramienta de castigo para moralizar. Y en este sentido, la autonomía se fortalece con el inciso e), que prevé la obligación de brindar información basada en evidencia científica: "Se debe suministrar información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, los alcances y consecuencias de la práctica. Dicha información debe ser actualizada, comprensible, veraz y brindada en lenguaje y con formatos accesibles".

Párrafo aparte merece la obligación de informar sobre la legalidad de la IVE, que suele ser un recurso por demás usado por objetores y objetoras a los fines de imponer planes de vida heterónomos. Nótese que hegemonizar el estándar de autonomía de las usuarias en una media de paciente sobreinformada puede conducir a ignorar que muchas usuarias no conocen la ley y, por lo mismo, tampoco sus derechos.

Entonces, una ley que se hace cargo de las interseccionalidades de sus destinatarias es una ley más justa. Y en ese sentido, cuando se prevé que "el personal de salud y las autoridades públicas tienen la obligación de suministrar la información disponible sobre los derechos protegidos por la presente ley de forma dinámica y a lo largo de todo el proceso de atención, incluso si no hay una solicitud explícita", considero que marca una valiosa obligación que busca compensar la desigualdad propia de la relación sanitaria, pero también la desigualdad de poder que estructura identidades de género más desaventajadas que otras según las variables de subordinación que se adicionan en una persona a su condición de género.

En la misma línea, el artículo 6 del proyecto que obtuvo media sanción se pronuncia especialmente sobre el carácter de la información sanitaria que debe circular y las obligaciones médicas respecto de esta.

6. La prestación médica de aborto como cualquier prestación de salud

Las dificultades existentes para el acceso a la interrupción legal del embarazo (ILE) permiten inferir que se podrían proyectar a la interrupción voluntaria de una gestación. Encuentro razonable, por ello, que los artículos 7, 8 y 9 inscriban también el aborto voluntario dentro del mismo esquema de derechos y obligaciones que rodea cualquier atención sanitaria.

En este sentido, tanto el acto de recabar el consentimiento informado de la usuaria como los distintos escenarios que la ley habilita en el reconocimiento de autonomía progresiva en el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación están previstos expresamente. Al igual que el sistema de apoyos para personas con capacidad restringida.

Una nota al pie sobre las certezas y las dudas sobre el tema. Cierto es que la competencia progresiva de niñas, niñes y adolescentes es uno de los enclaves de disputa política desde donde los conservadurismos religiosos impugnan el derecho a decidir abortar, pero no es menos cierto que al ser la alternativa terapéutica de aborto un procedimiento lícito no es necesario regularla expresamente para el caso de IVE.

Sin embargo, su incorporación en el proyecto podría verse como una forma de reafirmar la vigencia de los mismos estándares aun para casos donde se decida interrumpir un embarazo.

De todas formas, entiendo que esta acción política de reafirmar puede terminar jugando en contra desde lo simbólico, en tanto todo aborto de niñas, niñes y adolescentes se inscribe con peligro para la salud, por lo cual ya es una alternativa terapéutica lícita -y obligatoriamente disponible- desde 1921. Este entrecruzamiento perpetuo de la ILE y la IVE contribuye, innecesariamente, a la estrategia política conservadora de trastocar los términos del debate

rediscutiendo permanentemente en la arena pública derechos vigentes, se fortalece cuando se agregan temas como este, que aún no están completamente digeridos por parte de la sociedad. Además, favorece en el público general, aquel que tiene una aproximación sin tecnicismos al tema, la posibilidad de olvidar que todo embarazo adolescente habilita el derecho al aborto.

Por eso, la remisión al Código Civil y Comercial, a la ley 26529 y al plexo normativo que estructura la protección legal de las infancias y adolescencias se presenta suficiente, aun cuando no contenga la casuística propia de las edades y la autonomía progresiva.

Quedará para la implementación y el acceso descartar formularios y burocracia administrativa para el acceso a la salud, teniendo en cuenta que el artículo 7 de la ley 26529 prevé que los procedimientos no invasivos o no quirúrgicos sean consentidos suficientemente de forma verbal. Esto, frente a un aborto farmacológico, descarta algunos obstáculos que suelen darse en torno a la documentación clínica, que, lejos de preservar el proceso de consentimiento informado, lo desvirtúan.

7. Objeción de conciencia: un camino de ida

La objeción de conciencia nació como una herramienta noble para resistir la opresión y proteger aquellas minorías que, en el juego de mayorías, podrían ver injustamente arrasada su subjetividad. En nuestro país, el primer antecedente jurisprudencial que reconoció la objeción de conciencia fue el caso "Portillo", en el que un conscripto pidió eximirse de recibir instrucción militar que le posibilitara alzarse en armas, donde la Corte se encargó de aclarar que le reconocía esta posibilidad, solamente, porque corrían tiempos de paz. Y afirmó, además: "Distinta sería la solución si el país y sus instituciones se encontraran en una circunstancia bélica, pues, en esta, nadie dudaría del derecho de las autoridades constitucionales a reclamarles a los ciudadanos la responsabilidad de defender, con el noble servicio de las armas, la independencia, el honor y la integridad de Argentina".

Es decir, el artículo 10 del proyecto es una enorme concesión a quienes suelen usar la propia conciencia como herramienta para afectar el servicio de salud pública. ¿Por qué?

Porque desafortunadamente esta herramienta de "excepción", frente a los derechos sexuales, en general, y el aborto, en particular, invierte su lógica de creación y funciona en los hechos como una "regla". Así emergen instituciones que, al contar solo con personal objetor, retiran fácticamente de la oferta sanitaria prestaciones médicas lícitas: la favorita es la ILE.

Pero el desgobierno de la objeción no sería posible sin la colaboración silenciosa de los tomadores de decisiones políticas que avalan este comportamiento agresivo hacia las usuarias. Urge pensar, entonces, que esta posibilidad de declinar excepcionalmente la obligación de brindar asistencia se da en el marco de una relación sanitaria que es *per se* asimétrica en términos de poder; y que no hay justicia cuando quien tiene la rectoría en materia de políticas públicas mira para otro lado habilitando que se cargue en las espaldas ya

vulnerables de las usuarias la protección de las conciencias privilegiadas. Acá me parece que hay que pensar, y mucho, sobre la necesidad de incorporar una limitación para que jefes de servicio y directores de hospitales no sean objetores de conciencia.

Insisto, el problema no está en quien se asume públicamente como objetor, pero hace la derivación como la ley 26529 le manda, busca quien asegurará la prestación que su objeción negará y deja constancia de su objeción y de esa derivación en la historia clínica, sin interferir violentamente en la autonomía de su paciente. El problema son los objetores que cierran la puerta de acceso a la salud, buscan evangelizar a sus pacientes y tratan indignamente a quienes no piensan igual.

La peor cara de la objeción, la más dañina, es aquella que se oculta tras un lugar de poder para trastocar el autogobierno brindando información falsa o sin evidencia científica, solicitando interconsultas o estudios innecesarios y hasta judicializando el consentimiento y pidiendo autorización judicial. O la objeción encubierta de proveer un legrado en vez de un aborto con pastillas, solo para provocar dolor. O la objeción encubierta de Rodríguez Lastra que, en Cipolletti, interrumpió un aborto legal de una víctima de violación solo porque tenía el poder de hacerlo. O la objeción encubierta que sufrió Belén, quien fue denunciada en situación posaborto por sus médicxs para lograr un castigo penal acorde a sus preferencias morales. O la objeción que se oculta detrás del uso de los adelantos tecnológicos para desarrollar la viabilidad fetal que asegure un nacimiento con vida, aunque sea por unas pocas horas, cuando se pidió una ILE.

Pero la objeción de conciencia encubierta dentro de la salud, esa tan dañina, se entreteje a la sombra política de discursos jurídicos que le hacen decir al derecho lo que el derecho no dice (que el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos protege la vida de forma absoluta y no gradual e incremental o que el Comité de los Derechos del Niño impide legalizar el aborto, entre otras) y de discursos políticos que apelan a un falso federalismo para promover estándares de derechos más bajos en algunas provincias que se autoperciben "provida" ocultando que ello no tiene impacto jurídico alguno.

También a la sombra de discursos pseudocientíficos que vaticinan colapsos hospitalarios cuando el aborto farmacológico es ambulatorio y es el método recomendado por la Organización Mundial de la Salud para abortos del primer trimestre. Los mismos discursos biomédicos que promueven que la discusión de legalización del aborto se traslade del campo de la autonomía al del inicio de la vida haciendo malabares con la genética y la embriología.

La objeción de conciencia se teje y desteje políticamente bajo el abrigo de la falta de secularización del derecho que impide en las provincias la implementación de políticas claves para prevenir el embarazo no intencional. Hablo puntualmente de la hipocresía de impedir la implementación de la educación sexual integral bajo el *slogan* "con mis hijos no te metas" o de negar la entrega de métodos cuestionando la autonomía progresiva, el número de hijos o la decisión de no tenerlos, para después invocar esas mismas políticas para negar el derecho a decidir o empujar a las mujeres a maternidades forzadas o a abortos inseguros.

Y la objeción de conciencia también se entreteje políticamente mientras se pregonan alternativas como "legal sí, gratuito no" o "despenalizar sí, pero legalizar no", que solo buscan afianzar en la sociedad un doble estándar de salud sin justicia social que se desentiende, además, de las desigualdades de género, clase y raza.

En Tucumán, luego de que Belén estuvo presa, 34 mujeres fueron acusadas por aborto espontáneo o natural y 165 mujeres tienen causas caratuladas como "abuso sexual-aborto provocado". 72 mujeres fueron acusadas por "aborto provocado", solo en los años 2018 y 2019. Esta también es una forma encubierta de objeción de conciencia que usan los estrados judiciales para infligir castigo y dolor. Allí no se objeta directamente la prestación, pero se objeta la decisión.

El problema de la objeción de conciencia es que se hace política con ella. El peligro de la objeción de conciencia desgobernada institucionalmente y sin control estatal es que busca vaciar de contenido políticas públicas diseñadas para el acceso a la salud sexual. Será un desafío titánico del Estado garantizar a la población que la libertad de culto de algunos/as no consolide la subalternidad sanitaria de otres que también tienen libertad de conciencia.

En esta línea, que el proyecto prevea límites a la posibilidad de objetar en el artículo 10 ["a) Mantener su decisión en todos los ámbitos, público, privado o de la seguridad social, en los que ejerza su profesión; b) derivar de buena fe a la paciente para que sea atendida por otro u otra profesional en forma temporánea y oportuna, sin dilaciones; c) cumplir con el resto de sus deberes profesionales y obligaciones jurídicas"] da cuenta de un Estado que, si bien parece no haberle tomado el pulso político a este dispositivo de poder, escuchó lo que los feminismos venimos diciendo sobre el tema.

Quizás refuerce el gobierno de la objeción la posibilidad de penalización que prevé la ley para quien obstruya el acceso a una IVE. Si bien no comparto la salida punitivista, cierto es que objetores y objetoras son cultores de la herramienta penal, con lo cual, es posible que al tener en su horizonte la criminalización no sea por convicción, sino por conveniencia que eviten dañar a sus pacientes.

Frente a situaciones concretas que vinculan libertad de médicxs, libertades de usuarias y obligaciones estatales de garantizar el acceso a la salud, urge advertir que la objeción de conciencia es una estrategia política que rebalsa lo personal.

Si circunscribimos el análisis de la realidad de la objeción de conciencia solo a la existencia o inexistencia legislativa del derecho y omitimos computar cómo funciona esta herramienta de mayorías en el marco de la relación sanitaria asimétrica en términos de poder, el derecho abdicaría en favor de un fetichismo legal que se desentiende de la justicia reproductiva y que intenta neutralizar la discusión política que, aunque bregue por ocultarse, subyace al reduccionismo de "objeción sí u objeción no" u "objeción personal u objeción institucional".

La libertad de conciencia del personal no puede significar la falta de libertades de las

usuarias, ni una barrera para la salud, mucho menos una espada en su dignidad.

Un Estado comprometido con la igualdad de género supervisará adecuadamente esta objeción de conciencia que impugna, con la pluma de distintos saberes, la autonomía sexual y la soberanía reproductiva.

8. Criminalización, autonomía y salud

En 2013, junto con Mariana Álvarez y Alejandra Iriarte emprendimos un proyecto muy ambicioso: investigar la criminalización del aborto en Tucumán, que terminó en una publicación que llamamos *Jaque a la Reina*, presentada oficialmente el 14 de marzo de 2014 en la Universidad San Pablo de Tucumán. Justo una semana antes de que Belén ingresara tan violentamente al sistema penal que la tendría presa por 29 meses.

Esa primera investigación mostró la criminalización de eventos obstétricos adversos en sus múltiples expresiones. Abortos provocados, abortos espontáneos, abortos naturales y tentativa de aborto -hechos de la vida fértil que no son un delito- eran parte de las 534 causas que tenía la triste historia penal de Tucumán entre 1992-2012.

Jaque a la Reina también analizó a quiénes perseguían nuestros tribunales penales capitalinos y dejó obscenamente al descubierto el sesgo de género y el sesgo de clase de las causas. **El 97% de los procesos se dirigía a acusar a las mismas mujeres abortantes**. Un recorte de dos décadas evidenciaba infaliblemente que nuestra Provincia era peligrosa para quien desafiaba el mandato patriarcal de maternidad obligatoria: sea por propia voluntad o aun sin quererlo, las puertas de la cárcel estaban al final del camino como una amenaza perturbadora.

Nos gustaría decir que después de *Jaque a la Reina* el Poder Judicial de Tucumán cambió su rumbo y dejó de perseguir penalmente a mujeres que abortan. Nos gustaría también poder contar que los casos de Belén y María Magdalena no fueron en vano. **Nos gustaría que Tucumán no duela, pero eso no pasa porque nuevos datos nos muestran la misma realidad. Quizás incluso una peor.**

En el mes de diciembre de 2019 iniciamos un camino bastante pedregoso para acceder a los datos de criminalización del aborto entre 2013 y 2019. Primero fuimos ante la Secretaría de Derechos Humanos, de allí al Ministerio Público Fiscal y luego a la Corte Suprema de Justicia provincial. Luego, de vuelta al Ministerio Público Fiscal y otra vez a la Corte. Pero finalmente, en el **expediente Nº 5434/20 conseguimos la información. Y los números, como decíamos, no son auspiciosos.**

Así como encontramos 534 causas caratuladas con la palabra aborto entre 1992-2012, ahora encontramos 314 procesos con la palabra aborto en su carátula. Eso quiere decir que desde 2012 en adelante, fallo "F., A. L." mediante, los procesos de aborto en Tucumán casi se duplicaron por año y pasamos de un promedio de 26 a 44. **No nos cansamos de repetir: en Tucumán sí se criminaliza el aborto.**

¡Otra vez sopa: aborto espontáneo y crimen! 34 procesos penales de los informados por el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal tienen carátula de "**aborto natural**", "**aborto incompleto**" o "**aborto espontáneo**", eventos obstétricos que no son delito y que el Ministerio Público Fiscal no debe perseguir.

81 de los procesos se caratulan como "**aborto**" o "**aborto provocado**", a secas, lo cual deja entrever que allí están exclusivamente acusadas las mujeres, porque algunas otras causas caratuladas como "aborto y lesiones" o "lesiones calificadas por aborto sin consentimiento" o "muerte dudosa por aborto" permiten advertir que el arte de nombrar no es indiferente ni para el poder biomédico, ni para el derecho.

Solo en los dos últimos años, 2018 y 2019, se registraron **36 causas de** "**aborto**", **2 causas de** "**aborto, hallazgo**" **y 1 causa de** "**actuaciones aborto**", donde el sello de la fiscal antiderechos Adriana Gianonni -cuya renuncia se produjo como consecuencia del pedido de juicio político que hicimos junto con Católicas por el Derecho a Decidir y la Asamblea Permanente de los Derechos Humanos- no deja lugar a dudas sobre que la persecución punitiva está dirigida a las mujeres que abortan.

Otra significativa sorpresa fueron los **165 procesos penales** iniciados entre 2013 y 2016 -el año en que se destapó el caso de Belén- con la carátula "**abuso sexual-aborto provocado**". Estos abortos claramente son ILE, y otra vez: procesos penales con un evento obstétrico que no tipifica ningún delito. Aquí se abren dos hipótesis, que confirmaremos cuando podamos acceder físicamente a los expedientes, con o sin barbijo: o bien esas causas se inician a propósito de la famosa "**comunicación**" que indica **el Protocolo de Abuso Sexual Infantil** que el personal de la salud debe hacer sobre el abuso y se informa, además -indebidamente-, sobre una elección lícita y privada que es considerada delictiva en el Poder Judicial; o bien la costumbre de formalizar un pedido de autorización judicial para una prestación médica lícita -señalado como "**violencia institucional**" por la Corte en el fallo "F., A. L."- subsistió hasta el año 2017, cuando desaparecen estas carátulas, aunque subsiste el Protocolo.

En uno u otro caso es inaceptable que se registre como delito "aborto provocado" una alternativa terapéutica lícita para toda víctima de abuso sexual.

Y en ambos casos es doblemente alarmante que el equipo de salud haya violado sistemáticamente la confidencialidad propia de la relación sanitaria y la intimidad de la paciente para rendir cuentas al Ministerio Público Fiscal o al Poder Judicial de prestaciones sanitarias no solamente legales, sino privadas de las víctimas.

Párrafo aparte merecen los **24 procesos iniciados en contra de profesionales de la salud** que garantizaron abortos. Si bien no pudimos acceder a todas las causas, la carátula de "**aborto, abuso de autoridad e incumplimiento de funcionarios públicos**" o la de "participación necesaria en el delito de aborto" son propias de este tipo de acusación usualmente iniciada por el Ministerio Público de oficio, o bien a instancia de alguna denuncia de sectores antiderechos, como ocurrió en 2013 con la denuncia del entonces apoderado del PRO, Arturo Forenza, que

tramitó en **expediente N° 1664/13**.

Otra carátula que hace referencia expresa a los abortos legales y otra situación que tampoco es punible: "Suicidio. Aborto no punible por causa de abuso sexual, artículo 86, inciso 2)".

No encontramos, entre las causas informadas, la carátula de "Belén" que se inició en marzo de 2016 como "**aborto seguido de presunto homicidio**", aun cuando después fue recaratulada como "**homicidio**". Esto nos abre otra duda para seguir indagando en pandemia: ¿cuántas otras mujeres que atravesaron un aborto habrán corrido la suerte de quedar atrapadas en la telaraña judicial de tipos penales más graves para castigar el desafío voluntario o accidental de la obligación de maternar? O, dicho de otra manera: ¿cuántas carátulas de homicidio agravado por el vínculo esconden, en realidad, criminalizaciones de abortos? Porque entre ellas estuvo oculta Belén durante muchos meses.

Otro dato que vuelve a surgir, y que ya nos había llamado la atención en *Jaque a la Reina*, es la imaginación y la capacidad de innovación en quien caratula las denuncias; lamentablemente, no podemos acercarnos al mostrador y consultar por el estado de cada causa, pero no queríamos dejar de compartir ciertas "**perlas**" como, por ejemplo, "**Robo agravado. Aborto**", "**Muerte dudosa. Aborto**", "**Su denuncia por instigación al aborto**". "**Maltrato infantil. Aborto en grado de tentativa**". Si bien es recurrente dentro del discurso de los sectores conservadores dotar de personalidad jurídica al embrión o feto, que aún no la tienen, denunciar por maltrato infantil a quien intentó abortar y finalmente no lo hizo, lo cual, además, está expresamente vedado por el artículo 88, último párrafo, del Código Penal.

La objeción de conciencia tiene mucho que ver con la criminalización del aborto. Las carátulas dan cuenta de un saber específico para la denuncia, la forma en que las mujeres transitan del hospital al sistema penal permite inferir que la violación del secreto profesional continúa siendo moneda corriente y consideramos que son los mismos objetores y objetoras que frente a un aborto legal se niegan a garantizar la prestación, o frente a un pedido de anticonceptivos se niegan a proveerlo, quienes ponen a andar esa maquinaria simbólica de castigo moral y penal.

Hay ahí colaboración inocultable del Poder Judicial, que cuenta también con objetores encubiertos para aplicar incorrectamente el derecho y, entre otras cosas, perseguir mujeres por abortar.

Nadie que pueda elegir abortar, ni nadie que haya abortado sin tener derecho a hacerlo y precise atención sanitaria, debiera estar acompañada con una abogada feminista para que sus derechos se respeten.

9. Conclusiones de cara a una vida democrática

Siempre debatir será el ejercicio más saludable para una comunidad que se precie de cultivar el pluralismo y la vida democrática. La duda es si nuestros planes de vida caben en

nuestra democracia.

El problema surge cuando no se sinceran los puntos desde los cuales parten ciertos argumentos. No se argumenta ya en términos de pecado, porque la religión no es un discurso habilitado para una democracia. Sin embargo, se encubren argumentos religiosos bajo el ropaje de ciencia, bioética y derecho, a tal punto de dejar al desnudo que la objeción de conciencia no se circunscribe al espectro sanitario, sino que se erige como espada del último bastión patriarcal que conservan los fundamentalismos religiosos para avivar el orden sexual jerárquico.

Parte de nuestra subalternidad se apoya en la capacidad biológica de gestar, que nos vuelve madres a cualquier costo. Parte de nuestra opresión es la eterna confrontación con los derechos fetales cada vez que asoma la palabra autonomía. **Tamara Pitch** señala que "la escisión entre mujer y embrión ha tenido como consecuencia la construcción de la célula fecundada como 'víctima', preludio de su reconocimiento como 'persona', incluso jurídica. El giro puerocéntrico, o sea, la tendencia a poner en el centro a los niños, sus necesidades, intereses y derechos, dibuja una escena antagónica en la que se enfrentan dos sujetos: las mujeres y los embriones, las primeras, poderosas, los segundos, a su merced, y por tanto víctimas potenciales de aquellas"[4].

Deseo y sexualidad. Maternidad y elección. Libertad y reproducción. Todos estos binomios parecen imposibles de experimentar si la amenaza de cárcel se asoma en el horizonte de nuestras camas.

Molesta la autonomía de las mujeres porque el derecho a abortar implica el reconocimiento estatal de la fecha de vencimiento de uno de los mandatos más celosamente cultivados en nuestra sociedad: el de la maternidad natural. En definitiva, en el debate de la IVE está en juego algo que los feminismos vienen diciendo desde hace mucho tiempo: **nadie nace para ser madre**.

[4] Pitch, Tamara, *Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2010, págs. 44, 435-459.

Aborto en el Uruguay. Una lucha con resultados, pero, siempre, alertas

POR CRISTINA GRELA[1]

Agradeciendo la invitación para realizar estas líneas con mirada desde la salud, como iniciadora del proceso y reglamentación a nivel, realizaré algunas reflexiones circunscriptas al tema[2]. Uruguay es un país de tradición laica, con separación de la Iglesia del Estado desde los primeros Gobiernos constitucionales en 1810; con educación laica, gratuita y obligatoria, desde 1876. Este sentimiento está en la esencia de la ciudadanía y es ley desde 1911. En todo el proceso de fundación y creación del país, no faltaron ni se ausentaron personajes de la masonería. El divorcio es ley desde 1907 y por la sola voluntad de la mujer, desde 1917. La incorporación al derecho del voto femenino es de 1927 y se hizo real a finales de 1938; en el mismo año, el aborto fue despenalizado por un presidente católico, para salvar de la muerte a las mujeres enfrentadas a ese procedimiento. En los seis meses siguientes, la sociedad presionó y se penalizó nuevamente. En ese momento, se permitió por tres causales restrictivas y se formó la Comisión para la Lucha contra el Aborto Criminal, por donde deberían pasar los casos que no se ajustaran estrictamente a esas tres causales.

Los tiempos pasaban y la vida de las mujeres mantenía las mismas dificultades en su autonomía sexual y reproductiva.

Ante la falta de métodos anticonceptivos y dispositivo intrauterino para evitar los embarazos no deseados -que fueron llegando al país en la década del 50-, las mujeres acudían al aborto clandestino. La consecuencia: abortos en malas condiciones para las mujeres pobres y clínicas de aborto para las pudientes. Muertes de mujeres por aborto.

Hasta 2005 se presentaron diversos proyectos de liberación y legalización del aborto, que, si bien fueron discutidos en las Cámaras, se perdieron en los caminos de los cajones parlamentarios y en los archivos.

Con la entrada del Frente Amplio en el poder del Estado, en 2005, y la participación activa del país en las conferencias de Cairo, Beijing, Nairobi y Copenhague, las formas de pensar y las

[1] Feminista, católica por el derecho a decidir, exdirectora del Programa Nacional de Mujer y Género durante 2005-2010 y, posteriormente, del equipo de Salud Sexual y Reproductiva; referente de género del Ministerio de Salud Pública hasta 2014, en Uruguay, durante el gobierno del Frente Amplio en el país. Anteriormente, desde 1984, estuvo en las organizaciones de la sociedad civil que trabajaban estos temas y desde allí su incidencia en varios de estos.

[2] Leyes de referencia: 17515 y 19580 de violencia de género; ley 18426 de defensa de la salud sexual y reproductiva; ley 18987 de interrupción voluntaria del embarazo.

Tamara, *Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2010, págs. 44, 435-459.

intervenciones de la sociedad civil organizada fueron imprescindibles motores de cambio. Se formaron ministerios, divisiones y departamentos que estarían en línea con los objetivos señalados, el derecho a la equidad entre hombres y mujeres y la discriminación positiva de las mujeres para llegar a alcanzarla. El país en general, en el período de quince años, fue pasando del cumplimiento de las normativas a la vigencia de derechos.

En esas circunstancias de transformación, se formó, en 2005, el Programa Nacional de Salud de la Mujer y Género, que contenía un área prioritaria de Salud Sexual y Reproductiva. Se pasó del siempre conocido Programa Materno Infantil a formar tres programas: Niñez, Adolescencia y Mujer. Abierta a los movimientos, se nombró una Comisión Nacional de Salud Sexual y Reproductiva asesora de la ministra, con integración de la sociedad civil e instituciones que trabajaban esos temas. Paso a paso, se fueron sacando guías sobre procedimientos en anticoncepción y atención al parto, al puerperio, y otras relacionadas. Desde ese grupo consolidado salieron todas las propuestas en el tema que actualmente están vigentes, en libertad y diversidad de la vida íntima y nacional del país.

También se formó la Comisión Nacional de Muerte de Mujeres por Embarazo, Parto Puerperio y Aborto, que buscaba y auditaba las muertes nacionales por esas causas: se estudiaban y se presentaban a los prestadores de servicios donde aquellas sucedían. Se puede comprender que la mayoría correspondía a muertes por aborto séptico. ¡Esos resultados se hicieron públicos! Esa Comisión sigue vigente y se van dejando ver otras causas esenciales de la maternidad y del parto, que quedaban ocultas tras la emergencia de las sepsis posaborto.

Como antecedente, en tiempo de crisis del 2002, fueron 16 las mujeres que murieron por abortos clandestinos y realizados de formas impensables -envenenamiento-, sin contar suicidios. Eso provocó una reacción en el grupo de gineco-obstetras que veían sin posibilidades evitar sepsis y/o envenenamientos de mujeres que morían ante sus ojos. Fueron creando una estrategia de disminución de riesgo y daño. Esa estrategia fue aplicándose en el país y luego extendida en toda la región. El aborto seguía siendo clandestino, la mujer debía autoadministrarse el Misoprostol y luego recurrir a la ayuda sin temores. Un paso gigante, pero insuficiente.

Con la Bancada Bicameral Femenina, el compromiso de las bancadas del Gobierno, la asesoría como empuje sostenido de la sociedad civil y bases del Programa de Salud, se construyó y llevó adelante la ley 18426 de **defensa a la salud integral sexual y reproductiva de las mujeres**. Amplia, completa, intergeneracional y con temas jamás antes considerados, tuvo un Capítulo IV, con dos artículos, que permitía el aborto, la interrupción voluntaria del embarazo por parte de la mujer. El presidente de la República, doctor Tabaré Vázquez, tal como lo había anunciado, lo vetó. Para concretar ese veto debía conseguir apoyo de los ministros. No firmó nadie más que la ministra de Salud Pública, cuyo veto tiene doble valor en asuntos sanitarios. Y así fue. Nos quedamos con una integral y buena ley de salud de las mujeres y sin interrupción del embarazo por la sola voluntad de una mujer; en forma que no comprendimos bien, porque era el último ítem del Capítulo III.

Quedaron vigentes las iniciativas sanitarias contra el aborto en condiciones de riesgo, que estuvo integrado a la norma sanitaria Nº 369. Esta norma se pudo aplicar sin conflictos, se reglamentaron casi todas las incluidas en la ley de parte del Estado para el sistema de salud, tanto para usuarios públicos y privados, y, por la vastedad de temas, se siguen aplicando y reformando.

La lucha por la despenalización del aborto continúa y cada 28 de septiembre hay demostraciones, manifestaciones, nunca se detuvieron las investigaciones, publicaciones y artículos. ¡Aquello no era lo que queríamos!

Se reanudaron las luchas y en 2012, con inmensas contrariedades para los parlamentarios por las iglesias evangélicas y fundamentalistas, la ley se presentó. El Frente Amplio tenía un legislador que no estaba de acuerdo y que no saldría de sala. Es por ello que se hizo un acuerdo con el Partido Independiente, cuyo único senador en ese momento presentó y las negociaciones comenzaron. Se consiguió una ley con muchas trabas, tiempos, causas y múltiples trabajos para los equipos técnicos, y siempre con autoaplicación de la usuaria.

El 22 de octubre de 2012 se aprobó la ley 18987, que regiría luego de un mes. Tuvo 180 días para su reglamentación por parte de los equipos del Ministerio de Salud. Ese proceso de reglamentación fue dirigido en forma dilecta y directa por el subsecretario de Salud, doctor Leonel Briozzo, y anuencia de la doctora Susana Muñiz como ministra. Si algo se puede afirmar es que los mejores técnicos/as del país, de dentro y fuera del Ministerio de Salud, participaron de aquel rompecabezas para obtener una reglamentación que, a pesar de sus contradicciones y los pasos a seguir, pudiera atender derechos y procesos de las ciudadanas. El compromiso incansable de los funcionarios/as es de destacar. La ley penaliza cuando la interrupción voluntaria del embarazo se realiza contra su voluntad.

Unos días antes de la fecha límite, dicha reglamentación se presenta en conferencia de prensa en la presidencia, con algunos ministros/as y directores y quienes estuvieron en el proceso. Mucho compromiso de algunos Ministerios y de la fuerza política. El presidente no concurrió.

El Ministerio de Salud adquirió un blíster con la medicación específica que sería entregada a todas las usuarias en forma gratuita o con un pago mínimo. Muy buena y efectiva resolución. La lucha continuó. Era momento de movilizar los equipos de salud, en especial, la Sociedad de Ginecología del Uruguay. Las tensiones fueron mayores para algunos técnicos de ese grupo y las reuniones se dieron en forma violenta, actos de desobediencia civil, que presentaban como objeción de conciencia. En realidad, y así lo decían, estaban contra la ley.

Pronto surge un grupo de legisladores que se expresa en contra y reclama un referéndum para derogar la ley en su totalidad, busca firmas y se cita a un plebiscito nacional para junio del mismo año. El pueblo uruguayo no se hizo presente en las urnas. Solo un 8, 94% fue a votarlo. No alcanzaron el 25% necesario para habilitar el referéndum.

La lucha continuó y se formaron los equipos de atención a las mujeres para cumplir con el recibimiento de la usuaria y los tiempos requeridos, así como certificados, la entrevista sociopsicológica, la espera registrada y el equipo gineco-obstétrico que asista luego y la entrevista con consejería posterior en métodos anticonceptivos variados, educación sexual, etc. Los conflictos a nivel de la salud y sus servicios siguieron, y siguen, ya que quienes están en contra de las decisiones de las mujeres continúan con y por diferentes razones para hacerla difícil.

Se tomaron algunas medidas que fueron útiles: se les exigió una declaración jurada personal a quienes argumentaron la objeción de conciencia y se fiscalizó que tampoco lo hicieran en forma particular con cobro y fuera del espacio correspondiente. Algunas instituciones también acudieron al Ministerio de Salud Pública y se exigió un documento institucional. Estos aspectos dieron buen resultado: muy pocos certificados y una sola declaración jurada institucional.

Otra de las dificultades sucedió en el interior del país al no existir algún profesional que pudiera cumplir con alguna parte del proceso del procedimiento. Allí se buscó la complementación de públicos con privados o el envío de la usuaria al lugar más cercano donde se pudiera atenderla, sin costo para ella.

No hubo problemas con el poder judicial para realizar los certificados en casos de violación y llegar al tiempo permitido.

Desde 2013, murió una sola mujer por aborto. Lo hizo por su cuenta, sin consulta.

A manera de conclusión, para enfrentar los problemas que vendrán y solucionar la puesta sanitaria de la ley, podría recordarles:

- Buena base de defensores de la ley y su aplicación en todo el territorio y en todos los niveles sociales, barriales, de salud y justicia. Ustedes, en Argentina, sí lo tienen.
- Nunca dejarse intimar por quienes están o dicen estar en contra. Bajarán la guardia.
- Hacer muy bien el trabajo y que las usuarias sean defensoras y adherentes a anticonceptivos u otros métodos y que no reincidan en el aborto, si fuera posible.
- Otro aliado es el tiempo, cuando no hay accidentes.
- El propio sistema comprendió que era necesario legalizar la interrupción voluntaria del embarazo y mejor que antes, porque no habrá muertes de mujeres por esta causa y se olvidan antiguas ideas de combate.
- Los/as niños/as serán esperados/as, queridos/as y agasajados/as para ser los/as mejores ciudadanos/as.

Suerte, muchísima justicia y paz, cada día, con los derechos de las mujeres y las niñas.

Madres anónimas: el ejercicio de la maternidad de mujeres internadas en manicomios

POR SOFÍA SESIN LETTIERI[1]

1. Introducción

El presente artículo pretende indagar sobre las causas que impiden a las mujeres internadas en los manicomios conservar los vínculos con sus hijxs y ejercer el derecho a ser madres. Para ello, se propone pensar que la negación de su derecho a maternar se presenta como una vulneración de carácter continuo que, al mismo tiempo, se traduce en una directa afectación a su derecho de formar una familia.

Para entender que la negación del derecho a maternar de esas mujeres implica una vulneración de efecto continuo, este trabajo se propone analizar cómo las decisiones judiciales del pasado producen efectos en el presente, efectos que además están estrechamente vinculados con el derecho de sus hijxs a conocer su origen.

Al mismo tiempo, se buscará reflexionar sobre las razones que, aún hoy, llevan a la justicia a privilegiar la decisión de separar a esas madres de sus hijxs por sobre la elección de otras alternativas, incluso cuando la jurisprudencia, la doctrina y los pronunciamientos de organismos internacionales se expiden en un sentido favorable sobre el derecho a maternar de las mujeres con discapacidad.

Finalmente, se intentará mostrar que la pérdida de esos vínculos no solo está determinada por una decisión judicial, sino que también se encuentra atravesada por los profundos efectos que produce la institucionalización sobre las vidas de estas mujeres y sus posibilidades de construir y sostener lazos con el exterior.

2. Un análisis bajo el prisma de la interseccionalidad

La interseccionalidad es un concepto clave para entender el entramado de las complejidades que interaccionan simultáneamente en las mujeres internadas en manicomios, permite comprender cómo estas se encuentran expuestas a múltiples desigualdades producidas por la compleja relación entre los distintos sistemas de subordinación, como lo son, por ejemplo, el género, el estado de salud mental, la clase y la edad.

[1] Abogada (FCJyS-UNLP), maestranda en Derechos Humanos (FCJyS-UNLP), cursada finalizada. Coordinadora del programa de extensión Salud Mental y Derechos Humanos (FCJyS-UNLP). Trabajó, entre 2015 y 2020, en el Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires. Actualmente, trabaja en la Subsecretaría de Salud Mental, Consumos Problemáticos y Violencias en el ámbito de la salud pública del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires.

Crenshaw explica que, para garantizar la protección de los derechos humanos de todas las mujeres, debe darse atención a las distintas formas por las cuales el género se intercepta con una gama de otras identidades y el modo por el cual esas intersecciones contribuyen a la vulnerabilidad particular de diferentes grupos de mujeres. La discriminación interseccional es particularmente difícil de identificar en contextos donde, por razones económicas, culturales y sociales (estructurales) silenciosas, se coloca a las mujeres en una posición donde terminan siendo afectadas por otros sistemas de subordinación. Si bien la autora utiliza la noción de interseccionalidad para explicar las múltiples desigualdades que simultáneamente afectan a las mujeres negras en Estados Unidos, su conceptualización permite también pensar las interacciones que juegan en el caso de las mujeres internadas en los manicomios.

En este sentido, la noción de interseccionalidad es una conceptualización del problema que busca capturar las consecuencias estructurales y dinámicas de interacción entre dos o más ejes de subordinación. Se trata, específicamente, de la forma por la cual el racismo, el patriarcado, la opresión, la clase y otros sistemas discriminatorios crean desigualdades básicas que estructuran las posiciones relativas de las mujeres, razas, etnias, clases u otras[2].

En el caso específico de las mujeres con discapacidad, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce que están sujetas a múltiples formas de discriminación, siendo obligación del Estado adoptar medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales; entiende que la discriminación interseccional implica que las personas no sufren discriminación como miembros de un grupo homogéneo, sino como individuos con identidades, condiciones y circunstancias vitales multidimensionales. Las vivencias y experiencias de agravamiento de la situación de desventaja de las personas, a causa de formas de discriminación múltiples e interseccionales, requieren la adopción de medidas específicas[3].

Por su parte, el Órgano de Revisión de la ley nacional 26657 de salud mental explica que la intersección que representa el hecho de ser mujer con discapacidad mental implica reconocer el sufrimiento de muchas mujeres relacionado con la construcción social de su identidad y con la segregación que han vivido en todas las áreas, teniendo siempre menos oportunidades de desarrollo personal, laboral, económico, cultural, educativo y social. En esa dirección, advierte que una perspectiva de género en salud mental implica la revisión de los marcos teóricos y las prácticas dentro del campo de la salud[4].

Serra toma a Collins[5], para explicar el concepto de "matriz de dominación" como la

[2] Crenshaw, Kimberlé, "Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero", Revista Estudos Feministas, 2002, págs. 4 a 7.

[3] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general Nº 3 sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, 2016.

[4] Órgano de Revisión ley 26657. Resolución (SE) 3/2019. Recomendación sobre "Derechos sexuales y reproductivos. Derecho al maternaje de las mujeres y otras personas gestantes con discapacidad mental alojadas en establecimiento de salud mental".

[5] Collins, *Patricia, El pensamiento feminista en la matriz de dominación*, 1990.

organización social general dentro de la cual las opresiones interseccionales se originan, desarrollan y son contenidas. La matriz de dominación ayuda a entender cómo están organizados los dominios de poder en los que operan las opresiones. Explica la autora, en su tesis doctoral, que el concepto de la matriz de dominación permite explicar la complejidad del poder, privilegio y opresión y las diferentes formas de dominio en las que opera. El dominio estructural organiza la opresión (cómo las instituciones sociales se organizan para reproducir la subordinación con el tiempo), mientras que el dominio disciplinario lo administra (las prácticas organizacionales). El dominio hegemónico justifica la opresión (ideología, cultura e imaginario social) y el dominio interpersonal influencia en las experiencias de la vida diaria de las personas y, por lo tanto, la conciencia individual que sobreviene[6].

En el caso de las mujeres madres con padecimientos mentales internadas en manicomios, la idea de la matriz de dominación resulta muy interesante para pensar los dominios en los que se instalan y se ejercen esas opresiones. Las instituciones totales[7] como el manicomio y los hogares para menores poseen un rol central, así como también el poder judicial que decide el destino de esos niñxs y si tendrán vinculación con sus madres. El dominio disciplinario se traduce en prácticas muchas veces atravesadas por lógicas manicomiales que permean todas esas instituciones. La hegemonía que aún hoy justifica esa opresión, bajo el paraguas de la peligrosidad, lo anormal y el déficit, así como la dimensión interpersonal asociada al estigma social y a la segregación de las personas con padecimientos mentales, sella ese complejo entramado.

3. Las internaciones como impedimento para el ejercicio de la maternidad

De acuerdo con una reciente investigación realizada en el Hospital Neuropsiquiátrico Dr. Alejandro Korn de La Plata -Provincia de Buenos Aires- sobre una muestra de población de las cinco salas de mujeres internadas en el sector de larga estancia, que coordiné junto con dos colegas desde la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), pudo saberse que más de la mitad de las mujeres relevadas tuvo hijxs, sin embargo, la mayoría no pudo sostener esos vínculos, ya que la internación operó como un impedimento para conservarlos. Asimismo, sobre los dos casos en los que el embarazo se cursó durante la internación, los juzgados de menores que intervinieron en aquel entonces ordenaron que las niñas recién nacidas fueran separadas de sus madres y llevadas al Hospital Sbarra (ex Casa Cuna). Sus madres no volvieron a saber de ellas. En uno de los casos registrados, madre e hija se reencontraron 27 años después. Varios informes realizados por profesionales del hospital a lo largo de los años daban cuenta del constante pedido de la mujer de conocer el paradero de su hija[8].

[6] Serra, María Laura, "Mujeres con discapacidad y situaciones de opresión. Deconstrucción feminista: desestabilizando las jerarquías de los dominios de poder", tesis doctoral, Getafe, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, noviembre/2016, págs. 74 a 76.

[7] Goffman define la institución total como un lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un periodo apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente. Al respecto, puede profundizarse en Goffman, Erving, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, 2ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, Amorrortu, 2012, pág. 19 y ss.

[8] Programa de extensión universitaria Derecho a la salud: VIH y padecimientos mentales (FCJyS-UNLP) coordinado por Harrison, Melissa; Mostajo, Mariana; Sesin Lettieri, Sofía. Informe: "Construyendo libertad. Un análisis sobre el impacto de la institucionalización en mujeres internadas en el Hospital Alejandro Korn desde la mirada de la extensión universitaria", 2020, págs. 20 y 21.

En un sentido similar, una investigación realizada por Ardila Gómez sobre mujeres que estuvieron internadas y que hoy viven en la comunidad recoge testimonios de mujeres que tuvieron internaciones prolongadas en el Hospital Neuropsiquiátrico Esteves de Temperley, Provincia de Buenos Aires, y que perdieron el contacto con sus hijxs al ingresar a la institución. En particular, en una de las entrevistas realizadas por la autora a una mujer llamada María, esta última cuenta: "También tengo una hija, pero ahora no está conmigo. La tiene una gente muy buena y yo puedo hablar con la mamá de ella. Y la quiero conocer algún día, pero tengo mucho miedo de conocerla. No sé por qué tengo miedo. Como se lo dije ayer a la doctora, le dije que tenía miedo de conocer a la nena, y me dijo que no tenga miedo, que es una cosa linda eso. Mi hija tiene 26 años (...) En el hospital estuve 18 años. De los 19 a los 35 años (...) Conmigo estuvo la nena tres días en el Evita. Después la pusieron en una incubadora porque era muy chiquita. Y después me mandaron para el Hospital Esteves y me quedé internada ahí porque no tenía familia. Si hubiese tenido familia, la nena viviría con mi familia y no con esa gente (...) Cuando me la sacaron a mi hija en el Evita me transformé (...) '¿Mi hija, dónde está mi hija?' Lloraba, se me caían las lágrimas. ¿Sabés qué es que te digan que tenés que dejar a tu hija abandonada? Es muy triste. Vino una enfermera que era muy buena conmigo, del Esteves, y me decía: 'Calmate, calmate' y me llevó al Esteves. '¿Y mi hija?'. 'No te preocupes', me decía. Y se me caían las lágrimas. Un hijo es un hijo, ¿sabés lo que es tener un hijo? En todos esos años no supe nada de mi nena, hasta que Analía hace dos años la encontró..."[9].

El Órgano de Revisión de la ley 26657, recientemente, señaló en una recomendación que, a partir de los casos en los que había intervenido en situaciones de mujeres y personas gestantes, la persona no podía ejercer su derecho al maternaje en razón de su padecimiento mental. En ese sentido, indicó que se cruzan estereotipos que discriminan doblemente, ya que, por un lado, se identifican aquellos vinculados a lo que se considera "una buena madre" y, por el otro, los vinculados a una supuesta debilidad e incapacidad de las personas con padecimientos mentales. Esta conjugación lleva a concluir que cualquier mujer o persona gestante con discapacidad no es apta para el ejercicio del maternaje. Esas prácticas discriminatorias influyen negativamente sobre su derecho a mantener a sus hijxs con ellas o sobre la posibilidad de requerir asistencia o apoyos. En estos supuestos aparecen barreras de todo tipo y las personas no pueden contar con la accesibilidad de los recursos ni con las estrategias para hacerlos efectivos. La regla indica que se parte de la presunción de incapacidad en razón del padecimiento mental o del diagnóstico, sin que se hayan puesto en marcha los mecanismos de apoyo al maternaje, que puedan variar de acuerdo a la situación particular de cada persona gestante. El Órgano pudo identificar que la profundización de la vulnerabilidad de estas personas se vincula a factores como el tiempo prologado de institucionalización, la carencia de una red socioafectiva continente y la ausencia de una alternativa habitacional que resulte acorde a las preferencias de la mujer y persona gestante, que posibilite continuar el tratamiento de los cuidados integrales como los de los sistemas de

[9] Ardila Gómez, Sara Elena, *En nombre propio: relatos de vida de mujeres que tuvieron internaciones psiquiátricas prolongadas y ahora viven en la comunidad*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, págs. 25 a 31.

apoyo para el ejercicio de la maternidad[10] [11].

4. La construcción de los cuidados y sistemas de apoyo para el maternaje

En el caso "I., J. M. s/protección especial", el hijo de una mujer con retraso madurativo fue puesto en estado de adoptabilidad, por lo que su madre interpuso un recurso de queja, resuelto favorablemente en 2016. Si bien en este caso la mujer vivía en la comunidad, vale la pena señalar que los prejuicios que operaron en este caso son similares a los que influyen en el caso de las mujeres internadas. En aquel pronunciamiento, la Procuración General de la Nación expresó que es obligación del Estado proveer los apoyos necesarios para el ejercicio de la maternidad: "En esa tarea, observo ante todo que E. M. L. se mantuvo a derecho durante el curso del presente proceso, en el que participó activamente y en el que permaneció a disposición de los tribunales, perseverando en la voluntad de hacer efectiva su función materna. Es de resaltar (...) que la presente acción de protección de persona no se inicia por la demostración de la incapacidad de la madre en la crianza de su hijo, ya que se dispone su apartamiento y derivación a un hogar directamente al ser dado de alta del servicio de neonatología luego de su nacimiento, sin haberle permitido en ningún momento convivir con este, lo que ha venido reclamando en todo el proceso".

"En primer término, la existencia de necesidades de estímulo y contención no puede constituir por sí un argumento válido para despojar a una persona con retraso madurativo de la oportunidad de ejercer plenamente sus derechos fundamentales. Antes bien, es la presencia de esas necesidades la que impele al sistema universal de derechos humanos para imponer a la autoridad pública carga positiva de prestar los apoyos y ajustes razonables...".

La Procuración señaló que, al decidir, la Cámara omitió la expresa recomendación de proveer "un acompañamiento estable que repare y facilite el vínculo madre - niño y que brinde a un sostén maternal que sirva de identificación para que pueda ejercer su rol materno en forma adecuada", así como la observación de que los dispositivos que había otorgado el Estado no fueron los adecuados para la complejidad del grupo familiar. Por lo que concluye que las dificultades del núcleo familiar y las impresiones diagnósticas parciales no alcanzan para tener por configurada la causal de abandono moral y material fundada en que no ha podido sostener su deseo de ser madre[12].

El apoyo para las mujeres y las niñas con discapacidad debe contar con un enfoque múltiple e interseccional. A este respecto, la Relatoría sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señaló que las mujeres y las niñas con discapacidad encuentran importantes

[10] Órgano de Revisión ley 26657. Resolución (SE) 3/2019. Recomendación sobre "Derechos sexuales y reproductivos. Derecho al maternaje de las mujeres y otras personas gestantes con discapacidad mental alojadas en establecimiento de salud mental".

[11] En el año 2020, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires hizo eco de la resolución estableciendo su comunicación a los juzgados civiles y comerciales, a los juzgados de familia, en lo contencioso administrativo y en lo penal, así como a las secretarías actuariales del tribunal por intermedio de las cámaras de apelación. Solicita se brinde información desde la asesoría pericial y desde los equipos interdisciplinarios de los juzgados de familia sobre la capacidad de maternaje en personas con padecimientos mentales.

[12] "I., J. M. s/protección especial", Procuración General de la Nación, 4 de mayo de 2016 (CIV 37609/2012/11RH1).

dificultades para tener acceso al apoyo, entre otras cosas, porque tienen menos posibilidades de estudiar y trabajar y están peor remuneradas que los varones. También indicó que el apoyo debe tener en cuenta la discriminación sistémica y múltiple que experimentan las mujeres y las niñas con discapacidad, por lo que los Estados no pueden abordarlo de forma neutra a la hora de diseñarlo y aplicar las políticas e intervenciones. Deben eliminarse todas las barreras que interfieran en el acceso de las mujeres y las niñas a los arreglos generales de apoyo, prestando, además, la asistencia pertinente a las mujeres con discapacidad que desempeñan responsabilidades de cuidados y apoyo como madres, sin reforzar los patrones de discriminación y los estereotipos negativos[13].

Por su parte, Sabin Paz sostiene que es necesario cambiar el sentido del cuidado, maternizar la sociedad y desmaternizar a las mujeres. Instala la importancia de construir sistemas de apoyo, de cuidado de ayuda entre pares, con figuras como compañeros de cuidado que permitan crear campos relacionales intersubjetivos para afrontar las dificultades, las dudas, los temores u obstáculos vinculados al ejercicio pleno del derecho a maternar[14].

5. El derecho al maternaje y el derecho a conocer y conservar los vínculos de origen

La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos permite comprender cómo la vinculación indisoluble entre el derecho a maternar de las mujeres internadas y el derecho de sus hijxs a conocer su origen y conservar el vínculo con ellas se refleja en una compleja relación que impacta sobre la construcción de sus identidades, su genealogía y su historia.

Con relación al respeto del hogar y de la familia, cuando Argentina ratifica la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se obliga a poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad/maternidad y las relaciones personales. Específicamente, reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad de fundar una familia y el derecho a decidir libremente y de manera responsable el número de hijxs que se quiere tener. El Estado debe prestar la asistencia apropiada para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de lxs hijxs.

De acuerdo con la Convención, en ningún caso se separará a un niñx de sus padres debido a una discapacidad del niñx, de ambos padres o de uno de ellos. Esta regla general reconoce una excepción en el caso en que las autoridades competentes, con un examen judicial, determinen que esa separación es necesaria por el interés superior del niñx[15]. En consonancia con ello, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niñx con discapacidad, el Estado debe realizar todos los esfuerzos para proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar[16].

[13] Relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Catalina Devandas. Informe sobre sistemas de apoyo, 2016, párrafos 42 y 43.

[14] Sabin Paz, Macarena, "Género y diversidad sexual", Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, agosto/2020.

[15] Con idéntica redacción se establece lo mismo en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, lo cual permite inferir que, al regular este aspecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tuvo en cuenta el texto de aquel tratado.

[16] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 23, "Respeto del hogar y de la familia".

Paralelamente, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece que lxs niñxs tienen derecho, desde que nacen, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos. Es deber del Estado respetar el derecho de lxs niñxs a preservar su identidad, su nombre y las relaciones familiares. En el caso en que lxs niñxs estén separados de uno o de ambos padres, tienen derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular, salvo que sea contrario a su interés superior. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por el Estado, se debe proporcionar, cuando se pida, a los padres, al niñx o, si procede, a otro familiar información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niñx[17].

Además, de acuerdo con la ley 26061, los organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes, facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. En toda situación de institucionalización de los padres, los organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquellos, siempre que no contraríe su interés superior. Solo en los casos en que esto sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley[18].

Por último, la ley 26657 reconoce a las personas con padecimiento mental el derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia y a no ser identificadas ni discriminadas por un padecimiento mental actual o pasado[19].

6. La vida en comunidad, un horizonte de posibilidades

Tal como fue desarrollado antes, no cabe duda de que los manicomios se presentan como uno de los límites más gráficos para que las mujeres puedan concretar su derecho al maternaje. En ese sentido, la vida en comunidad plantea alternativas posibles para pensar el vínculo madre-hijx.

Nuestro país reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, para lo cual debe adoptar medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho, la inclusión de las personas con discapacidad y su participación en la comunidad. El Estado debe asegurar a las personas con discapacidad la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, que no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; que tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la

[17] Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 7, 8 y 9.
[18] Ley 26061, artículo 11, "Derecho a la identidad".
[19] Ley 26657, artículo 7, incisos b), i), "Derechos de las personas con padecimiento mental".

comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de esta. Además, debe garantizar que las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades[20].

Además, la ley 26657 establece que el proceso de atención en salud mental debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial, basado en los principios de la atención primaria de la salud, promoviendo el reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales[21]. Se debe promover el desarrollo de dispositivos tales como consultas ambulatorias, servicios de inclusión social y laboral para personas después del alta institucional, la atención domiciliaria supervisada y apoyo a las personas y grupos familiares y comunitarios. También deben generarse prestaciones tales como casas de convivencia, hospitales de día, cooperativas de trabajo, centros de capacitación socio-laboral, emprendimientos sociales, hogares y familias sustitutas[22].

La internación es considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo y solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social. Ante una internación, la regla general indica que debe promoverse el mantenimiento de vínculos, contactos y comunicación de las personas con sus familiares, allegados y con el entorno laboral y social. Si una internación es necesaria, debe ser lo más breve posible, en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios. Además, la internación no puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el Estado debe proveer los recursos adecuados a través de los organismos públicos competentes[23].

7. Reflexiones finales

A lo largo de este trabajo, se ha realizado un esfuerzo por mostrar cómo la institucionalización en manicomios produce un impacto tan fuerte sobre el vínculo madre-hijx que, en la mayor parte de los casos, impide su conservación. La discriminación interseccional que opera dentro de esa compleja matriz de dominación hace muy difícil pensar el maternaje de las mujeres internadas, porque ese contexto no provee condiciones para el sostenimiento de vínculos.

El derecho a vivir en comunidad, vinculado al de construir una familia, permite pensar un camino viable hacia la posibilidad de maternar, pero, incluso así, si las mujeres no cuentan con los apoyos adecuados para su ejercicio, difícilmente el resultado sea distinto al que les espera en un contexto de encierro.

[20] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 19, "Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad".
[21] Ley 26657, artículo 9.
[22] Ley 26657, artículo 11.
[23] Ley 26657, artículos 14 y 15.

Como pudo verse, tanto los estándares internacionales como la normativa interna ofrecen una visión clara sobre el derecho de esas mujeres a maternar y el derecho de esos hijxs a conocer su origen. Sin embargo, la realidad muestra un Estado que muchas veces no lo garantiza.

Algunos casos mencionados dan cuenta de la realidad que viven muchas mujeres que fueron madres hace décadas y que todavía buscan a sus hijxs. Paralelamente, no existe un camino claro sobre cómo se garantiza el derecho de esos hijxs, en su mayoría, hoy, adultxs, a conocer su origen. La enorme deuda que el Estado tiene en este sentido exige tener en cuenta que las decisiones del pasado tienen efectos en el presente y en el futuro de cada una de esas personas. Este trabajo pretende visibilizar todas esas realidades y, tal vez, dejar instaladas más preguntas que respuestas.

Análisis político del teletrabajo

POR NATALIA SALVO Y VANESA LAMAMÍ[1]

La irrupción de la pandemia en el mundo ha producido cambios significativos en la modalidad de prestación de servicio remunerado por cuenta ajena. Si bien no podemos negar que el teletrabajo era una modalidad incorporada en el ordenamiento jurídico -y practicada en determinados sectores de la industria-, su extensión ha motivado el inicio de procesos reflexivos a su respecto.

Identificamos en el teletrabajo tres factores determinantes: la descentralización del lugar de trabajo, la utilización de la tecnología y, finalmente, la existencia de una relación laboral remunerada. A través del presente artículo, procuramos indagar las consecuencias que el teletrabajo tiene sobre las personas tanto en el plano individual como en el colectivo, incorporando en dicho análisis la perspectiva de género.

¿Es el teletrabajo una forma de evolución? Resulta difícil buscar una respuesta adecuada, toda vez que el concepto de tecnología entraña en su génesis la noción de evolución, que, aplicada al trabajo, implica una optimización de recursos del proceso productivo. En esta línea, el interrogante correcto sería: ¿a quién beneficia la evolución de la tecnología aplicada al trabajo?

La tecnología ha sido una herramienta útil para la radicalización del modelo de producción capitalista, encontrando ejemplos que van desde la Revolución Industrial hasta la inteligencia artificial. El avance de la tecnología es una consecuencia de la profundización del capitalismo, y no a la inversa. En lo atinente al punto, señalamos el análisis realizado por Adam Booth, en su artículo titulado "Tecnología, innovación, crecimiento y capitalismo"[2], en el que destaca: "Por ejemplo, el concepto de la energía de vapor era conocido por los antiguos griegos, y sin embargo, esta tecnología potencialmente revolucionaria no se ejecutó ya que la economía se basaba en el trabajo de la abundante oferta barata de esclavos. Era maquinaria que ahorraba trabajo, por lo tanto, de poca utilidad. Del mismo modo, había pocos estímulos para desarrollar tecnología en el feudalismo, un sistema basado en el trabajo de los siervos atados a la tierra de sus señores (...) Es solo con el capitalismo donde se da un sistema en el que la competencia y la búsqueda del beneficio individual proporcionan un incentivo para invertir en nueva maquinaria

[1] Abogadas laboralistas, docentes en la Universidad Nacional de José C. Paz, integrantes de la Corriente de Abogadxs Laboralistas 7 de Julio, feministas y militantes del campo nacional y popular.

[2] https://www.marxist.com/technologia-innovation-crecimiento-y-capitalismo.htm.

y tecnología…".

Analizando la situación desde esta perspectiva, cabe preguntarse si el desarrollo del capitalismo -y su profundización en las nuevas formas de concentración- importó un avance en el objetivo primordial del movimiento obrero, a saber, "una equitativa participación en la redistribución del ingreso". Preliminarmente, podemos afirmar que la relación ha sido absolutamente negativa para los trabajadores y trabajadoras.

En el nivel promedio de salarios encontramos el reflejo de esa relación asimétrica respecto de la distribución del ingreso, al tiempo que se degradan mientras se produce el fenómeno de profundización de concentración del capital.

Por esta razón, se naturaliza la construcción de subjetividad de gerenciamiento del yo en tanto empresa, se es cada día "menos trabajador/a" y "más empresario/a" de sí, y es en este sentido que la realidad nos invita a reflexionar respecto del rol de la cultura del capitalismo en este proceso de concentración.

La concentración del capital no puede resultar un aspecto novedoso. El rasgo característico del capitalismo en el devenir histórico ha sido la concentración monopólica de los medios de producción, que derivó en un capitalismo mundial de pocos e interconectado.

En este sentido, vemos cómo empresas que han basado sus modelos de negocios en la utilización de datos, tales como Google, Apple y Amazon, hoy diversificaron sus negocios, abarcando actividades vinculadas con el entretenimiento, hasta el cuidado de la salud o servicios de seguridad y localización[3].

El capitalismo busca a través de la incorporación de la tecnología la reducción del salario en tanto variable de mengua de su ganancia. Un ejemplo cabal lo observamos en la ficción denominada "trabajadores/as de plataformas", el objetivo allí no ha sido aplicar tecnología a fin de mejorar las condiciones de trabajo, sino, muy por el contrario, forzar la idea de una nueva modalidad de prestación de servicios, que por sus características se aparta de las tradicionales reguladas en nuestro régimen laboral, circunstancia que ha sido la base argumental para bajar el piso de protección de las personas que trabajan.

Si bien siempre comprendimos que en una relación de trabajo la desigualdad se encuentra ínsita, hoy son perfectas antinomias, atravesadas por cuestionamientos respecto de su racionalidad. Existe en la actualidad una seria dificultad en lo que atañe a la búsqueda de criterios y reglas éticas que gocen de relativo consenso al momento de negociar. La radicalización de la concentración del capital, tanto en su faz aspiracional como operativa, es la clave para comprender esta distancia entre el capital y el trabajo.

Partimos de una premisa: su evolución no puede ser detenida, empero, sí sus consecuencias,

[3] https://www.celag.org/impacto-fusion-tecnologia-y-produccion/.

mitigadas a través de la labor del derecho en tanto límite a la imposición del poder patronal, como un resabio monárquico que se da en el seno de la relación de trabajo, vale decir, el derecho como instrumento igualador y compensador de esa desigualdad que preexiste en el vínculo entre trabajador/a y empleador/a. Lo dicho constituye un plan a corto plazo que exige una rápida y necesaria reorganización funcional de las/os actoras/es del movimiento obrero.

Específicamente, adentrándonos en el fenómeno del teletrabajo, se identifica la existencia de un beneficio empresarial determinado por los innecesarios costos operativos, que derivan en unos de los factores determinantes de esta modalidad: "la descentralización productiva", un fenómeno perfectamente conocido en el mundo en virtud del cual grandes empresas trasladan sus bases operativas a diversos lugares del mundo, en los cuales los costos de producción se reducen significativamente, circunstancia clave para dinamitar el equilibrio de la redistribución del ingreso.

La tecnología ha generado una profundización de la carga laboral, fundamentalmente, en lo atinente a la extensión de la jornada de trabajo y, por tanto, en la reducción del tiempo libre sin estar a disposición del empleador, afectando la intimidad y esfera personal de la persona trabajadora.

Podemos encontrar entre todas aquellas personas que, como consecuencia del cumplimiento de las medidas de restricción de circulación, han teletrabajado durante estos meses un elevado consenso en relación con la sobrecarga laboral.

En este sentido, una falacia que debemos desmitificar es aquella que asegura que la tecnología ha vuelto nuestras vidas más fáciles.

Un artículo producido por Daniel Plenge, titulado "Horas de trabajo, los primeros 12000 años: el declive histórico del tiempo libre"[4], nos introduce en una maravillosa reflexión al comparar el tiempo de trabajo de un campesino medieval o una persona en la Edad de Piedra con las personas que trabajan en el mundo moderno.

Sostiene que la sociedad moderna hizo estallar las horas de trabajo desde el inicio de la Revolución Industrial y expone que el promedio de horas trabajadas en el año 1200 ascendía a 1620, pasando a 3650 en el año 1850; esto no es todo, al mismo tiempo se incrementó la cantidad de trabajo por hora, por lo cual no solo se multiplicó el tiempo de trabajo sino que se deterioró su calidad.

"Una hora medieval de trabajo es algo completamente diferente a esa hora en el siglo 19 o en la actualidad. Los relojes mecánicos no se conocieron hasta el siglo 14, por lo que también las horas y los minutos. El tiempo no era dinero, por lo que la gente podía tomarse su tiempo. Para el horror de las primeras generaciones de los capitalistas, incluso a través de todo el siglo 19 los

[4] https://agathoniamedia.com/2020/11/23/working-time-the-first-20000-years-the-historical-decline-of-free-time/?s=08.

trabajadores, por ejemplo, tomaron una siesta y bebieron una cerveza durante el trabajo, incluso en el sector industrial emergente".

El capitalismo no trajo consigo un mayor nivel de tiempo libre, sino todo lo contrario. El impacto del uso del tiempo en la vida de las mujeres ha sido aún más problemático, ya que, al tiempo que se producía nuestro ingreso al mundo del trabajo, las tareas de cuidado no fueron absorbidas por el sistema al cual le brindamos nuestra fuerza de trabajo, comenzando a producirse el fenómeno conocido como "doble jornada".

La perspectiva de género aplicada al teletrabajo

Un análisis en clave de género nos determina una profundización de este, es decir, debemos comenzar con la premisa de la existencia de un patrón discriminatorio, que se proyecta al mundo del trabajo y cuyas consecuencias se traducen en los fenómenos conocidos como techo de cristal, piso pegajoso, feminización de la pobreza, entre otros, y desde allí identificar el impacto diferenciado.

Respecto del impacto del teletrabajo, consideramos que cualquier análisis resulta hoy apresurado, ya que se encuentra atravesado por las medidas sanitarias dispuestas en el marco de prevención y gestión de la pandemia, sin perjuicio de señalar que la mencionada combinación ha determinado una sobrecarga laboral en las mujeres, especialmente, quienes han experimentado una triple jornada de trabajo.

Diferenciando el impacto de la modalidad "teletrabajo" en su faz individual y colectiva, podemos decir respecto de la primera de ellas que entraña un mayor margen de discrecionalidad en relación con la carga de trabajo y el criterio de resultados, si estos no son implementados con equidad y transparencia.

También debemos señalar el inmenso desafío que el teletrabajo genera en la obligación de inspección; la descentralización del lugar de trabajo determina la necesidad de la implementación de mecanismos de control e inspección basados en la utilización de dispositivos tecnológicos que permitan al Estado Nacional disponer de herramientas acordes para el cumplimiento de sus objetivos, al tiempo que también importa una modificación del sistema de riesgos del trabajo, en virtud de la sustancial modificación de los agentes de riesgos y, fundamentalmente, del deber preventivo.

En su faz colectiva, uno de los mayores riesgos advertidos se basa en la ausencia de interrelación de las personas que trabajan con los agentes que se desenvuelven en las relaciones de trabajo y fundamentalmente la incidencia que dicha ausencia implica en la organización sindical. Es respecto de este último punto que nos interesa resaltar algunos aspectos.

El capitalismo en su aspecto discursivo, que constituye y produce subjetividad, se encuentra determinado, entre otros factores, por la individualidad y la meritocracia, que de modo perverso quitan el foco de la responsabilidad que el sistema de producción tiene en la

agudización de la pobreza y la exclusión, situándola en la subjetividad personal de cada una/o de nosotras/os. De este modo, la persona -a los márgenes de la ciudadanía- no solo es la responsable de su suerte, sino que no merece la ayuda y la asistencia del Estado, siendo objeto de todo tipo de estigmatización.

La asociación del trabajo y la ciudadanía ha quedado destrozada, cuando el trabajo no permite el sustento económico de las familias y cuando, a la postre, la cultura del exitismo determina el responsable.

Este panorama se oscurece aún más en la medida en que la profundización del discurso exitista termina por excluir al propio Estado como actor político y social de las relaciones de trabajo, toda vez que si mis ganancias son el fruto de mi propio esfuerzo, cuál es la legitimidad del sistema tributario, concluyendo así la afirmación de la máxima del capitalismo, "la libre regulación del mercado". Es entonces cuando la mezquindad disfrazada de irracionalidad se refleja en discursos que sólidamente sostienen la ilegitimidad de un sistema tributario progresivo, en virtud del cual quien más gana, más debe aportar.

Esta breve descripción refleja la cultura laboral del capitalismo, conquistando adscriptos a una realidad que no les pertenece y debilitando el núcleo de consensos del movimiento obrero organizado, al que al mismo tiempo se estigmatiza bajo el mote de la corrupción.

La organización sindical ha sido la herramienta por excelencia que nos ha permitido disputarle poder al capitalismo. Nuestro país posee los pisos de protección laboral más elevados de la región, circunstancia que solo ha sido posible por el poder de organización del movimiento obrero, siendo esta afirmación el fundamento del brutal ataque a organizaciones, dirigentas y dirigentes durante la dictadura cívico-militar.

Con todo esto queremos decir que la organización de las personas que trabajan es el centro de una ofensiva operativa y cultural, circunstancia que desvela a una gran cantidad de dirigentes/as y militantes sindicales. En este sentido, entendemos que la menor interrelación de las personas que teletrabajan implicaría una ruptura de los lazos que adhieren a quienes participan en las organizaciones sindicales, una ruptura de los lazos de solidaridad por la ausencia de empatía, determinada por la centralidad de la individualidad basada en la soledad.

La participación de las mujeres en la conducción de las organizaciones sindicales no ha sido ajena a las consecuencias de los patrones discriminatorios que imperan en el mundo del trabajo. La división sexual del trabajo que importó asignar el rol doméstico a la mujer en el ámbito privado y atribuir lo público al varón, y su territorio de disputa en la fábrica, hizo que la participación, lucha y reivindicación de la mujer en materia laboral y sindical fuese contrariada e invisibilizada. El movimiento feminista, en el devenir del siglo XX y del XXI, en su accionar constante de lucha y conquistas sociales y políticas, cuestionó y resquebrajó esa división del trabajo, así como la escisión de lo público y lo privado y su consecuente asignación de roles, lo que se vio reflejado en el movimiento obrero y la composición de las organizaciones sindicales.

Ya lo destacan Paula Nievas Ibáñez y María Belén Sotelo en su artículo "Las mujeres en las organizaciones sindicales": "Esta 'salida a la superficie' de las mujeres y sus liderazgos femeninos dentro de los sindicatos da cuenta de un proceso de incorporación de las mujeres al mundo sindical que ha sido silencioso, poco visibilizado y poco representado. En Argentina hay 4 millones de trabajadorxs afiliadxs a algún sindicato, pero las mujeres presentan menores tasas de afiliación que los varones (29% vs. 38% en el sector privado)"[5].

Consideramos que existen dos causas centrales que impiden la participación plena de las mujeres en la conducción de las organizaciones sindicales: la primera de ellas está dada por la persistencia de una estructura sindical masculinizada y la segunda, por la sobrecarga de las mujeres en el ejercicio de las tareas de cuidado.

Sobre este último aspecto, importa resaltar que la adopción de la ley 27555 incorpora, en su artículo sexto, previsiones relativas a las tareas de cuidado, brindando la posibilidad de adaptar los horarios laborales a dichas tareas, presumiendo el carácter discriminatorio de las represalias que la persona empleadora pudiera adoptar como consecuencia de la utilización del derecho.

Entendemos que el capitalismo excede el concepto de "sistema de producción", es una forma de organización política y social, en cuyo eje vertebral se disputa poder, tanto en forma horizontal como vertical; como consecuencia es clave asignar valor político a los hechos. El hecho de que las mujeres hubiésemos sido apartadas del ámbito público y recluidas dentro del límite de nuestros hogares ha sido una decisión política implementada a fuerza de formación de cultura y guillotina, por este motivo el feminismo desde sus orígenes ha cuestionado absolutamente todo, desde las formas de organización social y política hasta los métodos utilizados para la investigación científica.

Si asignamos valor político a las tareas de cuidado, podemos afirmar que el capitalismo históricamente se ha beneficiado del trabajo gratuito realizado por las mujeres, que prepararon a niñas y niños, educándoles y brindándoles sustento material y afectivo para que, una vez convertidas/os en adultas/os, se incorporasen al sistema de producción; que cuidaron de los hombres, quienes, al volver de extensas jornadas de trabajo, encontraban un hogar y un plato de comida que les permitiera el descanso para volver al día siguiente a la fábrica; cuando las personas culminaban su ciclo "productivo" regresaban a sus hogares con el peso de décadas de trabajo sobre sus cuerpos.

Sin embargo, el trabajo que sostiene la vida se ha encontrado ausente de las agendas políticas hasta hace escaso tiempo. Teniendo en cuenta la centralidad de la discusión planteada, consideramos que las tareas de cuidados sin ninguna duda deben ser remuneradas, sea que se desarrollen por cuenta propia o ajena, sea que las empresas brinden

[5] Nievas Ibánez, Paula; Sotelo, María Belén, "Las mujeres en las organizaciones sindicales" en *Tratado de género, derecho y justicia. Derecho del trabajo*, Ed. Rubinzal - Culzoni Editores, 2020, pág. 515.

a sus trabajadores/as las herramientas necesarias o que estas sean provistas por el Estado Nacional a través de un justo sistema tributario, y de lo que no tenemos ninguna duda es que el propio sistema capitalista debe brindar una respuesta. Ese será un verdadero acto de justicia social.

La vinculación entre indicadores de riesgo y proceso penal en los casos de violencia intrafamiliar

POR SABRINA PASCUAL ESCALADA[1]

1. Introducción. Contexto regional

América Latina atraviesa un período político-social de suma relevancia histórica. Mientras se producen y trasponen procesos políticos que podrían caracterizarse como de restricción de derechos, de encorsetamiento de diversas políticas públicas, de incremento del endeudamiento externo, otros procesos se abren camino en búsqueda de reconocimiento de derechos históricamente denegados.

En materia de géneros y diversidades, transitamos un momento de reconocimiento de las identidades no hegemónicas como así también la construcción de una agenda pública trazada, en gran medida, por las reivindicaciones planteadas por los movimientos feministas o de la comunidad LGBTIQ+.

Del universo de consignas presentes en los movimientos feministas de América Latina se identifican al menos dos que lograron un fuerte nivel de presencia en la agenda pública: el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las personas gestantes (en particular, a lo referido a la interrupción voluntaria y legal del embarazo) y, por su parte, el derecho a vivir una vida libre de violencia[2]. Ambas constituyen reivindicaciones que logran poner en jaque los problemas estructurales en materia de educación sexual integral y que vinculan directamente los principios de igualdad y no discriminación con una violencia extrema -en razón del género- especialmente dirigida a mujeres, niños/as, adolescentes e identidades diversas.

---

[1] Abogada con orientación en Derecho Penal (UBA). Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe (UNSAM). Maestranda en Derecho Penal (UBA). Integrante del Programa de Atención a Víctimas de Violencia de Género de la Dirección de Orientación, Acompañamiento y Protección a Víctimas del Ministerio Público Fiscal de la Nación Argentina. Este trabajo fue presentado en el Programa de Actualización en Género y Derecho a cargo de la Dra. Maffía de la UBA y en el proyecto de investigación en derecho "Doctrina Penal Feminista", a cargo de la Dra. Di Corleto. Se les agradece profundamente los aportes brindados.

[2] A modo de ejemplo, podemos mencionar algunos hitos históricos en materia de reconocimiento formal de derechos: la ley 26618 de matrimonio igualitario, la ley 26743 de identidad de género, ambas de Argentina, la modificación de las causales que admiten la interrupción legal del embarazo en Chile (ley 21030). En materia de intervención del sistema de administración de justicia, en Bolivia, en el año 2019, se sancionó la ley 1173 de abreviación procesal penal y de fortalecimiento de la lucha integral contra la violencia a niñas, niños, adolescentes y mujeres. En Argentina, a través de la ley 27352 (2017), se realizaron modificaciones al régimen de la acción penal en lo que se refiere a delitos contra la integridad sexual contra niños, niñas y adolescentes. En Ecuador, en 2018, ley orgánica integral para la prevención y erradicación de la violencia de género contra las mujeres. Por su parte, en los últimos años, se identifica la incorporación en varios instrumentos penales del tipo penal de femicidio; en 2015, Colombia (a través de la ley 1761); Brasil (ley 13104); Ecuador, en 2014, a partir de la modificación del Código Penal integral; Argentina, en el año 2012, con la ley 2679; Chile, en el 2010 (ley 20480), entre otros.

2. La violencia machista extrema. La situación argentina

En un relevamiento realizado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, en 2019, los femicidios ascendían a 3800 casos[3]. En ese mismo periodo, en Argentina se registraron 268 muertes de mujeres cometidas en contexto de violencia machista. El 90% de los femicidios fueron cometidos por hombres del círculo íntimo y conocidos de la víctima. En, al menos, 98 casos se identificaron hechos de violencia previos[4]. Profundizando esta caracterización, la Dirección General de Políticas de Género del Ministerio Público Fiscal de la Nación elaboró un informe[5] con una muestra de 158 casos tomados en el período de 2015 a 2017, en los que se investigaban delitos de violencia intrafamiliar. De ese universo, **pese a que el 50% de los casos fueron identificados como de riesgo alto o altísimo, el 80% de las causas finalizaron con sobreseimientos o archivos**[6]. De estos informes se desprenden los múltiples obstáculos que las mujeres encuentran en el acceso a la justicia y la persistencia de un patrón de impunidad sistémico con anclaje estructural que conlleva la perpetuación de la "aceptación social del fenómeno de la violencia contra las mujeres, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia"[7]. El acceso a la tutela judicial efectiva, el transitar un proceso judicial menos revictimizante[8] y más efectivo continúan siendo una deuda pendiente.

Consecuentemente, se torna imperiosa la necesidad de brindarnos un espacio de debate a los fines de construir prácticas que tengan un impacto diferencial en la situación de estas personas que sufren violencia en razón de su género y que tienen un acercamiento (voluntario o no) con el sistema penal. Para ello, la propuesta es construir una herramienta que aporte información para menguar el tránsito de la persona damnificada por el proceso penal, como así también tornar esas investigaciones en más diligentes, con respuestas menos estandarizadas y más efectivas para las situaciones de las personas en concreto. Hablamos de

[3] CEPAL, 2019. Informe disponible en: "https://oig.cepal.org/es".

[4] Cifras relevadas por el Registro Nacional de Femicidios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se incluyen travesticidios, transfemicidios y femicidios vinculados. Informe disponible en: https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2019.pdf. En lo que se refiere a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las estadísticas elaboradas por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, en el año 2018, demostraron que los femicidios representan el 47% de los homicidios dolosos de mujeres (Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, "Femicidios y homicidios dolosos de mujeres en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 2018", Buenos Aires, Ministerio Público Fiscal, 2019, pág. 11).

[5] Dirección General de Políticas de Género del Ministerio Público Fiscal de la Nación Argentina: "La violencia contra las mujeres en la justicia penal", 2018.

[6] Del informe se desprende que **el 4% obtuvo una sentencia condenatoria siendo un (1) solo caso el que llegó a la instancia de juicio oral.** Este relevamiento también permitió identificar que el 99% de las mujeres dieron cuenta de haber padecido situaciones de violencia previas al hecho denunciado y que, de ellas, el 71% no había recurrido al sistema de justicia. De la misma forma, el 21% de las mujeres que realizaron una denuncia por violencia doméstica contra su pareja o expareja reiteró la denuncia por nuevos episodios de violencia contra el mismo hombre.

[7] Informe temático de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", Washington, 2007, pág. 52.

[8] Piqué, tomando a Douglas Belof, señala que por **revictimización** se entiende al daño secundario, aquel "daño proveniente de los procesos y actores gubernamentales dentro del procedimiento". Agrega que es
una "estigmatización social que incluye además otros efectos psicosociales negativos que impactan en la vida cotidiana de la víctima (...) cruzado por la victimización que ocurre como resultado del involucramiento con el sistema de justicia penal". Piqué, María Luisa, "Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional" en Di Corleto, Julieta (comp.), *Género y justicia penal*, Buenos Aires, Ed. Didot, 2017, pág. 318 y siguientes.

la elaboración de **informes de riesgos.** El relevamiento de indicadores de riesgo genera un insumo que no solo brinda un estado actualizado de la persona damnificada al momento en que se la entrevista, sino que también permite evaluar los incrementos y las disminuciones de este a lo largo del proceso penal, sus diversas etapas y actos procesales que demandan participaciones diferenciadas tanto para la persona damnificada como para el imputado.

3. Consideraciones conceptuales y metodológicas

El objetivo propuesto en este trabajo es enfatizar la **utilidad de aplicar un instrumento como lo es el de valoración del riesgo en las diferentes etapas que el proceso penal atraviesa cuando se investigan hechos cometidos en razón del género en el ámbito doméstico**. Es por ello que cabe señalar que se entenderá por violencia lo asentado en el artículo 4 de la ley 26485, en tanto es una ley nacional y de orden público que está basada principalmente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belém do Pará; en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El ceñir el objeto de estudio responde a una necesidad metodológica de abordar las violencias cometidas en razón del género en su modalidad de violencia doméstica en parejas heterosexuales en particular, en las que el agresor principalmente es el varón. Esta salvedad es a los fines de no universalizar la violencia de las "parejas hetero" en comparación con otros grupos, tales como niñes y adolescentes, travestis, trans, lesbianas, cuerpos disidentes, que, sin recaer en la especificidad, sí merecen un tratamiento diferencial que atienda los atravesamientos y las dinámicas que la violencia conlleva en esos grupos. En la misma línea, es dable mencionar que las mujeres que sufren una situación de violencia no constituyen un colectivo homogéneo de "víctimas", sino que estarán atravesadas por múltiples interseccionalidades que impactarán de diversas formas en sus procesos de reposicionamiento, en las medidas que puedan desplegar autónomamente para sobrevivir a la situación de violencia, como así también en la concepción sobre lo que es "reparatorio" y sus expectativas con relación al proceso judicial.

4. ¿Qué se suele entender por indicadores de riesgo desde la criminología y el sistema penal?

En el ámbito de la justicia ordinaria y federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Oficina de Violencia de Doméstica es el organismo que se encarga de producir el informe de riesgo, como así también de actualizarlo cuando se lo requiere judicialmente. Feldman y Monferrer señalan que este insumo "es el informe que da cuenta de la evaluación de riesgo que tiene como base de análisis la cantidad y el tipo de indicadores de riesgo que reúne la situación. A este análisis se suma el del tiempo en el que la persona que aparece como afectada estuvo expuesta a la situación de violencia. Algunos indicadores que se tienen en cuenta son, por ejemplo, la existencia de lesiones físicas en la persona que aparece como víctima, la presencia y/o el acceso a armas, la presencia de diferentes tipos de violencia, la

necesidad de huir de la vivienda por razones de seguridad, el abuso de drogas y/o alcohol por parte de la persona indicada como agresora, la existencia de intervenciones judiciales previas, la celotipia, la naturalización y aceptación de la violencia por parte de la víctima, la dependencia económica, la falta de una red social que pueda servir de sostén, el aislamiento de quien se presenta como víctima, entre otros"[9]. Elena Larrauri explica que, lejos de pretender una relación determinista entre los indicadores de riesgo y la eventual producción de una nueva acción violenta, la expresión "factores de riesgo" pretende indicar la ausencia de una relación causal mecánica determinista. "**La lista de factores de riesgo (...) eleva la probabilidad de que se produzcan comportamientos violentos sobre la mujer, pero no afirma que de forma cierta vayan a producirse**"[10]. Es decir, **estos indicadores no tienen contenido predictivo, ni tampoco aspiran a tenerlo. Sí constituyen una herramienta de suma utilidad para pensar estrategias de intervención como mecanismos de prevención de futuras situaciones de riesgo**. A su vez, se pueden ir incluyendo otros elementos de análisis que también aportan a la valoración de riesgo[11]. Es a partir de este marco que se describirá la interacción constante, simultánea y superpuesta que se produce entre el avance del proceso penal que investiga un delito de violencia intrafamiliar en conjunción con el proceso que atraviesa una mujer que padece esa situación. La relevancia de analizar esta cuestión es a partir de la imposibilidad de predecir la eventual producción de un hecho de violencia, pero sí la capacidad de identificar situaciones que por la intervención de terceros puedan constituir una causal que incremente el riesgo de vivir una nueva situación de violencia. Y es que, tal como nos señalan Vicente y Voria: "De no lograrse una intervención articulada e integral (refiriéndose a policías, jueces, fiscales) no solo se genera una revictimización de la mujer sino incluso una sobreexposición al riesgo de violencia por parte del agresor"[12].

a) Interposición de la denuncia

Es una primera instancia que da origen a la apertura de una causa penal y/o civil y que constituye una gran oportunidad para hacer una detección temprana de la situación de riesgo. Como señala Piqué, si bien la denuncia suele ser muy difícil para cualquier persona que sufrió un delito, en el caso de las víctimas de violencia de género es un acto mucho más traumático por la exposición de cuestiones íntimas que hacen a su familia, a su integridad sexual, a sus vinculaciones[13]. En la misma línea, Mahoney denomina "ataque de la separación" al momento en que se intenta terminar el vínculo o el intento de lograrlo y que para muchas mujeres,

[9] Monferrer, Analía S.; Feldman, Paula, "Acceso a la justicia: la Oficina de Violencia Doméstica", Buenos Aires, 2014, pág. 3. Disponible en: http://old.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp?ID=89739.

[10] Larrauri, Elena, Criminología crítica y violencia de género, Madrid, Ed. Trotta, 2007, pág. 31.

[11] A modo de ejemplo, el informe sobre femicidios elaborado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2019 vinculó al análisis de la presencia de armas en el domicilio alguna condición particular del sujeto activo. En este sentido, de los femicidios registrados en el informe doce fueron cometidos por integrantes de fuerzas armadas y de seguridad, que utilizaron sus armas reglamentarias para alcanzar el resultado lesivo.

[12] Vicente, Adriana; Voria, María Andrea, "¿Protegidas o desprotegidas? La integridad de las mujeres en relación con las medidas de protección urgentes establecidas por la ley 26485 en Argentina", Revista Nº 39, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba, Argentina, 2016, pág. 78.

[13] Piqué, María Luisa, "Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional" en Di Corleto, Julieta (comp.), *Género y justicia penal*, Buenos Aires, Ed. Didot, 2017, pág. 342.

generalmente, aparece cuando por primera vez se encuentran con "la autoridad de la ley y la búsqueda de control del maltratador que con frecuencia se torna más agudamente violenta y potencialmente mortal"[14]. Existe una relación intrínseca entre violencia y ruptura del vínculo (incluyendo intentos de separación), en tanto que la ruptura desencadena una intensificación de la violencia "debido al sentimiento de desposesión que viven los hombres violentos debido al hecho que la libertad de la mujer a separarse aparece para ellos como inaceptable (...) Las violencias postseparación son una realidad para la mayoría de las mujeres que han vivido el maltrato durante la unión"[15]. **Relevar la forma en que se interpone, quién es la persona que la realiza, en qué momento, en qué circunstancias, si la relación afectiva o incluso la convivencia persisten con el agresor son cuestiones fundamentales a la hora de relevar las circunstancias y los contextos que caracterizan el inicio de la actuación jurisdiccional**[16]. Entender que la denuncia es una instancia de riesgo en sí implica, en primer lugar, identificar que muchas veces las violencias subsisten o incluso se incrementan luego de radicada la denuncia[17].

b) Falta de ratificación de la denuncia y retractación. Multiplicidad de escenarios y posibles abordajes

Para estos momentos pueden suceder múltiples situaciones: que el vínculo se haya retomado, que la persona que padeció las violencias tema sufrir represalias, que el grado de dependencia con el agresor sea tan elevado que no pueda sostener su participación en el proceso, entre otras razones. También, sencillamente, puede identificarse que la mera interposición de la denuncia haya implicado un cese en la violencia y que, consecuentemente, la expectativa de la persona denunciante ya se encuentre satisfecha, por lo que opte por desistir de su participación en el proceso. Tal como señala Copelon: "Con frecuencia, las mujeres acuden al sistema penal como vía para conseguir el cese de la violencia, pero no buscan la ruptura de su relación sentimental y menos aún la sanción del agresor"[18]. Consecuentemente, es fundamental comprender que "el ciclo de la violencia es un proceso

[14] Citando a Martha Mahoney, *Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation* (1991), Copelon, Rhonda, "Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura" en Cook, Rebecca (ed.), *Derechos humanos de la mujer*, Bogotá, 1997, nota al pie Nº 32, págs. 5 y 6.

[15] Bodelón, Encarna, *Violencia de género y las respuestas de los sistema penales*, Buenos Aires, Ed. Didot, 2012, pág. 135.

[16] En esta temática en particular, resulta diametralmente distinto que la denuncia sea radicada por la decisión de la mujer de hacerla que haya sido iniciada de oficio por la actuación de un funcionario policial o de seguridad, profesional de la medicina, o que la haya presentado una persona del ámbito familiar o cercana de la damnificada. En unos u otros supuestos las consideraciones son muy diversas y es claro que ello habrá de ser valorado por la agencia judicial en tanto que hace a un elemento fundamental de la ruta crítica, pero que también genera un impacto en los actos procesales de la etapa instructoria.

[17] Piqué, María Luisa, "Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional" en Di Corleto, Julieta (comp.), *Género y justicia penal*, Buenos Aires, Ed. Didot, 2017, pág. 329. El informe elaborado por la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación señaló que "el 82% del total de las asistidas contestó que se separó del denunciado tras un período de convivencia. De esa cantidad, el 64% manifestó que luego de la separación se intensificó la violencia" (Comisión sobre Temáticas de Género, "Informe 2018. Servicios de Asesoramiento y Patrocinio Gratuitos a Víctimas de Violencia de Género", Defensoría General de la Nación, pág. 4).

[18] Copelon, Rondha, "Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura" en Cook, Rebecca (ed.), *Derechos humanos de la mujer*, Bogotá, 1997, pág. 804. En la misma línea, Larrauri señala que quienes se preguntan por qué las mujeres renunciaron a la denuncia "desconocen que el proceso penal no es un objetivo en sí mismo y que la mujer lo usa como un medio más para conseguir cambiar su situación". Larrauri, Elena, "¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?", Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, Nº 12, España, UNED, 2003, pág. 273.

gradual, plagado de sentimientos ambivalentes (...) Realizar una denuncia y mantenerla hasta la imposición de una pena privativa de la libertad puede ser especialmente difícil sin una red de contención económica y emocional. De allí que sean frecuentes los supuestos en los que la mujer retira la denuncia o expresa su voluntad de no asistir al juicio"[19]. De esta casuística aparece "el problema que se desencadena cuando la víctima se niega a ratificar la denuncia o a declarar en juicio y el derecho penal no ofrece otra respuesta que la impunidad para el autor y la desconfianza hacia la víctima"[20]. Incluso, cabe agregar la perversión que en algunos supuestos llega a gestionar este sistema procesal penal vigente cuando la damnificada, sea por encontrarse inmersa en el ciclo de la violencia o por retractarse por motivos ajenos a lo vivenciado, termina siendo perseguida y criminalizada por el mismo sistema judicial a partir de la imputación de delitos tales como falso testimonio, falsa denuncia, calumnias, o como parte del despliegue de otras violencias, cuando por deficiencia probatoria se dicta un sobreseimiento o absolución y se impulsa la formulación de causas contra ella. Con relación a la participación de las partes involucradas, es importante indicar lo paradójico que resulta que, así **como los testimonios de las mujeres denunciantes resultarían insuficientes para lograr el avance de las investigaciones, las retractaciones tienen la entidad suficiente para culminar el trámite de las causas**. Cuando la damnificada se presenta en sede judicial para manifestar su deseo de no continuar con el avance de la causa penal se suele valorar su testimonio "como un acto de libre voluntad sin que se indaguen los motivos que llevan a las denunciantes a desistir de su accionar, que muchas veces están relacionados con la propia dinámica de la relación (el círculo de la violencia)"[21]. El temor a represalias, la dependencia económica y/o emocional, el sistema de creencias de familia de la damnificada y la incertidumbre en relación con una eventual medida coercitiva contra el imputado son cuestiones que afectan directamente a quien desiste de la acción o participación en el proceso penal[22]. Subyace en la interpretación de la retractación la creencia (persistente y reproducida en el tiempo) de que se trata de un conflicto privado, y, tal como señala Hopp, "la violencia de género suele no resultar visible porque frecuentemente se manifiesta en los ámbitos calificados como privados"[23], aunque claro está que no pertenecen al ámbito de reserva o privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

[19] Di Corleto, Julieta, "Medidas alternativas a la prisión y violencia de género" en *Género, sexualidades y derechos humanos*, revista electrónica, volumen I, Nº 2, Buenos Aires, 2013, pág. 10.

[20] Di Corleto, Julieta, "Medidas alternativas a la prisión y violencia de género" en *Género, sexualidades y derechos humanos*, revista electrónica, volumen I, Nº 2, Buenos Aires, 2013, citando a Larrauri, Elena, "Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia y algunas respuestas del feminismo oficial" en Laurenzo, Patricia; Maqueda Abreu, María Luisa (coords.), *Género, violencia y derecho, Buenos Aires*, Ediciones Del Puerto, 2008, pág. 255.

[21] Conf. Dirección General de Políticas de Género del Ministerio Público Fiscal de la Nación Argentina: "La violencia contra las mujeres en la justicia penal", 2018, pág. 49.

[22] El informe elaborado por la Dirección General de Políticas de Género del Ministerio Público Fiscal relevó que "del universo de 144 causas en estudio, las denunciantes se retractaron en 35 de ellas (24%). Por otro lado, surge que un 74% de las mujeres que se retractaron (26 casos) tenían hijos en común con el agresor y, en la mayoría de los casos, convivían con el denunciado al momento de los hechos. En este sentido, de las 33 causas finalizadas en las que hubo retractación, se pudo observar que el 85% concluyó con un sobreseimiento o archivo" (Dirección General de Políticas de Género del Ministerio Público Fiscal de la Nación Argentina: "La violencia contra las mujeres en la justicia penal", 2018, pág. 33).

[23] Hopp, Cecilia, "El cumplimiento de las obligaciones internacionales relacionadas con la violencia de género. ¿Derogación tácita de la posibilidad de suspender el juicio a prueba?" en Ziffer, Patricia, *Jurisprudencia de casación penal. Análisis de fallos*, Nº 5, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2012, pág. 238. Esta misma autora en su comentario al fallo "Calle Aliaga" ("Calle Aliaga, Marcelo s/recurso de casación"; registro 17.636, del 30 de noviembre de 2010), citando el voto de García y Yacobucci, señala que "la reiteración de estos hechos y las carac-

Cabe destacar que en el ámbito del sistema de protección de derechos europeo se registra el antecedente jurisprudencial "Opuz v. Turkey"[24], en el que, a pesar de mediar varias denuncias por violencia en el marco de una relación de pareja, se produjo el femicidio de la señora Opuz. Si bien todas las denuncias que se habían presentado hasta ese momento resultaron desestimadas por la retractación de la damnificada o porque las propias autoridades así lo determinaban, en la última oportunidad convocaron al agresor a que prestara declaración y luego de ello se produjo el femicidio de la damnificada. A partir de este antecedente, se indicaron las siguientes pautas valorativas: "**Gravedad del delito, si los daños padecidos son físicos o psicológicos, si el acusado usó arma, si amenazó a la mujer luego del ataque, si había planificado la agresión, los efectos del ataque respecto de algún niño que viviera en el hogar (...) amenaza constante a la salud y seguridad de la víctima (...) estado actual de la relación de la víctima con el acusado, la historia de la relación (en especial si hubo instancias de violencia en el pasado) y los antecedentes penales del imputado**"[25]. Consecuentemente, se podrían pensar algunos interrogantes que resulten de utilidad para valorar las situaciones de falta de ratificación o retractación: a) relevar los motivos que dan fundamento al posicionamiento de la persona denunciante y, eventualmente, identificar indicadores de riesgo. A modo de ejemplo: ¿qué sucedió con posterioridad a la interposición de la denuncia? ¿Mediaron represalias, amenazas, amedrentamientos u otros hechos por parte de la persona denunciada o del grupo familiar? ¿Retomaron el vínculo? En su caso, relevar la historicidad de la vinculación e identificar si previamente habían sucedido rupturas y reconciliaciones. b) Garantizar de manera efectiva el acceso a la información en lenguaje claro y actualizado en lo referido al proceso penal, sus características, el régimen de la acción en aquellos delitos de acción pública dependientes de instancia privada, las características de su participación, etc. c) En el mismo sentido, profundizar y poner en su conocimiento los términos de la ley 27372 de derechos y garantías de las personas víctimas de delito y las medidas de protección establecidas en la ley 26485.

c) Notificación de las medidas de prohibición de acercamiento y de contacto y la comisión del delito de desobediencia como indicadores de riesgo

La falta de acatamiento de las medidas de prohibición de acercamiento y de contacto, que en términos de indicadores implica un evidente incremento del riesgo en tanto continúen perpetuándose situaciones de violencia por parte del agresor, a pesar de la intervención de

---

terísticas en común que presentan constituyen un problema social, más aún, la tolerancia del Estado respecto de estas situaciones y la falta de políticas públicas para modificar los patrones culturales que contribuyen a mantener la discriminación (...) convierte al conflicto en un problema público con dimensiones claramente políticas" (Hopp, Cecilia, "El cumplimiento de las obligaciones internacionales relacionadas con la violencia de género. ¿Derogación tácita de la posibilidad de suspender el juicio a prueba?" en Ziffer, Patricia, *Jurisprudencia de casación penal. Análisis de fallos*, Nº 5, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2012, pág. 240). Por su parte, Larrauri, tomando esta presunta neutralidad del derecho, manifiesta que incorporar la perspectiva de género necesariamente expone la concepción que las respuestas jurídicas difieren para los diversos géneros. Claro está que se "produce una diferencia no solo en los casos en que explícitamente se distingue, sino también en otras normas de la parte general del derecho penal y también en los castigos", en *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Buenos Aires, Ed. B. de F., 2008, pág. 10.

[24] CEDH, "Opuz vs. Turquía", demanda Nº 3340/02, sentencia del 9 de junio de 2009.

[25] Di Corleto, Julieta, "Medidas alternativas a la prisión y violencia de género" en *Género, sexualidades y derechos humanos*, revista electrónica, volumen I, Nº 2, Buenos Aires, 2013, pág. 13.

una autoridad judicial, no necesariamente tiene su impacto en el proceso penal. En este se verifica si los hechos reúnen las condiciones exigidas por el tipo penal (en el caso de la desobediencia, el presupuesto de la tipicidad es que se haya notificado fehacientemente al imputado de la existencia de la medida), pero no hay una valoración del contexto en el que se produce el incumplimiento. No es lo mismo un hecho de desobediencia de quien incumple una clausura comercial que un caso en el que se investigan hechos en los que medie violencia de género. En esta temática específica es habitual encontrar casos de múltiples intentos de contacto del agresor hacia la persona damnificada, lo que se "traduce" -en términos procesales penales- como hechos de desobediencia reiterados que concurren realmente entre sí. En esta subsunción de la conducta no se suelen identificar los diversos patrones vinculados a la reiteración, la motivación subjetiva del agresor en ese obrar (fines intimidatorios, despliegue de represalias, creencia de impunidad), la forma o medio en que lo haya realizado y, consecuentemente, el impacto que genera en la persona damnificada. Es decir, en el proceso de subsunción de la conducta en un delito en específico se termina invisibilizando y descartando un elemento probatorio que es de gran relevancia valorativa como lo es el contexto.

d) Instancia de notificación de la imputación cuando persiste el vínculo - convocatoria a indagatoria

Siguiendo estos lineamientos, vale interrogar la forma en que la producción de algunos actos procesales puede impactar de manera directa en la vida de la mujer denunciante cuando, por ejemplo, persiste el vínculo. ¿Se releva la situación de la damnificada que convive con el agresor una vez que se notificó la imputación de la causa penal? ¿Se produjeron represalias -por parte del imputado o terceros- luego de tal acto? ¿Aparecieron nuevas modalidades de violencia o se intensificaron las ya producidas? ¿Se suscitaron situaciones de amedrentamiento cuyo principal objetivo hubiere estado destinado a que la víctima se retracte?

e) Prácticas y abordajes diferenciales en el proceso penal. Acciones tendientes a garantizar el deber de investigar con debida diligencia, reforzado en los casos en los que se investigan hechos cometidos en razón del género

El insumo del instrumento de riesgo proviene, principalmente, del discurso de la persona damnificada y ese mismo relato será el primer elemento constitutivo de la plataforma fáctica penal.

La litigación, en un proceso de conocimiento de índole adversarial, exige la conformación de un objeto procesal detallado de manera minuciosa, con abordaje de la clásica tríada de modo/tiempo/lugar con relación a las circunstancias en las que sucedió el hecho, las personas que participaron, los roles, las tareas, pero principalmente con una descripción de los hechos que resulte clara, con lenguaje accesible, sin recurrir a elementos de valoración normativa. Este tipo de concepción, que ya de por sí en la generalidad de los temas resulta "novedosa" por el

tránsito de un sistema inquisitorial mixto a uno acusatorio, demanda un abordaje diferencial en los casos de violencia en razón del género. La disociación que existe entre los hechos denunciados y lo que resulta captado por el sistema penal es un obstáculo que se verifica en la mayor parte de los casos que se abordan. Larrauri sintetiza la idea señalando que "en cuanto entra en juego el derecho penal el problema se redefine porque su forma de funcionamiento así lo requiere"[26]. La denominada "**subsunción de la conducta en la norma**" o "**el proceso de tipificación**" constituyen una instancia de filtración normativa. Allí se decide cuáles serán las conductas típicas, con relevancia penal, y aquellas otras que serán descartadas. "Encasillar" en estas estructuras anquilosadas los delitos de violencia machista, necesariamente, conlleva la pérdida de información que no solo resulta de utilidad probatoria para la investigación diligente y prosecución de la causa penal, sino que también resulta reparatoria (en cuanto el valor simbólico del derecho penal) para la persona damnificada. Esas vivencias traumáticas, esas historias de vínculos violentos de larga data, cuando son captadas por el sistema penal, se traducen en hechos y se los presenta descontextualizados, aislados.

En casos de violencia de género, y concretamente en su modalidad intrafamiliar, puede advertirse que al realizarse este proceso se excluyen y eliminan elementos que son característicos del contexto en el que se produjo el hecho y que historizan la relación de violencia. **Se invisibilizan todas aquellas estrategias de sobrevivencia que las mujeres han tenido que desplegar, como así también se reproduce la misma naturalización que algunas mujeres presentan**. En este sentido, Bodelón señala que "los hechos que involucran violencia de género terminan descontextualizados y reducidos, las violencias son desmaterializadas (...) Este vaciamiento conceptual termina visibilizando otros tipos de violencia (...) y fragmentando y valorando de forma parcial la violencia habitual"[27]. Ante esto, es importante tomar la práctica de relevar sobre los posibles antecedentes de violencia que se hubieran producido en la historicidad vincular como parte de contexto de la plataforma fáctica. **La cronicidad y la persistencia de estar expuesta a situaciones de violencia sostenidas en el tiempo constituyen cuestiones a valorar al momento de pensar indicadores de riesgo.**

En igual sentido, por las mismas implicancias y atravesamientos que el sistema patriarcal y androcéntrico impone culturalmente[28], también cabe abordar la vigencia de estereotipos y prejuicios. Estos se plasman en prácticas de los agentes judiciales, discursos (materializados a través de sentencias) y **particularmente en la valoración probatoria**. Desde la mujer desvalida, con una dependencia absoluta con el agresor (sea económica o emocional), pasando por la mujer mendaz, fabuladora, corresponsable[29], se suelen construir diversas

[26] Larrauri, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, pág. 75.

[27] Piqué, María Luisa, "Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional" en Di Corleto, Julieta (comp.), *Género y justicia penal*, Buenos Aires, Ed. Didot, 2017, pág. 329, citando a Bodelón, Encarna, "Violencia institucional y violencia de género", Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2015.

[28] Tal como nos enseña Zaffaroni, pensemos en el *Malles Maleficarum* como una de las primeras obras de la criminología en donde se identifica un enemigo en común, las implicancias que tuvo para la época inquisitorial, pero también los resabios que subsisten en relación con las representaciones sobre las femineidades, como así también las masculinidades. En Zaffaroni, Eugenio R., *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2019, pág. 38.

[29] Piqué, María Luisa, "Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional" en Di Corleto, Julieta (comp.), *Género y justicia penal*, Buenos Aires, Ed. Didot, 2017, pág. 325; Ministerio Público de Defensa: "Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género", 2010.

representaciones que entrañan resabios de sometimiento, sujeción y opresión. La profundización de estas categorías de análisis las dejaremos por fuera de este trabajo, pero sí sostenemos la importancia de identificar la existencia de concepciones que afectan directamente el abordaje de los casos y **la caracterización del agresor y de la damnificada**. Estos "son funcionales al patriarcado en tanto mantienen el estigma del sujeto femenino débil e indefenso y no ponen en cuestión la estructura política y cultural generadora de la violencia"[30]. Por su parte, señala Bodelón que aún persiste la interpretación de la violencia contra las mujeres como una violencia que se da dentro de la pareja y no por el hecho de ser mujer[31]. Subyace la idea de "conflictos de pareja" o "incidentes puntuales que involucran mayoritariamente violencias físicas"[32], incluso, por la atribución de responsabilidad individual que el sistema penal exige, **el abordaje de la violencia de género continúa perpetuando la creencia de una forma de violencia individual y no de la manifestación de una "situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal"**[33].

Sagot aporta un concepto que habilita a advertir las diversas estrategias que fueron poniendo las mujeres a los fines de sortear las situaciones de violencia doméstica. "Contra el imaginario de la pasividad feminista, la realidad demuestra que las mujeres despliegan diversas estrategias de defensa y protección frente a la violencia de género. Reconocer estas acciones es un camino fundamental porque conduce a la desvictimización"[34]. A la ruta crítica le intervienen factores de índole interno (o subjetivo) y externos, y Sagot incluye aquellos que son impulsores, inhibidores, precipitantes o determinantes de la ruta crítica. Esta clasificación que proponen las autoras tiene por objetivo identificar y reconstruir "las decisiones, acciones y reacciones de las mujeres en situación de violencia doméstica, los factores que intervienen en este proceso impulsando la búsqueda de ayuda y el deseo de cambio, las respuestas

[30] Copelon, Rondha, "Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura" en Cook, Rebecca (ed.), *Derechos humanos de la mujer*, Bogotá, 1997, pág. 798. Por su parte, María Luisa Piqué, citando a Di Corleto, señala que el estereotipo de víctima es el de "mujer pasiva, indecisa, contradictoria, o incluso incapaz" [Piqué, María Luisa, "Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional" en Di Corleto, Julieta (comp.), *Género y justicia penal*, Buenos Aires, Ed. Didot, 2017, pág. 327, citando a Di Corleto, "La construcción legal de la violencia contra las mujeres" en Di Corleto, Julieta (comp.), *Justicia, género y violencia*, Buenos Aires, Ed. Libraria, 2010], y que traducido al proceso penal "pasa a ser la postura exigida a las mujeres" [Bodelón, Encarna, "La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo" en Laurenzo, Patricia; Maqueda Abreu, María Luisa (coords.), *Género, violencia y derecho*, Buenos Aires, Ediciones Del Puerto, 2008]. Finalmente, Iglesias Skulj señala: "Las mujeres, así, deben aprender a ser buenas víctimas, ya que serán juzgadas en razón de cómo desempeñan ese rol y a la luz de ello se evaluarán la veracidad de sus relatos", en Iglesias Skulj, Agustina, "Violencia de género en América Latina: aproximaciones desde la criminología feminista" en Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales, Nº 35, Buenos Aires, 2013.

[31] Bodelón, Encarna, *Violencia de género y las respuestas de los sistema penales*, Buenos Aires, Ed. Didot, 2012, pág. 134. Simultáneamente se buscan justificaciones que tiendan a colocar al agresor como una persona con algún padecimiento de salud mental o como "celoso y controlador" por la forma de vinculación con su pareja, pero sin vincularselo a las estructuras propias de la cultura y el sistema patriarcal.

[32] Piqué, María Luisa; Pzellinsky, Romina, "Obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, pág. 223.

[33] Arocena, Gustavo, *Femicidio y otros delitos de género*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2017, pág. 62.

[34] Vicente, Adriana; Voria, María Andrea, "¿Protegidas o desprotegidas? La integridad de las mujeres en relación con las medidas de protección urgentes establecidas por la ley 26485 en Argentina", Revista Nº 39, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba, Argentina, 2016, pág. 72, citando a Velázquez, Susana, *Violencias cotidianas, violencia de género*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 2003.

encontradas, así como los factores que frenan o retrotraen dicho impulso"[35]. Así las cosas, la noción de ruta crítica resulta fundamental para advertir las falencias en las respuestas institucionales y promover los mecanismos, acciones y medidas tendientes a promover el objetivo de las mujeres a vivir una vida libre de violencia[36].

Consecuentemente, particularizando en la intervención del sistema de administración de justicia penal, resulta de vital importancia relevar las expectativas de la damnificada en torno a los deseos, voluntades e intenciones que la impulsaron a promover la denuncia en este ámbito. Y cuando se realiza este relevamiento, garantizando ciertas condiciones, claridad y un ámbito de confianza, se advierte que la mayor parte de ellas no tiene pretensiones punitivas, y esto es fundamental para abordar intervenciones judiciales más eficaces, que, lejos de implicar respuestas estandarizadas como la denegación de la suspensión del proceso a prueba por el antecedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Góngora"[37], sí impliquen un desafío de mayor creatividad, pero también más reparatorio y efectivo en el goce y protección de los derechos.

5. Observaciones finales

Los diversos informes tomados en este trabajo demostraron que la interposición de la denuncia en la mayor cantidad de casos no representa el padecimiento de la primera situación de violencia. Por el contrario, de lo relevado se evidencia que hay un alto porcentaje de casos en los que, a pesar de haber una intervención judicial, esta no fue efectiva -en términos de prevención-, en tanto se volvió a suscitar alguna situación de violencia.

El objetivo de estas líneas fue generar un espacio para pensar y construir herramientas de intervención en el proceso penal que tengan por objetivo acompañar la trayectoria de la damnificada en su tránsito por el sistema penal y que este brinde un *quantum* reparatorio, alejado de las respuestas punitivas estandarizadas. Los interrogantes que aquí se han planteado, lejos de pretender abarcarlos en toda su extensión, constituirán los puntos de partida y reflexión de cara al análisis de los indicadores de riesgo que tan relevantes son en materia de prevención y abordaje de casos de violencia contra las mujeres. Trabajar la forma en que operan y se valoran en las causas penales donde se investigan delitos cometidos en razón del género nos habilita a pensar medidas de protección más eficaces, que tiendan a disminuir los niveles de impunidad, como así también promover litigios más estratégicos, con diferentes objetos y enfoques procesales.

Como vemos, la propuesta no solo tiene por objetivo comenzar a transitar el camino de remover las prácticas revictimizantes, sino, además, promover una intervención diferencial de

[35] Vicente, Adriana; Voria, María Andrea, "¿Protegidas o desprotegidas? La integridad de las mujeres en relación con las medidas de protección urgentes establecidas por la ley 26485 en Argentina", Revista Nº 39, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba, Argentina, 2016, pág. 73.

[36] Teodori, Claudia, *A los saltos buscando el cielo. Trayectorias de mujeres en situación de violencia familiar*, Buenos Aires, Ed. Biblos, 2015, pág. 69.

[37] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa Nº 14.092", Fallos: 336: 392.

la justicia penal y sus agencias cuando un caso de violencia llega a su esfera. Esta labor no solo tiene en miras comenzar a saldar los déficits que históricamente el servicio de administración de justicia tuvo en la temática, sino también brindar un cabal cumplimiento a la obligación internacional de cumplir el estándar de debida diligencia reforzada en casos de violencia de género[38]. Para ello, proponemos pensar que los indicadores y mediciones de riesgo necesariamente impacten en el objeto procesal, como así también en las diversas etapas procesales que el caso atraviese, a los fines de promover medidas de protección más idóneas.

Relevar estos indicadores nos habilitará un abordaje específico al caso, con las particularidades que atraviese, ya lejos de las generalizaciones que son propias del sistema penal y del androcentrismo. La universalización no debe tener lugar en los casos de violencia de género, como así tampoco las soluciones dicotómicas[39]. Y es que aquellas resoluciones judiciales en las que se delinean estrategias de intervención con una respuesta legal automatizada (verbigracia, improcedencia de la suspensión del proceso a prueba en casos de violencia de género), como aquellas otras que se escudan en pretendidas obligaciones internacionalmente asumidas de protección de derechos humanos de las mujeres, en realidad ocultan la incapacidad y la falta de formación especializada en la temática.

En la misma línea, a fin de no reproducir las propias violencias, es menester recordar lo que señala Piqué: "... **La dinámica que se crea entre la víctima y el Estado en los regímenes de intervención de oficio ha sido incluso comparada con la dinámica violenta de la relación con el agresor con este régimen ya que implica políticas de control y fuerza que aumentan el daño físico y psicológico de la mujer y alientan sentimiento de culpa, baja autoestima y dependencia**"[40].

De lo que se trata es de promover todas las herramientas y acciones posibles que tiendan a preservar la soberanía y autonomía de las mujeres que atraviesan ese tipo de situaciones y acompañarnos en el objetivo de vivir una vida libre de violencia.

[38] El estándar aparece con el caso "Campo Algodonero vs. México". En relación con esto, Abramovich sostiene que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando los alcances del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, fija un estándar que "parece indicar que este opera estableciendo una carga adicional de deberes de prevención al Estado, por sobre un piso de debida diligencia en la protección de las acciones particulares, que vendría dado, en principio, por la propia Convención Americana". El mencionado autor propone una cuestión muy interesante: el estándar en análisis alcanza de manera directa a la denominada "doctrina del riesgo". De esta manera, el Estado se posicionará como garante respecto del riesgo de vida basada en el género y, por lo tanto, si el cometido es brindar cabal cumplimiento a las obligaciones internacionalmente asumidas, entonces habrá de incluirse entre sus parámetros de la investigación la **previsibilidad** del riesgo como así la **evitabilidad**. Abramovich, Víctor, "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso 'Campo Algodonero' en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Anuario de Derechos Humanos Nº 6, 2010, págs. 167-182.

[39] Di Corleto, Julieta, "Medidas alternativas a la prisión y violencia de género" en *Género, sexualidades y derechos humanos*, revista electrónica, volumen I, Nº 2, Buenos Aires, 2013, pág. 10.

[40] Piqué, María Luisa, "Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional" en Di Corleto, Julieta (comp.), *Género y justicia penal*, Buenos Aires, Ed. Didot, 2017, pág. 334.

A cinco años de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Pensión por fallecimiento: matrimonio, uniones convivenciales y menores de edad. La necesaria mirada con perspectiva de género

POR SILVANA CAPECE[1]

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar la recepción que tuvo en materia de la seguridad social la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, "CCCN"), a cinco años de su implementación. Específicamente, me referiré a la cobertura de la contingencia por fallecimiento y al necesario análisis con perspectiva de género.

El CCCN se aprobó mediante la ley 26994[2], que dispuso, asimismo, su entrada en vigencia a partir del 1/8/2015.

Entendemos que resultan necesarias, como principio rector para el análisis propuesto, las pautas que el propio legislador ha previsto para su interpretación: el artículo 1, CCCN, establece las fuentes y aplicación. En ese sentido, dispone: "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

Por su parte, el artículo 2 dispone que "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento". Esto es lo que la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci destacó como el diálogo de fuentes.

Podemos indicar, entonces, como característica de este CCCN, que amplía derechos desde la perspectiva de los derechos humanos, que se encuentran incorporados a nuestro ordenamiento jurídico a través del reconocimiento de los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

---

[1] Abogada egresada de la UBA. Especialista en seguridad social. Vicepresidenta de la Asociación de Abogadas y Abogados de Buenos Aires (2019/2021). Vicepresidenta de la Comisión de Seguridad Social de la Asociación de Abogadas y Abogados de Buenos Aires (2019/2021). Docente invitada en el posgrado Actualización en Derecho Previsional de la UBA y la Asociación de Abogadas y Abogados de Buenos Aires. Publicó diversos artículos y expuso en numerosos congresos de la especialidad. Prosecretaria de prensa de la Asociación Americana de Juristas.

[2] Boletín Oficial: 8/10/2014.

Se destaca el respeto irrestricto a la persona, ratificando los principios de libertad e igualdad, resultando un Código de avanzada al reconocer diferentes formas familiares.

Señalamos, también, el reconocimiento de la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes.

En los procesos de familia, se procura una tutela judicial efectiva, conforme principios de economía procesal y celeridad derivados de las Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, de marzo de 2008, a los cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación adhirió mediante la acordada 5/2009, de febrero de 2009, y la Procuración General de la Nación, a través de la resolución 58/2009[3].

Formulada esa breve introducción, pasaremos entonces a analizar la incidencia del CCCN en el ámbito de la seguridad social, específicamente en torno al derecho a pensión por fallecimiento, en los casos de matrimonio, unión convivencial y menores de edad.

2. La cobertura de la contingencia por fallecimiento

La ley 24241 establece la cobertura de la contingencia por fallecimiento.

Mediante esta prestación se pretende suplir la falta de ingreso que genera el fallecimiento del causante en el núcleo familiar, por lo que se enmarca en la idea de la protección integral de la familia que surge del texto del artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

Vale destacar la naturaleza sustitutiva de la prestación previsional. La prestación pretende paliar el estado de necesidad derivado de la falta de sostén económico.

Un principio fundamental respecto a este derecho es el de la ley aplicable, ya que el derecho a pensión se rige por la ley vigente a la fecha de fallecimiento del causante (artículo 161, ley 24241).

Destacamos que la pensión no integra el patrimonio. Solo pueden ser titulares de este beneficio quienes reúnan la calidad de causahabientes previsionales que van a ser establecidos por la ley específica.

En efecto, el artículo 53 de la ley 24241 establece quiénes tendrán derecho a la pensión. Los derechohabientes son las personas que tienen derechos previsionales como consecuencia del fallecimiento de otra persona a la que se encuentran ligadas mediante un vínculo legalmente previsto.

Ellos son:

• La viuda o el viudo.

[3] Guillot, María Alejandra, *El Código Civil y Comercial de la Nación y la pensión: derechos de los convivientes y excónyuges*, Revista de Jubilaciones y Pensiones, Buenos Aires, 2015, tomo XXV, pág. 165.

• La conviviente o el conviviente. Señalamos que, en un claro reconocimiento de los distintos tipos familiares, en el año 2008, la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) emitió la resolución 671/2008, del 19/8/2008, declarando a los convivientes del mismo sexo incluidos en los alcances del artículo 53 de la ley 24241 como parientes. De esta manera, les reconoce el derecho a la pensión por fallecimiento del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad del Régimen Previsional Público.

• Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas, siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos hasta los 18 años de edad. La Gerencia de Asuntos Jurídicos de la ANSeS, en el dictamen 33433/2006, considerando la evolución normativa, el bien jurídico tutelado y la Convención de los Derechos del Niño, concluyó que los hijos menores de 18 años no deben ejercer la opción prevista en el artículo 53 de la ley 24241 y tienen derecho a ambos beneficios de pensión en caso de fallecimiento de ambos progenitores.

El límite de edad no rige para la persona que se encontrara incapacitada para el trabajo a la fecha de fallecimiento del causante.

Incluso, en determinadas oportunidades, la jurisprudencia ha ampliado la protección a otros supuestos no contemplados en la ley, pero, como señalamos al comienzo, en el marco de la protección integral de la familia que establece el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

En este sentido, la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social (en adelante, "CFSS") otorgó el beneficio de pensión por fallecimiento de la abuela a un menor cuya situación de abandono paterno y carencia económica había sido acreditado[4].

La Sala II del fuero de la CFSS, considerando el caso de un abuelo que asistía económicamente a su nieto, hijo de padre desconocido, le acordó el beneficio de pensión[5].

3. Matrimonio y derecho a pensión

Señalamos, en primer lugar, las disposiciones del CCCN que regulan los efectos del matrimonio.

El artículo 431 dispone el compromiso de los cónyuges a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación.

Tanto la convivencia como la fidelidad pasan a constituir un deber moral, pero de ningún modo reprochables judicialmente. También se destaca que se deben asistencia mutua.

Por su parte, el artículo 432 establece que los cónyuges se deben alimentos durante la vida en común y la separación de hecho.

[4] "Barretto, Juana Margarita c/ANSeS", 28/4/2000.
[5] "Sciarra, Lucas c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", 22/12/1997.
ciones y Pensiones, Buenos Aires, 2015, tomo XXV, pág. 165.

Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria solo se debe en los supuestos previstos por el Código o por convención de las partes.

Se deben alimentos con posterioridad al divorcio:

a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos;

b) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Se tienen en cuenta los incisos b), c) y e) del artículo 433. La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441.

En ambos casos, la obligación cesa si desaparece la causa que la motivó, si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad.

Respecto del matrimonio y derecho a pensión, señalamos un fallo reciente de la Sala I de la CFSS[6]. En ese caso, el Tribunal ponderó que, al momento del fallecimiento, la actora se encontraba separada de hecho desde hacía muchos años (más de veinte) y no había asistencia económica por parte del causante. Sin perjuicio de señalar que ante las reformas del CCCN no cabe analizar la culpa, destacan que "no se acreditó la dependencia económica". Consideraron que, dado que el instituto de pensión tiende a proteger el núcleo familiar evitando el desamparo ante la muerte del causante, en el caso en estudio "no puede afirmarse indubitadamente que la actora esté legitimada para reclamar el pago luego de veintidós años de separación y habiendo formado nueva pareja ya que no se daría la situación de contingencia que protege la Constitución Nacional".

Por tal razón se rechazó el planteo formulado por la cónyuge supérstite.

a) Compensación económica

El CCCN introduce una novedad: la compensación económica. Esta figura tiene por objeto compensar al cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto, con causa en la ruptura del vínculo matrimonial. Su fundamento reside en la solidaridad familiar, evitar que el matrimonio sea causa de enriquecimiento o empobrecimiento de alguno de los cónyuges a costa del otro.

Esta compensación puede constituir una prestación única, renta a plazo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado.

Ahora bien, ¿podemos afirmar que la compensación económica podría ser asimilable a los alimentos a los fines previsionales, teniendo en consideración sus fundamentos?

[6] "Barreto, Olga Mercedes c/ANSeS s/pensiones", 28/2/2020.

¿Podría ser considerado como elemento constitutivo de un futuro derecho a pensión o su cobro agota todo derecho del compensado con relación a quien lo paga?

Estas preguntas aún no tienen una respuesta concreta a nivel jurisprudencial, pero seguramente formarán parte de válidos planteos.

b) Cohabitación y culpa

Tal como señalamos al momento de destacar los efectos que el CCCN acuerda al matrimonio, la cohabitación deja de ser una obligación legal para pasar a ser una de índole moral.

La ley 17562 regula en el artículo 1, inciso a), las causales de pérdida del beneficio de pensión.

Se dispone para el caso del "cónyuge que por su culpa o por culpa de ambos estuviera divorciado o separado de hecho al momento de la muerte del causante, salvo cuando el divorcio hubiere sido decretado conforme al artículo 67 bis de la ley 2393 y uno de los cónyuges hubiera dejado a salvo el derecho a pedir alimentos".

Las disposiciones del artículo 1, inciso a), de la ley 17562, como causal de pérdida del derecho a pensión, no resultarían aplicables en caso de interrupción de la cohabitación, toda vez que actualmente el matrimonio no conlleva esa obligación.

Íntimamente vinculado con la obligación de cohabitación se encuentra el concepto de culpa.

Esta causal subjetiva de la separación o divorcio ha sido desterrada del CCCN.

En los fundamentos del anteproyecto del CCCN, se expresó respecto de la eliminación de la culpa: "La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la conflictiva matrimonial de la manera menos dolorosa posible".

En ese sentido, al regularse las causales de disolución del matrimonio, el artículo 435 del CCCN establece las siguientes:

a) muerte de uno de los cónyuges;

b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento;

c) divorcio declarado judicialmente.

Toda petición de divorcio debe contener una propuesta que regule los efectos del divorcio.

Ahora bien, dentro de la normativa previsional vigente advertimos que se atribuye a la culpa

un papel primordial. En efecto, es el caso del artículo 53 de la ley 24241, al referirse a la posibilidad del conviviente de excluir al cónyuge supérstite en caso de que fuera declarado culpable de la separación personal o divorcio. Dejando a salvo la posibilidad de concurrencia entre conviviente y supérstite inocente para el caso de haber hecho reserva de alimentos.

Por otro lado, el inciso a) del artículo 1 de la ley 17562 pondera la culpa en torno a la pérdida del derecho a la pensión.

Esta situación jurídica contradictoria ha merecido planteos judiciales.

Comentaremos algunos casos relevantes.

En el Juzgado Federal Nº 1 de Dolores[7], se planteó el caso de una cónyuge supérstite que peticionó la pensión por fallecimiento de su esposo. La actora se encontraba casada con el causante y tenían hijos en común. Se encontraba separada de hecho al momento del fallecimiento del causante. Este había abandonado el hogar "por circunstancias ajenas a la pareja" y ella no reclamó alimentos judicialmente porque el causante continuó "asistiéndola" luego de separados. La ANSeS había denegado el beneficio con fundamento en que la actora debió haber pedido alimentos, y que no podía pretender con posterioridad al fallecimiento y con fundamento en el derecho a pensión mejorar su situación patrimonial, presuponiendo que la causal de la separación le era imputable a la actora.

El doctor Alejo Ramos Padilla, a cargo del Juzgado, sostuvo que la situación jurídica en estudio, acto administrativo que deniega una pensión, proyecta sus efectos en el tiempo, por lo que debe analizarse según las disposiciones del CCCN.

En ese sentido, destaca con una mirada sistémica del texto legal que la cohabitación debe ser considerada como un deber moral y que su violación no produce efectos ni existe posibilidad de obtener su cumplimiento coactivo, ni sanción para el cónyuge que rompe la convivencia. Hay que considerar que en la actual legislación civil se eliminó el concepto de la culpa en el divorcio. Si la culpa y la convivencia ya no tienen lugar en el ordenamiento jurídico, resulta forzoso concluir que el acto administrativo que denegó el beneficio deviene nulo por no haber aplicado el derecho vigente. Por ello ordena a la ANSeS que en el plazo de quince días acuerde el beneficio.

Otro planteo judicial[8]: se trata de un matrimonio celebrado en 1971, con tres hijos en común y relación de los cónyuges hasta el fallecimiento. La alegada separación de los cónyuges se debió a razones laborales, el causante se desempeñó en Hierros Patagónicos Sociedad Anónima (HIPASAM - explotación minera). Luego se trasladaron a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pero el causante mantuvo su domicilio en Río Negro para poder cobrar el suplemento por zona austral y por tener un fuerte vínculo con la localidad de Sierra Grande.

[7] "Vázquez, Beatriz Rufina c/ANSeS s/pensiones", 8/9/2017.
[8] "Serra, Olga Noemí c/ANSeS s/pensiones", 29/11/2019.

En esa oportunidad, la doctora Ana Rojas, a cargo del Juzgado Federal de la Seguridad Social Nº 4, sostuvo que la denegatoria de la pensión de la viuda, fundada en no tener por acreditada la convivencia, implica una errónea interpretación de la ley, que no se aviene con el criterio de interpretación de las normas previsionales.

La separación de los cónyuges por sí sola no ocasiona la pérdida del derecho a la pensión.

Ponderaba la magistrada que, a partir de la sanción del nuevo CCCN, el requisito de convivencia dejó de ser una obligación entre los cónyuges. Finalmente, considerando el carácter asistencial del beneficio y la regla hermenéutica que establece que, en casos similares, ha de resolverse en materia previsional en favor de los derechos de la peticionante, hizo lugar a la demanda y acuerda beneficio de pensión.

En otro caso[9], se planteó judicialmente la impugnación de la resolución denegatoria del beneficio de pensión en el supuesto de un matrimonio vigente al momento del fallecimiento, con discrepancias de domicilio, en el que una testigo declaró que se encontraban separados de hecho. La doctora Karina Alonso Candis, a cargo del Juzgado Federal de la Seguridad Social Nº 1, sostuvo que se requiere armonizar la normativa previsional, así como adecuar la jurisprudencia y las resoluciones administrativas que se dicten a partir de la vigencia del CCCN. En ese sentido, recuerda que en el ámbito de la seguridad social existen pautas interpretativas que hacen hincapié en el carácter tuitivo y alimentario del derecho previsional. Esas cualidades posibilitan una interpretación amplia de los preceptos que la conforman a fin de evitar razonablemente frustrar el acceso a prestaciones alimentarias. Destaca que actualmente la cohabitación no es una obligación matrimonial, por lo tanto, si se eliminó el deber de cohabitación durante el matrimonio en el ordenamiento jurídico, el acto administrativo que denegó el beneficio previsional deviene nulo por no haberse aplicado el derecho vigente. Por ello, resuelve que la previsión del artículo 1, ley 17562, no resulta aplicable, hace lugar a la demanda y acuerda beneficio de pensión.

c) Violencia doméstica

Un punto para destacar en el análisis del derecho a la pensión es el de la violencia doméstica. Para tal fin, recordamos el marco normativo aplicable en torno a esta temática: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), aprobada por la ley 23179, en 1985, con jerarquía constitucional con reforma de 1994 y cuyo protocolo facultativo fue aprobado por la ley 26171, de marzo de 2007; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belém do Pará; la ley 26485 de protección integral de las mujeres, del 1/4/2009.

A partir de la consideración y reconocimiento de los supuestos de violencia doméstica, señalaremos su reflejo en la justicia vinculado con el derecho a pensión.

[9] "Espósito, Silvina Norma c/ANSeS s/pensiones. Expte. 14498/2016", 3/4/2018.

Destacamos un caso resuelto en el Juzgado Federal de la Seguridad Social Nº 6[10]. La actora contrajo matrimonio en 1999. En el año 2002 se encontraba separada de hecho del causante habiendo realizado una exposición civil ante una comisaría. Posteriormente el causante tuvo contra la actora graves hechos de violencia, lo que la llevó a temer por su seguridad y la de su familia. El causante era una persona violenta y, habiendo sido intimada por este, la actora accedió a convertir el divorcio contradictorio en uno de mutuo acuerdo. Encontrándose divorciada, sin haber requerido el pago de alimentos, la ANSeS denegó el beneficio de pensión con fundamento en el artículo 1 de la ley 17562.

El doctor Juan Fantini sostuvo que no surge acreditada la culpa de la peticionaria en el divorcio, sino que se demostró que padecía violencia doméstica.

Resulta interesante destacar que el magistrado cuestiona al organismo previsional en tanto no se hizo cargo de las pruebas aportadas, sino que actuó de manera discriminatoria e infundada.

La actora, ponderó el magistrado, no omitió declarar la separación de hecho sin perjuicio de afirmar su inocencia originada en los malos tratos recibidos por el causante. Si bien debe evitarse captación de beneficios, sostiene, ello no puede hacerse sobre la base de afirmaciones dogmáticas.

Por tal razón, verificada la situación de violencia, el no reclamo de alimentos no resulta determinante de la inexistencia de su necesidad y resuelve acordar el beneficio de pensión.

Otro supuesto a considerar es el caso de una demanda entablada a fin de que se reconociera el derecho a pensión de una conviviente que había interrumpido la convivencia para cuidar de su propia integridad física y moral, como también la de su pequeña hija, reconocida por ambos[11]. En el caso en estudio, la Sala I de la CFSS entendió que, si bien la convivencia es un requisito para acceder a la prestación, habiendo la actora probado que convivió con el causante durante muchos años (nueve), que hubo hijos en común y que la causa de la separación se debió a los malos tratos que recibía por parte del causante, "corresponde atender al fin tuitivo de la materia a fin de no dejar desprotegido al conviviente que se encuentra sometido a malos tratos ni avalar una situación de violencia. Una solución contraria implicaría imponer a quienes se hallan sometidos a situaciones de violencia tener que soportarlas por el solo hecho de mantener la asistencia económica en vida del conviviente o el derecho a obtener el beneficio previsional en el supuesto de su fallecimiento, lo que redundaría en una violación a derechos amparados en la propia Constitución Nacional y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional".

Resulta interesante la evaluación de la situación con perspectiva de género que realiza la Sala cuando señala: "Cabe destacar que ante situaciones de violencia intrafamiliar uno de los

[10] "Belvedere, Graciela María c/ANSeS s/pensiones", 7/3/2017.
[11] "Caracciolo, Susana Estela c/ANSeS s/pensiones", 1/3/2018.

principales inconvenientes que deben sortear las víctimas de violencia tanto física como psicológica es vencer el miedo y denunciar la situación que soportan, por lo que exigir mayores elementos de prueba a fin de reconocerle el derecho a pensión equivaldría a denegarlo lisa y llanamente, sin advertir la especial situación de este tipo de víctimas y las circunstancias que atraviesan". Por tales razones, resuelve acordar el beneficio de pensión peticionado.

Otro caso que nos interesa comentar es de la Sala A de la Cámara Federal de Córdoba[12], en el que se analizó la situación de una separación de hecho porque el causante padecía esquizofrenia y se había vuelto agresivo hacia la actora y su familia. En un primer momento vivió con su hermana y luego fue internado en un hospital neuropsiquiátrico.

La Cámara entendió que correspondía analizar la norma jurídica aplicable considerando las diferentes ramas del derecho constitucional, previsional, de familia y género.

El artículo 161, ley 24241, dispone que el derecho a la pensión se rige por la ley vigente a la fecha de fallecimiento del causante. En vigencia de la ley 23515, solo el juez podría declarar la culpa. Al momento del fallecimiento del causante (1/8/2008) se encontraba vigente la ley 23515. En el caso en estudio, la violencia es advertida mediante indicios, testimonios, verificaciones ambientales.

La Sala señala que la dignidad intrínseca de la persona es el fundamento de los derechos humanos. Por tal razón, con fundamento en el principio *pro homine*, corresponde considerar la incidencia de supuestos de violencia doméstica a fin de no denegar derechos de carácter alimentario como el solicitado.

Entre los fundamentos del fallo, señala la CEDAW, la Convención Belém do Pará y la ley 26485. Recuerda que la culpa no se presume (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Stoller", "Ponce, Alba Themis", etc.) y, por tal razón, acuerda el beneficio de pensión.

4. Uniones convivenciales y el derecho a pensión

Destacamos que las uniones convivenciales que regula el CCCN tienen efectos jurídicos limitados, no generan derechos hereditarios, establecen la necesidad de pacto expreso para regular los bienes y carecen de regulación alimentaria luego de finalizada la unión.

Los artículos 509 y siguientes del CCCN definen las uniones convivenciales como la unión de dos personas, sean del mismo o diferente sexo, basada en relaciones afectivas, con los siguientes requisitos: tener carácter singular, pública, notoria, estable y permanente, compartir un proyecto de vida común por un lapso no inferior a dos años.

La prueba de las uniones está regulada en el artículo 512, CCCN. Se establece que pueden probarse por cualquier medio e incorpora el registro de uniones convivenciales, que, si bien no constituye un requisito para su existencia, facilita su prueba.

[12] "N, F. R. A. c/ANSeS s/pensiones", 7/10/2020.

Ahora bien, en el caso de uno de los convivientes que quiera solicitar la pensión por fallecimiento del otro, de acuerdo a las disposiciones del artículo 53 de la ley 24241, deberá acreditar un plazo de convivencia:

• Dos años, si tuvieran hijos en común.

• Cinco años, si no tuvieran hijos en común.

La prueba de esa convivencia se encuentra regulada por un decreto reglamentario del artículo 53 señalado, el 1290/1994, que dispone:

1. La convivencia pública en aparente matrimonio durante los lapsos exigidos en el artículo que se reglamenta podrá probarse por cualquiera de los medios previstos en la legislación vigente.

2. La prueba testimonial deberá ser corroborada por otras de carácter documental, salvo que las excepcionales condiciones socioculturales y ambientales de los interesados justificaran apartarse de la limitación precedente.

3. Se presume la convivencia pública en aparente matrimonio, salvo prueba en contrario, si existe reconocimiento expreso de ese hecho, formulado por el causante en instrumento público.

4. Si el causante hubiera optado por permanecer en el régimen de reparto, la prueba podrá sustanciarse ante la ANSeS o mediante información sumaria judicial, con intervención necesariamente de aquella y demás terceros interesados cuya existencia se conociere. Si el causante estuviera comprendido en el régimen de capitalización, la prueba deberá sustanciarse mediante información sumaria judicial, con intervención necesaria de la administradora de fondos de jubilaciones y pensiones en la que se encontrara incorporado, y de todo otro tercero interesado cuya existencia se conociera.

Asimismo, el dictamen 30851/2005 de la Gerencia de Asuntos Jurídicos de la ANSeS establece una serie de requisitos o pautas para cumplirse para poder acreditar la convivencia: información sumaria con dos testigos y participación de la ANSeS; comprobante del beneficiario de obra social del conviviente; igual domicilio en el documento nacional de identidad o contrato de locación o póliza de seguro, tarjetas de crédito, cajas de ahorro comunes, servicios públicos. Ser apoderado para percibir la prestación del otro.

Como vemos, los requisitos vigentes en materia previsional resultan agravados respecto a la normativa del CCCN y se orientan en una línea que conlleva a la posible frustración de la concreción de derechos alimentarios, como es la pensión.

Veremos en sede judicial algunos pronunciamientos al respecto: el Juzgado Federal de la Seguridad Social Nº 4, en una información sumaria[13] en la que se planteó el plazo de las uniones

[13] "Reynoso, Dominga Leonor c/ANSeS s/información sumaria", 8/6/2016.

convivenciales a los fines del derecho a pensión, destacó que, a partir del nuevo CCCN, el plazo mínimo es de dos años para las uniones convivenciales [artículo 510, inciso e)]. La magistrada se plantea cuál es la norma aplicable, si el artículo 53 de la ley 24241 o el 510, inciso e), CCCN, en torno al plazo de la convivencia.

La doctora Rojas considera que "ha de estarse a la aplicación de la norma más favorable, atendiendo el carácter alimentario del beneficio en cuestión y al principio de progresividad de los derechos de la seguridad social". Recoge el criterio del Máximo Tribunal al sostener que la aplicación de la norma más favorable concuerda con el propósito del legislador de promover la progresividad de los derechos sociales, según ha sido preceptuado en el artículo 75, inciso 23), de la Constitución Nacional y en diversos tratados de derechos humanos.

Si bien rechaza la demanda por falta de prueba suficiente, resultan muy interesantes los fundamentos referenciados.

En el sentido contrario, la Sala 3 de la CFSS tuvo oportunidad de expedirse en un caso en el que se planteó el derecho a pensión de una conviviente con un plazo de convivencia inferior al establecido por la normativa previsional[14].

La peticionante había solicitado la aplicación de las disposiciones del CCCN, a fin de obtener la reducción del plazo de convivencia de cinco a dos años.

La Sala 3, por aplicación del principio de especialidad en la regulación, entendió que la ley 24241 desplaza el régimen de uniones convivenciales del CCCN y por tal razón confirmó el pronunciamiento de primera instancia que había rechazado la demanda.

Por último, comentaremos una acción de amparo entablada ante el Juzgado Civil y Comercial Nº 6 de Resistencia, Provincia de Chaco[15], en el que se solicitó la inconstitucionalidad del artículo 84 de la ley 4044 del Régimen de Jubilaciones y Pensiones del Chaco, que establece el requisito de cinco años de convivencia para acceder a la pensión. En el caso en estudio, la actora tenía tres años y medio de convivencia. El fallecimiento había operado en vigencia del nuevo CCCN (20/11/2015).

Concretamente, se resolvió que "la protección requerida por la amparista encuentra sustento en normas constitucionales que -por imperio y supremacía de normas- son de aplicación inmediata y directa a todo el sistema jurídico, sin distinción de rama o materia y en ese sentido debe ser entendida su petición, ya que el derecho deber ser aprehendido, interpretado y aplicado como un todo integrado en forma armónica y global, teniendo como 'norte' el bloque de constitucionalidad que encabeza el plexo normativo argentino", por lo que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 84 de la ley 4044 y se hizo lugar a la pensión.

[14] "Montone, Raquel c/ANSeS s/pensiones", 8/11/2016.
[15] "B., M. C. c/INSSSEP s/acción de amparo", 16/8/2016, expediente 4849/2016.

5. Menores de edad

Respecto de la cobertura por fallecimiento en casos de beneficiarios menores de edad, entra en juego la normativa específica previsional, el artículo 53 de la ley 24241, ya señalado, que reconoce el derecho a pensión por fallecimiento en favor de menores de edad hasta los 18 años, salvo que se encuentren incapacitados y a cargo del causante.

Por otro lado, el artículo 658, CCCN, establece que la obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los 21 años, subsistiendo hasta los 25 años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio les impidiese sostenerse (artículo 663, CCCN).

A su turno, la ley 26579 en su artículo 5 establece la mayoría de edad a los 18 años, excepto en materia de previsión y seguridad social, en cuyo caso los beneficios se extienden hasta los 21 años.

Asimismo, corresponde considerar las directrices emanadas de los pactos internacionales a los cuales nuestro país adhirió, tales como la Declaración de los Derechos del Niño (aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en 1959), que en su principio 8 consagra el derecho a gozar de los beneficios de la seguridad social; la Convención de los Derechos del Niño (aprobada en 1990, con rango constitucional a partir de 1994), que en su artículo 3, inciso 1), determina la obligación de atender el interés superior del niño y en el artículo 26 dispone que los Estados parte reconocerán el derecho de los niños a la seguridad social.

Con toda esa amplitud normativa, se planteó ante la justicia federal un amparo a fin de que se extendiera la pensión del menor huérfano, a cargo de su abuelo de 82 años, hasta los 21 años[16]. Para resolver la causa, la Sala I de la CFSS entendió que deben atenderse las particularidades a fin de no desnaturalizar el fin tuitivo de la prestación. Para ello recordó la obligación del Estado de atender la protección integral de la familia (artículo 14 bis, Constitución Nacional). En el caso concreto, la Sala entendió que negar la posibilidad de extender el beneficio de pensión hasta los 21 años o que pueda procurarse el propio sustento conduce a vulnerar el precepto constitucional. Asimismo, ponderó el Tratado de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce el derecho a niños, niñas y adolescentes a una vida digna y pleno desarrollo de su personalidad, a quienes, por su situación de vulnerabilidad, se les reconoce un plus de protección. En igual sentido, el deber del Estado de adoptar las medidas apropiadas para asegurar el goce de esos derechos [artículo 75, inciso 23), Constitución Nacional]. Por tal razón, resolvió declarar la inconstitucionalidad del artículo 53, inciso e), de la ley 24241 y dispuso la rehabilitación del beneficio de pensión hasta los 21 años.

6. Necesidad de considerar la temática con perspectiva de género

A esta altura del desarrollo del trabajo, resulta imprescindible abordar el análisis con perspectiva de género.

[16] "Zularique, Pedro Adán c/ANSeS s/amparo y sumarísimos", 1/8/2018.

En efecto, vale señalar que, según un informe presentado en febrero de 2020 por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo[17], en el ámbito laboral, la brecha salarial (asalariados registrados) entre hombres y mujeres supera el 20% en el mes de septiembre de 2019: el salario bruto promedio del total de trabajadores de unidades productivas es de $ 51.203, mientras que el de las trabajadoras de unidades productivas es de $ 42.585. En este último caso no se incluye información salarial de trabajadores de casas particulares, pero sí se consideran las remuneraciones mínimas estipuladas por ley y la concentración de mujeres en esa actividad (99,3%[18]), se puede concluir que la brecha salarial incluso sería mayor que la referenciada.

En dicho informe se señala que la participación de hombres y mujeres en el mercado laboral está estructuralmente condicionada por el género. Mientras que los hombres se concentran en sectores como la construcción, la minería, las manufacturas, el transporte y el agro, donde los riesgos de accidentes y exposición a tóxicos tienen mayor relevancia, las mujeres que trabajan tienden a concentrarse en el sector servicios, principalmente en sanidad y educación, donde el trabajo en muchos casos representa una prolongación de las tareas asignadas tradicionalmente a estas, las tareas de cuidado: socialización de los menores, confección de prendas de vestir, provisión de alimentos o tareas domésticas.

En el tercer trimestre de 2019 fallecieron 141 trabajadores registrados por accidentes laborales: 120 hombres (85,1%) y 21 mujeres (14,9%). El 90,5% de los casos mortales de trabajadoras mujeres fue accidentes *in itinere*, mientras que en la población de hombres el 54,2% fue por accidentes de trabajo y el 45%, por accidentes de trayecto[19].

Si con el beneficio de pensión el Estado pretende cubrir el desequilibrio que provoca la contingencia de la muerte en el grupo familiar, vale considerar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran mayoritariamente las mujeres en el mundo laboral en general.

A esa situación de inequidad laboral descripta debemos agregar los condicionamientos que puedan surgir en los supuestos de violencia de género.

En ese sentido, señalamos que, de enero a septiembre de 2020, el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad recibió 81.677 comunicaciones a las tres sedes de la línea 144[20]. El 98% fue de mujeres. De ese total de comunicaciones, el 89% corresponde a la modalidad violencia doméstica, un 67% manifestó haber sufrido violencia física y un 36% afirmó haber estado en situación de violencia económica.

Por tal motivo se vuelve imprescindible que los distintos organismos del Estado se capaciten en la temática de género.

En ese sentido, destacamos la ley 27499[21], sancionada el 19/12/2018 y promulgada por el Poder

[17] Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/boletin_sociodemografico_3_trim._2019.pdf.
[18] Disponible en: http://www.trabajo.gob.ar/downloads/estadisticas/ecetss/ecetss_casas-particulares.pdf.
[19] Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/boletin_sociodemografico_3_trim._2019.pdf.
[20] Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/generos/linea-144/informacion-estadistica.
[21] Boletín Oficial: 10/1/2019.

Ejecutivo el 9/1/2019, que establece la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Advertimos que es un camino largo el que hay que emprender, pero absolutamente necesario.

7. Consideraciones finales

Como vemos, existe una necesidad de armonizar la normativa constitucional, previsional y del CCCN. Para ello se propicia sostener una mirada sistémica. El diálogo de fuentes se presenta como una solución jurídica razonable.

El derecho debe receptar la realidad, en ese camino se insertó el CCCN con el reconocimiento de la pluralidad de formas familiares y la constitucionalización del derecho de familia en el sentido del impacto que ha tenido la incorporación al derecho de familia de los diversos tratados de derechos humanos integrantes del bloque constitucional.

Recordamos el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la finalidad de las normas que regulan la seguridad social: "Corresponde la aplicación de la norma más favorable ya que se adecua a la previsión del artículo 75, inciso 23), Constitución Nacional"[22].

También destacamos la especial cautela que se impone al análisis de las cuestiones donde la aplicación literal de la norma pueda llevar al desconocimiento de derechos de carácter alimentario, cuando los beneficios de la seguridad social están llamados a cubrir riesgos de subsistencia y ancianidad.

Recordamos el Preámbulo, que, como norma supralegal, establece la obligación de "afianzar la justicia". En este camino deben sumarse los actores involucrados, primordialmente cuando están en juego normas que pueden llegar a vulnerar el acceso a derechos de carácter alimentario.

Resulta imprescindible, entonces, el reconocimiento de la efectiva inequidad existente entre hombres y mujeres en el mercado laboral, agravada por los posibles condicionamientos derivados de la violencia de género. Frente a ello, se requiere la adopción de medidas de acción positiva, entre las cuales señalamos la capacitación en los términos de la ley 27499, a fin de que se logre el acompañamiento de los distintos poderes del Estado con una necesaria perspectiva de género.

[22] "Arcuri Rojas, Elsa c/ANSeS", 3/11/2009.

La criminalización de la mujer en torno a la maternidad

POR STEFANÍA GIOVANNA ALBA NÁJERA[1]

"La maternidad se ha vuelto una experiencia femenina ineludible, valorada por encima de cualquier otra: dar la vida es fantástico. La propaganda 'promaternidad' nunca ha sido tan martilleante. Menudo camelo, el método contemporáneo y sistemático de la doble obligación 'tened hijos, es fantástico, os sentiréis más mujeres y más realizadas que nunca' pero hacedlo en una sociedad decadente en la que el trabajo asalariado es una condición de la supervivencia social, aunque no está garantizado para nadie, y menos para las mujeres".

Virginie Despentes[2]

1. A modo de introducción, un acercamiento a cómo funciona "lo penal"

No es errada la afirmación acerca de la capacidad del sistema penal[3] en la creación y reproducción de estereotipos sociales. Estos muchas veces se generan y reproducen desde aquel sistema como también desde el propio derecho penal, entendiendo a este último como el encargado de estudiar no solo la normativa estanca, sino el funcionamiento de todo el aparato punitivo.

El sistema penal, entonces, llevará adelante su misión a través de las denominadas agencias; algunas de ellas serán llamadas formales: la judicial, la ejecutiva; otras, informales: medios masivos de comunicación, agencias de reproducción ideológica. Lo que tienen todas en común es su coincidencia en la cuestión criminal.

Estas agencias cumplen el rol de aplicar poder punitivo a través de la criminalización secundaria. Claro que no lo hacen ingenuamente, sino que cuentan con el poder de decisión sobre quiénes llevarlo a cabo. Este es uno de sus caracteres distintivos: el de ser selectivizante. Es decir que, a la hora de llevar a cabo tal procedimiento, entendido como la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, estas son seleccionadas dentro de determinados grupos sociales. No operan las agencias sobre la base de la legalidad o ilegalidad de las conductas, sino que muestran su costado selectivo, que es motivado, en la mayoría de las ocasiones, por los denominados estereotipos. Estos suelen ser ofrecidos socialmente, construidos en gran

[1] Abogada (UNLP); auxiliar docente de Derecho Penal I (FCJyS-UNLP); proyecto de tesis en la maestría Comunicación y Criminología Mediática (FPyCS-UNLP); integrante del Centro de Investigación en Derecho Crítico (FCJyS-UNLP); integrante de la Red de Profesoras FCJyS-UNLP.

[2] Despentes, Virginie, *Teoría King Kong*, Buenos Aires, Random House, 2018, pág. 26.

[3] Me limitaré solo a mencionar y trabajar sobre el sistema penal, advirtiendo la existencia de diferentes formas de estereotipación dentro de las ciencias jurídicas en su conjunto, variables según el contexto y la disciplina específica de la cual se trate y con diferentes matices e intensidades.

medida con ayuda de los medios masivos de comunicación, abriendo paso al llamado "chivo expiatorio", que coincide generalmente con un prototipo criminal.

Esto no es un fenómeno que se le atribuya solo al aparato penal. Nuestras interacciones sociales están regidas por roles y exigencias en torno a funciones asignadas, las cuales aprehendemos en diferentes instituciones sociales a lo largo de la existencia[4].

En apariencia, se trataría de un simple análisis sobre el accionar del sistema penal sin distingo alguno sobre cuestiones genéricas. Incluso hasta podríamos afirmar que las mujeres resultarían aventajadas considerando que el prototipo clientelar en su mayoría se construye como un hombre joven, de tez morena, con denominada vestimenta. Ese es un dato errado, ya que las mujeres[5] también se encuentran bajo el peligro de ser capturadas por el poder punitivo. Claro que no todas las mujeres son proclives a esto en igual medida. Uno de los grandes factores que impacta mayormente en el grupo mujeres tiene que ver con la pobreza, la cual conduce, en muchas ocasiones, al factor de la migración o a la comisión de delitos, como los relacionados con el **narcomenudeo**[6], que termina siendo operado en el plano doméstico en zonas urbanas.

Aquí, entonces, es cuando podemos introducirnos en el concepto de los llamados estereotipos de género. Estos se refieren a un grupo estructurado de creencias sobre los atributos personales de mujeres y hombres. Creencias que pueden implicar una variedad de componentes y que incluyen características de la personalidad, comportamientos y roles. Estos estereotipos van mutando, a la vez que sus componentes varían de acuerdo a los diferentes contextos[7] y, cuando se ponen en juego frente a la normativa, conducen a interpretaciones imparciales guiadas no por la supuesta neutralidad, sino por percepciones inculcadas.

2. El derecho penal y el género

Diferentes feminismos han cuestionado al derecho y al derecho penal, en particular. La conocida frase de Catherine MacKinnon, "La ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres", refleja aquella segunda ola feminista norteamericana de los años 70 que comienza a debatir acerca de si la pretendida búsqueda de igualdad no terminaría siendo un desmedro para las mujeres, en tanto se igualaría a lo discursivamente normal, que, en realidad, es de tinte masculino. En definitiva, la frase expone que la ley, por tanto el derecho, se crea para ser aplicada por hombres con una mirada misógina. Podríamos decir que esta línea feminista, siguiendo a Frances Olsen[8], se enrola en las críticas que dará en llamar "de segunda categoría", las cuales, aceptando como ideología dominante que el derecho es racional,

[4] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal; parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2012, págs. 11,12.
[5] Nos referiremos solo al grupo mujeres entendiendo que la inclusión de disidencias sexogenéricas implicaría una desviación en el análisis puntual del tema propuesto y demandaría una mayor extensión para el desarrollo.
[6] Se llama usualmente con este término al comercio de drogas ilícitas en pequeña escala.
[7] Cook, Rebecca J.; Cusack, Simone, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2009, pág. 11.
[8] Olsen, Frances, Identidad femenina y discurso social, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2020, Colección Identidad, Mujer y Derecho, págs. 25-42.

objetivo y universal, rechazan la jerarquía de tales dualismos. Janet Rifkin, por ejemplo, afirmaba que el derecho es un "paradigma de masculinidad", y más interesante es el aporte de Diane Polan, quien sostenía el fracaso de querer igualar a las mujeres en derechos dejando de lado los contextos de cambios económicos, sociales y culturales más amplios. El reclamo por una igualdad formal sería un fracaso, debiéndose ir por una igualdad sustancial, que considerase las diferencias existentes entre ambos grupos y las tratara especialmente. Esta es, indudablemente, una posición de discriminación positiva que podría hasta comprenderse como antidiscriminatoria.

Como advierte Zaffaroni, el discurso feminista es el discurso con tales características por excelencia, mientras que el poder punitivo hace énfasis en el control preferente de varones jóvenes y adultos a modo de controlar a los controladores. En definitiva, el poder punitivo alimenta todo tipo de discriminaciones y asegura, de alguna manera, que aquellos controladores no dejen de realizar dicha tarea. Como hemos mencionado, el carácter estereotipante del sistema penal construye así imágenes negativas llenas de prejuicios que sostienen culturalmente las discriminaciones[9].

El derecho penal, en particular, tiene la característica de ser la rama del derecho que, además de gestionar en parte el funcionamiento del sistema penal, tiene la legitimidad en la tarea de aplicar un castigo, usualmente traducido en la privación de la libertad ambulatoria de la persona. Tal como señala Garland, el castigo funciona como un mecanismo de regulación social; regula el comportamiento de forma directa mediante la regulación de las conductas prohibidas, por ejemplo, a la vez que regula el significado, el pensamiento, la actitud, el comportamiento.

Además, el propio derecho penal se sirve del método dogmático penal para, mediante la teoría del delito, determinar la existencia del injusto penal y poder o no reprocharse al supuesto autor y/o autora. Ese método también es objetado en tanto se presume racional, pudiendo convertirse en una herramienta funcional al denominado poder punitivo. Dicha dogmática no puede funcionar desconociendo los datos ónticos de la realidad, por tanto no podría advertir las consecuencias del género en el derecho y en la justicia penal, así como tampoco las diferentes realidades de las mujeres en la sociedad.

3. Maternidad y derecho penal

La maternidad como tal no constituye simplemente un hecho de la naturaleza, en tanto se trata del acto de concebir y gestar vida. Esta termina por ser, además, una construcción ideológica, que muchas veces se traduce como el destino natural del género femenino, el punto de realización como una "buena" mujer, a la vez que coloca a la persona progenitora en un rol de cuidado y responsabilidad sobre sus hijos/as. Estas construcciones ideológicas impactan de lleno en lo que tiene que ver con la valoración jurídica de sus actos.

[9] Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Las trampas del poder punitivo; el género del derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2000, págs. 19-30.

Dentro del derecho penal, podríamos delimitar algunas figuras en torno al rol de la mujer como madre y su posible criminalización. Por lo general, cuando se habla de este tipo de delitos, se los asocia con lo que se conoce como "delitos de estatus"; es decir, aquellos delitos vinculados con roles tradicionalmente atribuidos a las mujeres en el ámbito doméstico o en materia de sexualidad[10].

Tendremos, por un lado, aquellos delitos vinculados con el incumplimiento de los deberes de cuidado, tratándose de delitos de omisión, en los que están presentes los casos de abandono de persona, como también el homicidio en comisión por omisión agravado por el vínculo. Desde otro punto de vista, los delitos relacionados con los comportamientos activos; es decir, cuando la madre da muerte a su hijo o hija recién nacido/a, que, ante la ausencia de la histórica y derogada figura del infanticidio, califica como un delito agravado por el vínculo. A su vez, la punición a la mujer que practica su propio aborto o consiente que otra persona lo realice, siempre que sea fuera de los plazos y condiciones establecidas para el denominado aborto no punible, constituye de alguna manera una criminalización hacia la mujer que gira en torno a su rol como madre.

a) Delitos omisivos; las llamadas "malas madres"

Los delitos omisivos son aquellos en los cuales se reformula la lógica normativa; la ley ya no prohíbe determinada conducta, sino que impone un determinado comportamiento, un hacer algo.

Muchas veces ese hacer es asignado a quien se encuentra en la posición de garante. Es decir, una persona a la cual específicamente se le hace una exigencia mayor en la salvaguarda del bien jurídico, a diferencia de los casos donde existen deberes generales de solidaridad. En muchas ocasiones, el problema reside en la no distribución de esta posición de garante, también, en la exigencia de conductas heroicas en contextos de extrema vulnerabilidad. En otros casos se trata, por ejemplo, de mujeres madres que se hallan inmersas en contextos de violencias y/o exclusión.

En varias ocasiones, las mujeres no pueden evitar las agresiones hacia sus hijos/as y ellas mismas se encuentran en situaciones de violencias domésticas. En estos casos, la exigibilidad disminuye a la hora de hacer el juicio de reproche en el plano de la culpabilidad o también puede no exigirse tal conducta en el plano de tipicidad, impidiendo que surja el deber de actuar propio de su condición de garante.

También es conocida la figura del llamado abandono de persona, dentro de este tipo de delitos. En el caso "S., N. K. y otro s/recurso de casación", del 21 de febrero de 2013, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, compuesta por las magistradas Figueroa, Ledesma y el magistrado Slokar, resolvió absolver a una mujer madre que había sido condenada por el delito de abandono de persona seguido de muerte con la pena de seis años y ocho meses de prisión.

[10] Maqueda Abreu, María Luisa, *Razones y sin razones para una criminología feminista*, Madrid, Editorial Dykinson, 2014.

En los hechos del caso, el hijo de la mujer muere cuando se encontraba al cuidado de su pareja, mientras ella se encontraba en su lugar de trabajo. Bien argumentado, la defensa de ella señaló la inexistencia de un abandono de persona, ya que lo había dejado a cargo de su pareja.

Del propio caso surge, además, que hasta la instancia casatoria no se había considerado el contexto de violencia doméstica sufrido por la mujer y su hijo.

b) Delitos comisivos; el histórico y derogado infanticidio

Si bien el delito de infanticidio se halla finalmente derogado de nuestra legislación penal desde el año 1994, ha sido una figura de extrema representación social sobre la maternidad y la sexualidad. Fue el Proyecto Tejedor, que luego se convertiría en el Código Penal de 1886, el que incorporó por primera vez esta figura penal. La normativa atenuaba la pena en los casos de los homicidios cometidos por las madres hacia sus hijos/as recién nacidos/as. El tipo penal se configuraba como protectorio de la entonces familia tradicional y patriarcal, presumiendo que la mujer que daba muerte a sus descendientes en esos casos lo hacía porque se trataba de hijos ilegítimos -es decir, los concebidos por fuera del matrimonio-. Era una manera de escapar de la vergüenza y la deshonra social, y eso justificaba la reducción de pena.

Lo cierto es que, por lo general, las mujeres que llevan adelante este tipo de conductas no lo hacen motivadas por la evitación del estigma de "mala madre" o, como señalaba el positivismo criminológico, como resultado de una asociación de cuestiones hormonales y desequilibrios psíquicos atribuibles al parto y al puerperio. Más allá de que la antigua figura reducía la pena, no dejaba de generar profundos estereotipos de género hacia la mujer y la maternidad.

En nuestro país sucedió un caso relevante sobre el tema, conocido por el nombre de su protagonista: Romina Tejerina. La Sala II de la Cámara en lo Penal de la Ciudad de San Salvador de Jujuy[11] condenó a la mujer a la pena de catorce años de prisión por considerarla autora del delito de homicidio calificado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación.

Los hechos sucedieron en el año 2003, cuando la joven de diecinueve años de edad, luego de dar a luz a una niña en el baño de su domicilio, le dio muerte. Desde el inicio del proceso en su contra, en todo momento la mujer señaló que la gestación había sido producto de una violación sexual.

En la resolución de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, la magistrada Highton de Nolasco alegó un error de tipo, entendiendo que la joven Tejerina habría creído que realizaba un aborto y no un homicidio calificado; por otra parte, afirmó que la deshonra no podía tener como fundamento la atenuación de pena y que la afectación de la psiquis femenina luego del parto es irrelevante para la ley desde la derogación del infanticidio.

[11] "Tejerina, Romina Anahí s/homicidio calificado -causa Nº 29/05-", 2008.

La jueza Argibay se metió, quizás, en uno de los puntos más indescifrables de la dogmática penal, que tiene que ver con el cómputo del monto de pena. La magistrada cuestionaba si era competencia del Alto Tribunal indagar sobre el merecimiento de pena impuesto por el tribunal inferior. Entendió que la atenuación estaba basada propiamente en el contexto biográfico de la acusada y su estado psíquico.

Es importante señalar que las únicas dos magistradas mujeres integrantes de la Corte Suprema de Justicia de aquel entonces rechazaron los reclamos de la defensa de la joven, en contra también de lo que defendían organizaciones y agrupaciones vinculadas a los derechos de las mujeres. Aquí se evidencia lo falaz de la creencia de que las mujeres son quienes portan *per se* la llamada perspectiva de género.

Lo interesante del caso es que, por un lado, la derogación de la figura resultaría ser desventajosa, en tanto los homicidios cometidos por las madres hacia sus hijos/as recién nacidos/as conllevarían penas hasta de prisión perpetua, pero, por otro lado, al cuestionar tal figura por sus sesgos estigmatizantes, se dejaban de lado factores que sí podían incidir efectivamente en la psiquis de la mujer, haciendo válida una atenuación de pena. Ya no se trataba de debatir si está bien o mal visto socialmente el hecho de que las mujeres tengan hijos/as extramatrimonialmente para tener que defender su honra. Incluso el mismo concepto de honra pudo ciertamente haber quedado anacrónico, pero no por eso haberse dado un tácito reemplazo por algún disvalor que la sociedad considere en la actualidad.

Lo que la resolución judicial no puso en juego fue el hecho de la elección de la maternidad por parte de Romina Tejerina.

c) Aborto

En el caso que señalamos, determinadas pericias demostraron que la joven había intentado maniobras abortivas durante el embarazo. En último término, lo que este aberrante caso esconde es la imposibilidad de las mujeres de decidir sobre sus propios cuerpos.

El aborto es por definición la interrupción y finalización prematura del embarazo, dada de forma natural o voluntaria. Esta práctica resulta criminalizante hacia las mujeres que la intentan fuera de lo establecido en el tipo penal conocido como "aborto no punible"[12].

Este no acarreamiento de pena en la práctica abortiva es viable solo si lo realiza un médico/a diplomado/a, con el consentimiento de la mujer, siempre que se realice con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de esta, o si el embarazo provino de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una persona idiota o demente, hasta el plazo de las doce semanas.

Fuera de estos requisitos requeridos por el tipo penal, toda mujer que consienta o lleve

[12] Artículo 86, Código Penal argentino.

adelante la práctica puede ser penada por la ley, conllevando de este modo la criminalización de la práctica y el control social del cuerpo de la mujer, no permitiéndole decidir sobre su propio cuerpo.

4. Reflexiones finales

En miras de poder reflexionar sobre lo antes expuesto, resulta importante destacar que los ejemplos brindados sobre la normativa, acompañados incluso por algunos casos jurisprudenciales, dejan en evidencia en primer término la falta de perspectiva de género a la hora de hacer uso de la dogmática penal. En muchas ocasiones, el intento por lograrlo está dado por parte de algunos/as operadores/as judiciales que buscan "engañar" al sistema de filtros propuesto, en lugar de incluir o crear nuevas categorías superadoras a las ya establecidas. A la vez, evidencia que los prejuicios sociales invaden el campo aparentemente neutral del derecho, teniendo fuerte incidencia en las decisiones sobre la aplicación o no del castigo.

De tal análisis, entonces, surge la necesidad de generar herramientas que, como bien se expuso, no tengan en miras la búsqueda de la igualdad frente a la ley, sino otorgar derechos a los grupos más vulnerables.

El caso que quizás nos convoque en este momento tiene que ver con el derecho a la interrupción legal del embarazo. La conquista de este derecho permitiría no solo la evitación de muertes de mujeres causadas por abortos clandestinos, sino que serviría como un piso para futuras conquistas que puedan ampliar los derechos humanos de las mujeres, colocando el rol maternal en un plano del deseo y no de una imposición cultural.

El amargo sabor de la victoria: las condenas por la muerte de Berta Cáceres Comentario a la sentencia condenatoria por el delito de asesinato de la lideresa indígena

POR DANIELA BERTONE[1]

1. Introducción

Latinoamérica es la región más peligrosa del mundo para la defensa del medio ambiente y los derechos humanos. En los últimos años, los hechos de violencia contra los activistas han aumentado de forma constante y a un ritmo alarmante, en particular en Honduras, donde solo en 2019 fueron asesinados catorce defensores del medio ambiente y los derechos humanos[2], lo que lo coloca como el país más peligroso del planeta en la lucha por el medio ambiente. Uno de los problemas propios de la región es la disputa entre dos modelos excluyentes: la preservación del entorno natural y cultural, representada en gran parte por los movimientos de jóvenes, feministas o indígenas, se contrapone a la idea de progreso y desarrollo representada por las industrias extractivistas, apoyadas por el norte global. En este contexto de conflicto, cobra relevancia la condena a algunos de los autores de la muerte de Berta Cáceres, mujer indígena lenca y mayor exponente de la resistencia a la construcción de una planta hidroeléctrica en Honduras.

Este artículo se centra en el análisis del fallo dictado por la Sala Primera del Tribunal de Sentencia de Tegucigalpa[3], en el que ocho personas fueron acusadas, de las cuales siete resultaron condenadas y una fue absuelta[4]. Se impusieron penas de entre treinta y más de cincuenta años de reclusión a los coautores del asesinato de Berta Cáceres y del intento de asesinato del activista mexicano Gustavo Castro. La sentencia, se explicará, detalla un firme cuadro probatorio que da la base para las condenas de Sergio Orellana, Douglas Bustillo y Mariano Díaz como autores intelectuales de la muerte de la lideresa lenca. Del mismo modo, se analizará la condena a Henry Hernández, Elvin Rápalo, Oscar Torres Velásquez y Edilson Duarte

[1] Abogada (UBA), Ll. M. de la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España. Trabajó por más de quince años en el fuero penal del Poder Judicial de la Nación y en el Ministerio Público de la Defensa. En la actualidad, es becaria Pro Paz de la Función Rotary International y cursa un máster en Estudios de Paz y Resolución de Conflictos en la International Christian University de Tokio, Japón.

[2] De acuerdo al informe de Global Witness, "en Honduras, los asesinatos aumentaron de cuatro en 2018 a 14 en 2019, convirtiéndolo en el país más peligroso del mundo para las personas defensoras de la tierra y del medio ambiente en 2019, considerando los asesinatos per cápita. A su vez, es el país con el mayor aumento en el porcentaje de ataques letales contra activistas". Global Witness, *Defender el mañana: crisis climática y las amenazas contra las personas defensoras de la tierra y del medio ambiente*, 2020. Versión electrónica disponible en: https://www.globalwitness.org/es/defending-tomorrow-es/.

[3] Sentencia TSJN-SI-S53-2019, dictada con fecha 2/12/2019 por la Sala Primera del Tribunal de Sentencia con Competencia Territorial Nacional en Materia Penal, expediente "TST-JN- 3-88-2017/acumulado al 4-14-2018".

[4] Se absolvió a Emerson Duarte Meza por los delitos asesinato, asesinato en grado de tentativa y encubrimiento. El tribunal valoró que la única prueba obrante en su contra, la cual consistía en que el arma homicida fue secuestrada en la vivienda que compartía con su hermano, el condenado Edilson Duarte Meza, no era suficiente para desvirtuar su estado de inocencia. Dada la escasa relevancia de su participación, su caso no será analizado en este trabajo.

Meza por haber ejecutado el hecho del que fue víctima Gustavo Castro y que produjo la muerte de Berta Cáceres. Se describirán los hechos probados, el papel de cada uno de los acusados en el crimen y las pretensiones de las partes durante el juicio. Se sintetizarán los argumentos del tribunal para fundar la culpabilidad de los acusados y las penas impuestas. Por último, se argumentará que el logro de una condena a penas ejemplares deja un sabor amargo, pues solo representa el primer paso hacia un largo proceso judicial para esclarecer el crimen.

2. La trama del conflicto

El día 2 de marzo de 2016, cerca de la medianoche, varias personas armadas ingresaron en la casa de Berta Cáceres, les dispararon a ella y al activista mexicano Gustavo Castro. Como producto de las lesiones sufridas, ella perdió la vida a los pocos minutos. El atentado se produjo en un contexto de resistencia del pueblo indígena y del Consejo Cívico de Organizaciones Populares e Indígenas de Honduras (en adelante, "COPINH") a la implementación en el río Gualcarque de la central hidroeléctrica Agua Zarca, de la empresa Desarrollos Energéticos de Honduras SA (en adelante, "DESA"). La compañía, propiedad de la aristócrata familia Atala, trabajaba en conjunto con empresas internacionales como Pemsa Panamá o la constructora china Sinohidro. El desarrollo de la central hidroeléctrica estaba financiado con capital del Banco Holandés de Desarrollo, Fondo Finlandés para la Cooperación Industrial, del Banco Centroamericano de Integración Económica[5].

Berta Cáceres era una defensora del medio ambiente, de los derechos humanos e indígenas, quien lideraba el COPINH. Entendía que de la autodeterminación de los pueblos originarios nacía la protección del medio ambiente, pues era necesario que los habitantes ancestrales tuvieran "voz y voto en la determinación de lo que sucede en sus territorios y en sus vidas"[6]. Sin dudas, fue una líder latinoamericana en la defensa del medio ambiente y de los pueblos indígenas, reconocida en 2015 con el Premio Goldman, máximo galardón al que cualquier activista ambiental puede aspirar. Era una persona carismática, locuaz, inteligente, capaz de representar diversas luchas, lo que la hacía una persona peligrosa para aquellos que pretenden mantener el *statu quo*. Antes de su muerte, Berta Cáceres había sido objeto de todas las acciones de intimidación imaginables por parte de la DESA. Fue criminalizada, hostigada y amenazada a tal punto que en el 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos le otorgó medidas cautelares. Pese a todo, la red de corrupción e impunidad a nivel estatal y privado que impera en Honduras eligió matarla, pensando que de esa manera dejaría de ser un obstáculo para sus planes de enriquecimiento a toda costa. Lo que no esperaron fue la reacción unánime de la comunidad internacional reclamando el esclarecimiento de su muerte, el enjuiciamiento y la condena de todos aquellos que participaron.

3. La primera sentencia condenatoria por la muerte de Berta Cáceres

[5] Riaño, Murcia; Milena, Diana, *Impunidad de las violencias contra mujeres defensoras de los territorios, los bienes comunes y la naturaleza en América Latina. Informe regional*, Bogotá, FAU-LAC, 2018, pág. 16.

[6] Asmann, Parker, "'¿Quién mató a Berta Cáceres?' Nuevo libro indaga sobre el magnicidio en Honduras", en *InSight Crime*, 2020. Versión electrónica disponible en: https://es.insightcrime.org/noticias/analisis/berta-caceres-libro-honduras/.

a) Los hechos probados del caso

En la sentencia se dio por probado que, entre las 23:30 del día 2 de marzo de 2016 y las 00:09 horas del día siguiente, Henry Hernández, Elvin Rápalo, Oscar Torres Velásquez, y Edilson Duarte Meza ingresaron en la casa de Berta Cáceres, ubicada en la colonia residencial El Líbano, Municipio de La Esperanza, Intibucá, Honduras. Les dispararon a ella y a Gustavo Castro, un activista mexicano alojado allí por su participación en un evento del COPINH, dejándolos heridos. Minutos después, la activista falleció. Las balas ingresaron en su cuerpo por el lado izquierdo y atravesaron sus pulmones produciendo un mortal hemotórax. Se determinó que el ataque fue producto de una compleja organización entre ejecutivos y exempleados de la DESA, miembros de las Fuerzas Armadas y sicarios, en un intento de poner fin a los obstáculos en la construcción de la central hidroeléctrica. Para poder desentrañar lo ocurrido, hubo que remontarse a varios meses atrás, pues, como se determinó en el expediente, el asesinato se había comenzado a planear en octubre de 2015.

La muerte de Berta Cáceres fue producto del odio de los directivos de la DESA, generado por ser la cabecilla del movimiento que se oponía a la implementación de una central hidroeléctrica en las tierras indígenas lencas, que le había ocasionado pérdidas millonarias. El asesinato fue orquestado por personal ejecutivo, gerencial y de seguridad del proyecto que, de acuerdo con la prueba reunida, se comunicaban por medio de un grupo de WhatsApp denominado seguridad PHAZ. El grupo estaba conformado por el condenado Sergio Ramón Rodríguez Orellana, entonces gerente de ambiente, social y comunicaciones de la DESA, el gerente David Castillo, el director de la construcción, José Manuel Pages, el encargado de seguridad mayor, Jorge Ávila, los directivos Jacobo Atala, Pedro Atala, Daniel Atala, Edi Atala y el gerente financiero, Daniel Atala, entre algunos otros. En un comienzo, su fin era coordinar acciones de seguridad contra las manifestaciones del COPINH, pero, ante su imparable lucha, el 29 de octubre de 2015 decidieron que era necesario encaminar acciones respecto de Berta Cáceres, pues de ella dependía la convocatoria a las manifestaciones.

Las abundantes pruebas periciales efectuadas, las declaraciones testimoniales obtenidas y las versiones brindadas por Sergio Orellana y Mariano Díaz permitieron reconstruir los pasos anteriores y posteriores a la muerte de la lideresa lenca, dando respaldo a la acusación formulada por el Ministerio Público Fiscal. La responsabilidad se atribuyó a dos grupos de personas según su participación, sea como artífices o como ejecutores del hecho. Por un lado, los autores intelectuales condenados por la muerte de Berta Cáceres fueron Sergio Orellana, Douglas Bustillo y Mariano Díaz. Por otro lado, como autores materiales de la muerte de la defensora de derechos humanos y de la tentativa de homicidio contra el activista Gustavo Castro, se condenó a Henry Hernández, a Elvin Rápalo, a Oscar Torres Velásquez y a Edilson Duarte Meza.

La investigación estableció el rol que cada uno de los condenados tuvo en la intrincada organización del crimen. David Castillo, quien aún se encuentra bajo investigación, se encargó de obtener información de la víctima a través de Sergio Orellana. Castillo dio la orden de asesinato a Douglas Bustillo, exmilitar y exjefe de seguridad de la DESA, y ofreció el dinero que se

pagaría por la comisión del hecho. Por su parte, Sergio Orellana manejó a los informantes que daban seguimiento a Berta Cáceres durante sus diferentes actividades y retransmitió la información a los miembros del comité y de la coordinación de Agua Zarca. Además, se comprobó que había coincidido en las fechas, horas y lugares en las que David Castillo se reunía con Douglas Bustillo. Fue este último quien se encargó de coordinar con el mayor de las Fuerzas Armadas, Mariano Díaz, y con Henry Hernández las visitas a La Esperanza, Intibucá, para vigilar a la víctima. Bustillo proporcionó los medios necesarios a Henry Hernández, quien se encargaría de cometer el hecho. Mariano Díaz participó en reuniones con Bustillo y lo acompañó a realizar vigilancias y seguimientos a la víctima. Hizo de intermediario entre Bustillo y Hernández, a quien ayudó con armas, dinero y medios de movilización para lograr el asesinato encomendado.

La autoría material del crimen estuvo repartida entre cuatro hombres, cuyos roles en la ejecución del hecho no fueron esclarecidos. Lo que sí se determinó fue que Henry Hernández se reunió con Douglas Bustillo para conocer los pormenores del encargo y realizó reconocimientos del área donde se realizaría el hecho. A principios de febrero de 2016, viajó a La Esperanza para darle muerte a Berta Cáceres, pero no lo logró debido a la falta de logística. Él contrató a Edilson Duarte Meza, Elvin Rápalo y a Oscar Torres. Bajo promesa de pago, los autores materiales viajaron el 2 de marzo de 2016 hacia La Esperanza, Intibucá, ubicaron a Berta Cáceres y la siguieron hasta su casa. Esperaron en las afueras del barrio residencial hasta el momento oportuno para cortar el enrejado perimetral y entrar. Mientras uno de ellos esperaba fuera en un automóvil, otros tres tiraron a patadas la puerta de entrada e ingresaron. Berta Cáceres reaccionó e, increpándolos, preguntó: "¿Quién anda ahí?". Gustavo Castro estaba en uno de los dormitorios, trabajando en la presentación que tenía el día siguiente, cuando escuchó un fuerte ruido y oyó las palabras de Berta. Un hombre abrió su puerta y lo apuntó con un arma. Escuchó entonces varios disparos, aquellos dirigidos contra la activista, y luego le dispararon a él. La bala hirió su mano y su oreja, pero no puso en riesgo su vida. Quedó tendido en el piso fingiendo su muerte hasta que los atacantes se fueron. Una vez solos, fue a chequear cómo se encontraba su compañera. La encontró en el piso, en un charco de sangre, con varias heridas. Berta Cáceres llegó a decirle que pida auxilio por teléfono antes de morir.

Al salir, Henry Hernández llamó a Douglas Bustillo para ponerlo al tanto, mientras que escapaban en automóvil hacia Yoro, Santa Rita, a donde llegaron en horas de la madrugada y se hospedaron todos juntos en un pequeño hotel. Durante la mañana siguiente Bustillo se comunicó con varios empleados de la DESA, entre ellos, David Castillo y Claudia Erazo, sobre quienes no hay un pronunciamiento judicial en la sentencia. También habló con Sergio Orellana, con quien no tenía comunicación desde octubre de 2015, cuando comenzaron a planear el crimen.

b) La pretensión de las partes

El 20 de octubre de 2018 comenzó el juicio oral y público por el homicidio de la activista hondureña. La acusación del Ministerio Público entendió que los hechos investigados se subsumían en el tipo penal de asesinato, tipificado en el artículo 117, incisos 1) y 2), último párrafo,

del Código Penal; consideró que el hecho "fue realizado con alevosía, ya que la forma de actuar de los encausados fue utilizando medios, modos y formas que no permitió la defensa por parte de los ofendidos para intentar repeler el ataque, ya que utilizaron personas que usaban armas de fuego, aprovecharon la oscuridad de la noche, actuaron en cuadrilla, fractura y rompimiento de puerta, utilización de vehículo para favorecer la huida y cometieron el delito mediante promesa remuneratoria", por parte de miembros de la empresa DESA, específicamente, David Castillo. El acusador público sostuvo que existió una planificación, destacó que hubo "amenazas previas, vigilancias, seguimientos, [incluso] en fechas anteriores al 2 de marzo hubo un plan para darle muerte a la ofendida". Se requirió, también, la condena de los acusados por asesinato en grado de tentativa respecto de Gustavo Castro. Para esto, se tuvo en cuenta que, gracias a las vigilancias que realizaban con anterioridad al hecho, sabían que Berta Cáceres se encontraba con un compañero activista; no obstante, se asumió el riesgo por parte de todos los acusados. La fiscalía entendió que se configuraba la tentativa de asesinato de Gustavo Castro, ya que se utilizaron medios idóneos para darle muerte, resultado que no se concretó por circunstancias ajenas a la voluntad de los atacantes. Respecto de la participación de los encausados, la acusación consideró que debía imputárseles a título de coautores, porque existió una división funcional de tareas, en la que cada uno de los acusados tuvo el total dominio del hecho.

Durante el debate, las defensas de los acusados objetaron distintos puntos de la investigación, sin proveer ninguna teoría del caso con fuerza suficiente para desvincularlos. La controversia principal versó respecto de la participación de los imputados como autores de los hechos, al considerar que solo existían indicios de participación que no permitían tener por acreditada su responsabilidad en los hechos. En líneas generales, se objetó la tarea realizada por los peritos, en particular Brenda Badahona, quien tuvo a su cargo el análisis de las llamadas, mensajes y geoposicionamientos de los teléfonos móviles. Se adujo que la perito se había excedido en sus funciones al concluir cuál había sido la participación de los acusados en el planeamiento y ejecución del asesinato de Berta Cáceres, tarea propia del órgano judicial. Las defensas calificaron como impropias las connotaciones atribuidas a ciertas palabras utilizadas en las conversaciones. Por ejemplo, se discutió que "chispero" signifique arma, en la jerga militar, como aseguró la perito. Al mismo tiempo, se intentó restar idoneidad a la labor realizada, atacando la profesionalidad y experticia de la perito.

Por lo demás, se señalaron múltiples defectos de la investigación, como la alta contaminación de la escena del crimen por la presencia de personas del COPINH o la falta de exhaustividad de la prueba balística. Se observó que, si bien se había encontrado un alicate apto para cortar un enrejado en las proximidades de la vivienda de la víctima, no se había determinado fehacientemente la fecha en que la reja había sido cortada. También se objetó que la búsqueda de huellas quedó limitada a las dactilares, excluyendo rastros de pisadas. Una de las defensas señaló que en la grabación de las cámaras de seguridad se veían tres sombras, pero no podía asegurarse que se tratara de tres personas. Por otro lado, se cuestionó la declaración de Gustavo Castro, en cuanto no describió a quienes habían ingresado a la vivienda, solo al hombre que lo hirió. Un punto en común en los argumentos defensistas fue la

falta de acreditación del pago que habría sido prometido por el asesinato, ya que no se demostró el incremento en el patrimonio de los imputados. En cuanto a las cuestiones jurídicas respecto de la acusación, las defensas esgrimieron pobres argumentos a favor de sus asistidos. Se sostuvo, básicamente, que la calificación de tentativa de asesinato no era adecuada dado que la vida de Gustavo Castro no había corrido peligro, como lo determinó el informe médico.

c) El fallo del tribunal

Más de un año después de la apertura del debate, la Sala Primera del Tribunal de Sentencia con Competencia Territorial Nacional en Materia Penal de Tegucigalpa, Honduras, condenó a la pena de cincuenta años y cuatro meses de reclusión contra Elvin Rápalo, Oscar Torres, Edilson Duarte Meza y Henry Hernández, como coautores materiales del asesinato de Berta Cáceres y de la tentativa de homicidio de Gustavo Castro. En la misma sentencia, se condenó a la pena de treinta años y seis meses de reclusión para Sergio Orellana, Douglas Bustillo y Mariano Díaz, como coautores intelectuales de la muerte de la defensora de derechos humanos, y fueron absueltos por la tentativa de homicidio de Gustavo Castro.

Las más de trescientas páginas de sentencia detallan un abundante cuadro probatorio constituido por una variedad de pruebas periciales, documentales, testimoniales, que concuerdan con muchos de los datos aportados por Sergio Orellana y Mariano Díaz. La piedra angular de la acusación está constituida por los peritajes realizados sobre los teléfonos celulares de los condenados, respecto de las llamadas, mensajes y, en particular, del geoposicionamiento determinado por el uso de las antenas por parte de los aparatos celulares. Gracias a estas pruebas, se determinó que los autores materiales del crimen se encontraban en la vivienda de Berta Cáceres. Además, de esa forma se comprobaron las múltiples reuniones y comunicaciones que mantuvieron para planear el asesinato. El robusto cuadro probatorio se completó con el hallazgo del arma homicida en el domicilio de uno de los autores materiales. La versión aportada por el mayor Mariano Díaz, en el momento de ser detenido, permitió encajar las piezas del rompecabezas para explicar el rol de cada uno de los siete condenados. El tribunal, al valorar la prueba colectada, encontró que se relacionaban entre sí y se concatenaban los hallazgos en cada una de las pericias evacuadas en juicio. El cuadro probatorio completo había "evidenciado las formas de ubicar, identificar y encontrar la vinculación existente entre los acusados a efecto de llevar a cabo el plan de acabar con la vida de la señora Berta Cáceres, y que en ese accionar resultó lesionado en su integridad y se puso en peligro la vida" de Gustavo Castro.

Luego de considerar que se trataba de un hecho típico, antijurídico y culpable, el tribunal se abocó a establecer la participación de cada uno de los imputados. Por un lado, se calificó a los siete acusados como coautores, al sostener que habían tenido el dominio del hecho en cada una de las funciones que tenían a su cargo. El tribunal recurrió a la teoría del dominio del hecho, según la cual "son coautores, aquellos que actúan de común acuerdo, bajo un plan preconcebido, realizando cada uno, una parte del rol que le corresponde, por lo que todos son responsables de la totalidad del hecho que se ejecuta". De esta manera, concluyó que existían

"sujetos que sin ejecutar de propia mano un tipo penal, son autores, si son titulares del dominio del hecho". Esto le permitió calificar la participación de los que planearon el asesinato como coautores intelectuales de la muerte de Berta Cáceres.

En lo que hace al particular contexto de activismo ambiental y de derechos humanos, el tribunal hizo particular énfasis en el rol del gerente de la DESA. En la sentencia se tuvo por probado que Sergio Orellana hostigó de forma previa a la víctima, ordenando su vigilancia y seguimiento con el objeto de darle muerte, todo lo cual sobrepasó todo esfuerzo para cuidar de sus instalaciones del proyecto hidroeléctrico de Agua Zarca, como lo alegó el acusado en juicio. El exceso en sus intentos de protección y preservación del desarrollo empresarial fue agravado por el odio y rechazo hacia la activista. En la sentencia, se tuvo por acreditado que el asesinato tuvo lugar en circunstancias de un conflicto ambiental por el avance del proyecto Agua Zarca, que estaba siendo construido por la empresa DESA, en la rivera del río Gualcarque en la Comunidad de Río Blanco. La oposición de Berta Cáceres y el grupo que ella lideraba, el COPINH, "llevó a crear un ambiente de odio y rechazo a lo interno de la empresa, molestias que fueron suficientes [para asesinarla], pues ello llevó al retraso del inicio de la construcción de la obra, así como el retiro de compañías internacionales que prestaban sus servicios para la empresa constructora DESA, pues esta oposición le generó pérdidas económicas millonarias". Ese desprecio fue lo que motivó a los directivos de la empresa a orquestar un plan para dar muerte a la lideresa lenca, bajo la promesa de pago a quienes lo ejecutaran. No obstante, en juicio no se acreditó que este pago se haya hecho efectivo a los autores materiales, ni tampoco que hubiese salido algún dinero de la empresa DESA.

Mención aparte merece el caso del mayor Mariano Díaz, quien, en el momento de ser detenido, explicó que había sido parte del primer plan fallido, pero no había tenido participación directa en la organización del hecho que, finalmente, tomó la vida de Berta Cáceres. Su defensa había alegado, durante el debate, que su condición de miembro de las Fuerzas Armadas y su actitud de colaboración probaban su calidad moral y debían tenerse como prueba suficiente para desvincularlo del crimen. Sin embargo, el tribunal lo sentenció como autor del asesinato utilizando la figura de comisión por omisión, ya que al ser funcionario público debería haber evitado el resultado dañoso y, pese a poder haberlo hecho, no lo hizo. Su conducta fue contraria a sus deberes hacia la sociedad hondureña, por lo tanto, lo convertía en uno de los coautores intelectuales del asesinato de Berta Cáceres[7].

[7] El tribunal valoró de la siguiente forma su participación en el hecho: "El señor Díaz, siendo mayor de la rama Ejército de las Fuerzas Armadas de Honduras, quien en esa función y habiendo prestado juramento ante la Constitución de la República de cumplir y hacer cumplir las leyes como lo ordena su ley constitutiva, estaba en la obligación de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 6 de la ley de personal de las Fuerzas Armadas, relacionado con el artículo 59 de la Constitución de la República, de lo cual no lo hizo, ya que este, desde el momento en que tiene conocimiento que está en peligro la vida de una persona, a la que se pretende dar muerte, debía emprender acciones tendientes a evitar ese objetivo, pero en este caso lejos de hacerlo, este más bien se [convirtió] en un colaborador esencial, pues más bien fue el que contribuyó con ser el enlace para ubicar personas que ejecutaran o participaran en la acción, así como la dotación de elementos logísticos. Aun y cuando luego de un lapso de tiempo dijo retirarse de participar en esa acción, tal y como quedó demostrado en las escuchas telefónicas, este ya había omitido su accionar, y sin embargo aun de haberse retirado de este actuar, no inició acción alguna tendiente a detener la muerte de una persona pues como se ha dicho antes este debió en todo momento abstenerse de realizar acciones tendientes a dar muerte a una persona, pues el ser humano es el fin supremo del Estado, y él estaba en posición de saberlo conforme a su cargo y formación profesional, cargo que estaba desempeñando como miembro activo en un alto rango en la institución armada del país, lo cual no ocurrió, omitiendo así su debida diligencia conforme su posición de garante". Ver pág. 282 de la sentencia.

d) La calificación legal y las penas

Una vez establecida la culpabilidad de los acusados, el Ministerio Público Fiscal solicitó que se los condene por el delito de asesinato (artículo 117, Código Penal) y se aplique a los autores intelectuales las agravantes por obrar con premeditación conocida [artículo 27, inciso 6), Código Penal], haber planificado el hecho para ejecutarse en la oscuridad de la noche [inciso 13)], y en la morada de la ofendida [inciso 15)]. Fue peculiar que el acusador público requirió la aplicación de la agravante de haber cometido el hecho "con odio o desprecio de la ideología de la víctima, en este caso por ser defensora de derechos humanos y del ambiente, [porque] de las mismas escuchas telefónicas se desprende que efectivamente ese es el móvil por el cual se le da muerte a la ofendida Berta Cáceres". Con relación a los autores materiales, el Ministerio Público Fiscal solicitó que al valorar la pena se agreguen las agravantes establecidas por ejecutar el hecho en la morada de la ofendida [inciso 15)], con escalamiento [inciso 17)], fractura de puertas [inciso 18)], en cuadrilla [inciso 19)] y utilizando automóvil para asegurar la huida [inciso 21)]. En definitiva, solicitó que los autores del asesinato de Berta Cáceres fueran condenados a la pena máxima de prisión de por vida, mientras que a los autores materiales de la tentativa de asesinato de Gustavo Castro se les imponga, además, la pena de veinticinco años de reclusión.

Las defensas, por su parte, indicaron que las múltiples agravantes solicitadas por el acusador público ya estaban contenidas en el tipo penal de asesinato, por lo que su aplicación constituiría una violación al principio de *non bis in idem*. Por otra parte, requirieron que no se aplicaran las agravantes a todos los imputados por igual, dado que algunas se referían a circunstancias propias de la ejecución del delito que no eran trasladables a la autoría intelectual. En definitiva, todos los acusados solicitaron que se les imponga la pena mínima de veinte años de reclusión, correspondiente al delito de asesinato.

El tribunal consideró que se habían acreditado todas las agravantes impetradas por el Ministerio Público Fiscal respecto de los autores materiales del asesinato de Berta Cáceres. Sin embargo, estableció que esas agravantes no eran de aplicación a la tentativa de homicidio de Gustavo Castro, de la que solo debían responder aquellos que ejecutaron la acción. El tribunal hizo lugar parcialmente a lo aducido por las defensas de los autores intelectuales, en cuanto las agravantes relativas al modo de ejecución del hecho no eran aplicables a las conductas que ellos habían desarrollado. Sin embargo, por "haber participado con anticipación en la planificación o premeditación para llevar a cabo la muerte de la señora Cáceres, hecho que se ejecutó con odio o desprecio de la ideología de la víctima, en este caso por ser defensora de derechos humanos y del ambiente", se agravó la calificación impuesta a Sergio Orellana y Douglas Bustillo.

4. La amarga victoria

La investigación de la muerte de Berta Cáceres llevó más de tres años y estuvo plagada de irregularidades. Ante la desconfianza que generaba el proceso llevado a cabo por la justicia de Honduras, voces de todo el mundo reclamaron justicia. Incluso la Organización de las Naciones

Unidas resaltó la intrincada trama de corrupción y violencia que envuelve este caso[8]. Un grupo internacional de expertos analizó el juicio seguido a los autores de la muerte de la activista ambiental, con la misión de "observar el cumplimiento del debido proceso, la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a la justicia de las víctimas durante el juicio"[9]. En el sumario se constataron múltiples irregularidades, desde la pérdida del expediente, la declaración de facto de secreto de sumario, la falta de reconocimiento de la querella como parte del proceso y hasta la falta de rendición de cuentas por las fallas en las medidas de protección.

La impresión que causa el fallo condenatorio es la parcialidad en la investigación. En la descripción de los hechos se da por probada la participación de David Castillo, gerente de la DESA, se explican los contactos que tuvo con las personas condenadas como autores intelectuales y la trascendencia de su rol en la muerte de la activista ambiental. Aunque resulte difícil de creer, la investigación en contra de David Castillo por su responsabilidad en el asesinato de Berta Cáceres se encuentra suspendida en audiencia preliminar desde hace años, el secretismo reina en su enjuiciamiento y es difícil obtener información clara y precisa sobre los avances del juicio. El grado de impunidad que maneja solo puede explicarse si se tiene en cuenta que una condena en contra del gerente de la DESA permitiría extender la investigación a una de las familias más elitistas de la sociedad hondureña, el clan Atala, quienes tienen un largo historial de conexiones políticas nacionales e internacionales. Sin ir más lejos, a partir de la muerte de la activista, los inversores extranjeros del proyecto hidroeléctrico debieron retirar su apoyo. Todos estos indicios concordantes y reiterados apuntan a la existencia de una inmensa estructura de poder que no duda en matar a aquellos que se oponen a sus intereses económicos.

El caso de Berta Cáceres va mucho más allá. Su muerte no se trata solo de un asesinato, sino de un feminicidio cometido en medio de un marco de conflicto político y económico. La sentencia se limita a abordarlo únicamente como un crimen de odio, una agravante que no alcanza a representar los matices del caso. La muerte de una activista ambiental es un feminicidio en tanto es el resultado de la violencia estructural ejercida contra las mujeres, en las que el Estado es responsable por haber fallado en proveer los medios de protección adecuados para prevenir, castigar y reparar estos actos atroces. A nivel regional, se agudiza la situación por la proliferación de las industrias extractivistas, que buscan despejar y apropiarse de los territorios necesarios para el desarrollo de megaproyectos, por medio de la violencia, la criminalización, el hostigamiento y, en su manifestación más extrema, el feminicidio[10]. Agua

[8] RUNEP, Environmental Rule of Law: First Global Report, 2019, pág. 176.

[9] Informe ejecutivo de la Misión de Observación Calificada en la causa Berta Cáceres, publicada en la página web del COPINH, donde se indica que el grupo de expertos estaba conformado por Abogados Sin Fronteras Canadá, Centro de Acción Legal para los Pueblos Indígenas, Comisión Internacional de Juristas, Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos, Comisión de los Derechos Humanos en Guatemala, Comité Internacional del Gremio de Abogados de los Estados Unidos, Consejo Canadienses para la Justicia Internacional, Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, Federación Internacional de los Derechos Humanos y Organización Mundial en Contra de la Tortura en el marco del Observatorio para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos, Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicaciones, Fundación para el Debido Proceso, Impunity Watch, Instituto de la Promesa de los Derechos Humanos; de la versión electrónica disponible en: https://copinh.org/wp-content/uploads/2020/02/INFORME_EJECUTIVO_BERTA_CA%CC%83_CERES.pdf.pdf.

[10] Riaño, Murcia; Milena, Diana, *Impunidad de las violencias contra mujeres defensoras de los territorios, los bienes comunes y la naturaleza en América Latina. Informe regional*, Bogotá, FAU-LAC, 2018, pág. 15.

Zarca es el perfecto ejemplo de este tipo de maniobras que, aunque novedosas, ya son conocidas por su ferocidad a la hora de obtener resultados a cualquier costo.

La sentencia omite valorar el fracaso de las medidas de seguridad, deja fuera de consideración el hecho de que ella había radicado decenas de denuncias contra los empleados y directivos de la DESA, de las que se evidencia que vivía en un riesgo constante, que el Estado, en su posición de garante, debía neutralizar. En conexión con esto, resulta llamativo que el tribunal condena como coautor intelectual al mayor Mariano Díaz por la omisión de haber impedido la muerte de Berta Cáceres, violando el deber que tenía como miembro de las Fuerzas Armadas nacionales. No hay explicación de los motivos del tribunal para detener allí el enjuiciamiento, para ni siquiera hacer alusión a la necesidad imperiosa de continuar la investigación para determinar la responsabilidad, por acción y omisión, que pueden tener los representantes del Estado en la falta de protección de la lideresa lenca.

Por otra parte, se puede señalar un carácter misógino en el proceso, a través de dos particularidades: el desprestigio de la figura de la activista y el móvil pasional con que se abordó la investigación en un comienzo. En efecto, el informe del Grupo Asesor Internacional de Personas Expertas señaló que el asesinato pretendió ser investigado como un crimen pasional. Si se tienen en cuenta las circunstancias que rodearon su muerte y el rol que ocupaba en la sociedad, una teoría del caso como crimen pasional resulta mediocre. El intento de disfrazar un asesinato inscripto en el marco de una lucha de poder por el manejo de tierras con un móvil pasional denota la vigencia de un estereotipo de género trillado, en el que las mujeres son esclavas de sus pasiones, su existencia queda resumida a la vida privada, en la que son presas de los vaivenes de sus débiles caracteres. Por otra parte, la extensa y reconocida tarea en la defensa del medio ambiente y los derechos humanos se ve ridiculizada en las declaraciones que intentan retratar a Berta Cáceres como una mujer agresiva, que buscaba constantemente problemas en un ambiente manejado por hombres calmos que la llamaban a la reflexión, ofreciéndole el camino hacia un desarrollo que ella rechazaba. Es interesante ver cómo ese estereotipo se reitera en la sentencia, cuando lo que se busca es juzgar a los culpables y no existe motivo alguno para indagar en la personalidad de la víctima.

Es fundamental hacer hincapié en que el género tiene un impacto nocivo en el activismo de las mujeres contra las industrias extractivas en América Latina, ya que se utiliza como un sesgo para recrudecer la violencia. La intimidación es la respuesta clásica de las estructuras de políticas y economías que sostienen este tipo de industrias, que en el caso de las mujeres refuerza su intensidad. Por ejemplo, a los hombres los amenazan con matarlos, pero en el caso de las mujeres van un paso más allá, las amenazan con violarlas y después asesinarlas[11]. Las defensoras del medio ambiente sufren, entonces, formas más intensas de violencia comúnmente ligadas a la transgresión de la norma de género que les impone limitar su actividad al espacio privado. En mayor medida son estigmatizadas, criminalizadas y

[11] Castañeda Camey, Itzá; Fernández Vázquez, Eugenio, "Violencia de género y medio ambiente", Nexos, 8 de marzo de 2020, disponible en: https://medioambiente.nexos.com.mx/?p=197.

violentadas por ingresar a un lugar prohibido, por su participación en la esfera pública. Una particularidad de la sentencia es su falta total hacia esta perspectiva de género, que no incorpora ninguno de estos aspectos, sin perjuicio de que el tribunal estaba conformado en gran parte por mujeres, y muchas fueron las que participaron durante el proceso.

En el fallo no se tuvo en consideración que la perspectiva de género determina cómo se concibe y trata a los activistas. Las mujeres defensoras del medio ambiente y los derechos humanos son estigmatizadas y criminalizadas por negarse a desempeñar un papel que no las representa, en cuya creación tampoco contribuyeron. En las últimas décadas, los movimientos feministas latinoamericanos demostraron que las mujeres ya no encarnan ese antiguo personaje silencioso, sereno, discreto, con pasión y una devoción sin fin hacia los valores familiares o, en su versión actualizada, por la naturaleza. Las mujeres latinoamericanas están dispuestas a conquistar posiciones de poder, a hacer que las esferas de la alta política escuchen sus voces y a alzarse como guerreras, no víctimas de esta lucha por la justicia ambiental. Sufren hostigamiento, amenazas, agresiones, ataques armados a sus casas, son difamadas y estigmatizadas como malas madres, malas esposas y malas personas. No tienen acceso a la justicia, por el contrario, son procesadas y criminalizadas. El miedo no las paraliza, siguen luchando y alzando la voz, buscan ser artífices del cambio. Como dijo Berta Cáceres: "Me tienen miedo porque yo no les tengo miedo".

5. Conclusión: el largo camino de la justicia

Las condenas recaídas en el proceso seguido por la muerte de Berta Cáceres están rodeadas de un sentimiento de ambivalencia. La responsabilidad de la empresa constructora que ordenó su asesinato no ha sido seriamente investigada hasta el momento, y el fallo deja entrever que parte de la élite hondureña debe responder por la organización del feminicidio. La sentencia deja en claro que aún no se ha indagado sobre la estructura de poder que promueve y facilita la impunidad de estos terribles actos de violencia, que afectan sobre todo a las mujeres. La investigación, juzgamiento y condena de los actos de violencia contra los defensores del medio ambiente y los derechos humanos son una garantía para todos, pues estas personas dedican sus vidas a la lucha por obtener beneficios para el mundo entero. Brindarles protección y buscar justicia por sus muertes son responsabilidades comunes.

La sentencia es un avance en el esclarecimiento de la muerte de Berta Cáceres, pero aún dista mucho de ser una clara prueba de la justicia. Es un reclamo de la comunidad internacional que se profundice y continúen los enjuiciamientos de los autores intelectuales del feminicidio, como de aquellos que fallaron en su deber de protección. Es un interés común la justicia en este caso, pues la labor de Berta Cáceres transciende las fronteras de los países y las generaciones, su lucha representa al planeta. Los que estamos aquí y ahora exigimos una investigación exhaustiva, que incorpore la perspectiva de género y un análisis interseccional, para valorar de forma equitativa todos los matices de un caso tan complejo. Es imprescindible un proceso transparente, respetuoso de los derechos de las víctimas y con la publicidad

necesaria para poder verificar la observancia del debido proceso. Esta sentencia es solo el comienzo, el valor que aporta este fallo no permite inclinar la balanza de la justicia para ningún lado.

Link al fallo

Sobre la necesaria y urgente incorporación de la perspectiva de género en las decisiones judiciales. Un análisis del fallo "S., J. M. s/abuso sexual", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

POR BRENDA DAIANA ESPIÑEIRA[1]

"Se requiere algo más que la experiencia personal para alcanzar una filosofía
o punto de vista frente a cualquier hecho específico.
Es la calidad de nuestra respuesta frente al hecho y nuestra capacidad
para interiorizar las vidas de los demás lo que nos ayuda
a hacer sus vidas y experiencias como propias".
Emma Goldman[2]

1. Introducción

En el presente artículo se analizará un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, "CSJN") en relación con la formación en perspectiva de género de lxs operadorxs jurídicxs (en particular, lxs juecxs) y cómo impacta en el dictado de las sentencias judiciales su no incorporación.

2. Hechos del caso

En el caso de referencia, "S., J. M. s/abuso sexual"[3], una niña les manifestó a unx operadorx de promoción familiar y a la vicedirectora del colegio al que concurría haber sido víctima de abuso sexual, cuando tenía 10 y 12 años, de la pareja de su madre, a quien se lo denunció en los términos del artículo 119, tercer párrafo, del Código Penal.

El caso llegó a la CSJN con motivo del recurso extraordinario interpuesto por la defensora de menores e incapaces y la parte querellante, contra la sentencia por la que la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma absolvió al acusado S., J. M., y que fuera confirmada por mayoría en el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro. Lxs recurrentes alegaron arbitrariedad del pronunciamiento apelado[4], y, según lo dicho por el dictamen del procurador: "(Lxs recurrentes) expresaron que se encuentra apoyado en afirmaciones dogmáticas y fórmulas

[1] Abogada y profesora de Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (UBA). Magíster en Gobernanza y Derechos Humanos (UAM). Doctoranda en Derecho (UBA). Tutora docente en ley Micaela para la Administración Pública Nacional de la Subsecretaría de Formación, Investigación y Políticas Culturales para la Igualdad del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación.

[2] Goldman, Emma, *La palabra como arma*, La Plata, Ed. Terramar, 2016, págs. 205/206.

[3] "S., J. M. s/abuso sexual", CSJN, Nº CSJ 873/2016/CS1

[4] En el presente artículo no se analizará la doctrina de la arbitrariedad, para la cual ver: CSJN, *Corte Suprema de Justicia de la Nación, recurso extraordinario: sentencias arbitrarias*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019 (libro digital).

estereotipadas, y en una valoración parcial y aislada de los diversos elementos de prueba por la que, además, la opinión mayoritaria desatendió las pautas establecidas en diversos tratados y decisiones de organismos internacionales en relación con los hechos en que las víctimas son menores de edad".

De acuerdo con el dictamen del procurador, que la Corte hace suyo, el fallo apelado no aseguró las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso, en tanto la sentencia no constituyó una derivación razonada del derecho vigente aplicado a las constancias comprobadas de la causa. Esto, debido a que lxs juecxs del caso consideraron "(que) el testimonio de la niña no resultaba creíble más allá de toda duda razonable para responsabilizar a S. (fs. 586, vta. segundo párrafo, y 497, primer párrafo, respectivamente)". En palabras del procurador de la CSJN, la Cámara de Viedma consideró "que el relato que la menor brindó en la cámara Gesell presentó contradicciones; que la actitud que adoptó al narrar lo ocurrido denotó desinterés; que de acuerdo con la opinión de una licenciada en psicología su discurso fue desorganizado, sin estructuración lógica, carente de detalles y de correlato emocional y estrés postraumático; que la niña tuvo un alto rendimiento en sus estudios, que sus maestras no advirtieron indicadores de abuso; y que nada había dicho al respecto a su padre, a pesar de que vivió con él desde aproximadamente cuarenta y cinco días antes de que expusiera los hechos a su maestra". Asimismo, afirmaron que no estaba probado que la niña no hubiera mantenido relaciones sexuales con otra persona, basándose en estereotipos de género y edad y haciendo caso omiso del deber de cumplimiento de normas claras en este sentido.

De lo expuesto hasta aquí, la Corte, haciendo suyo el dictamen del procurador, afirmó que el fallo apelado se apartó de los estándares internacionales para juzgar este tipo de hechos (Convención de los Derechos del Niño, Observaciones del Comité de los Derechos del Niño, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención Belém do Pará, casos de la Corte Interamericana "Campo Algodonero" y "Véliz Franco"), por lo que se revocó el fallo apelado y se ordenó dictar uno nuevo conforme a derecho, es decir, se ordenó el dictado de una sentencia con perspectiva de género.

Surge, de este modo, la inquietud de si las capacitaciones que viene llevando adelante el Poder Judicial (incluso con anterioridad a la sanción de la ley Micaela, ley 27499[5]) para incorporar la perspectiva de género al interior del sistema son eficaces y, de lo contrario, qué debería incorporarse para que lo sean.

3. La formación de juecxs con perspectiva de género

Para analizar las prácticas llevadas adelante por lxs operadorxs jurídicxs, en general, y lxs juecxs, en particular, es necesario analizar la formación que tuvieron desde las escuelas de derecho.

[5] Ver Moreno, Aluminé; Ruiz, Roberta, "Agendas judiciales y repertorios sociales. Iniciativas de formación en género en el sistema de justicia previas a la ley Micaela" en Maffía, Diana (comp.) *et al*., *Intervenciones feministas para la igualdad y la justicia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2020.

Como destacan Ronconi y Ramallo[6], la formación en derechos humanos, en general, y con enfoque de género, en particular, de lxs operadorxs jurídicxs resulta fundamental, ya que lxs abogadxs históricamente han ocupado cargos de relevancia en distintos poderes del Estado. La educación en derechos humanos, siguiendo a las mismas autoras, se incorporó como deber constitucional luego de la reforma de 1994 con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Asimismo, los movimientos feministas a nivel nacional e internacional dieron cuenta de la necesaria y urgente incorporación de la perspectiva de género en todos los ámbitos de decisión estaduales.

Cabe hacer una pequeña mención a qué se entiende como enfoque o perspectiva de género, en lo que seguimos a Pautassi: "El género como categoría del campo de las ciencias sociales es una de las contribuciones teóricas más significativas del feminismo contemporáneo. El concepto de género (...) promovió un conjunto de ideas, metodologías y técnicas que permitieron cuestionar y analizar las formas en que los grupos sociales han construido y asignado papeles para las mujeres y para los varones, las actividades que desarrollan, los espacios que habitan, los rasgos que los definen y el poder que detentan. En conjunto, estas ideas y técnicas proponen una nueva mirada a la realidad, definida como 'enfoque de género', (...) [que] da cuenta de **la presencia de una estructura de poder asimétrica que asigna valores, posiciones, hábitos, diferenciales a cada uno de los sexos y por ende estructura un sistema de relaciones de poder conforme a ello, el cual se ha conformado como una lógica cultural, social, económica y política omnipresente en todas las esferas de las relaciones sociales**"[7] (el destacado me pertenece).

Cuando afirmamos que las prácticas judiciales deben incorporar esta mirada, nos referimos a que daría cuenta de las prácticas estructurales que generan desigualdad sobre la base de lógicas patriarcales (en las que las mujeres e identidades disidentes se ven en situación de desventaja) y permitiría erradicarlas.

En este sentido, Ronconi y Vita afirman: "De ahí la importancia de ocuparnos de la formación de aquellxs que aplican el derecho, ya que partimos del supuesto de que existe una relación de pertinencia entre la capacitación que reciben quienes aspiran a o que ocupan ya cargos en la magistratura y un perfil de juez que colabore con la construcción de un modelo de sociedad igualitario"[8].

Por otro lado, ya de por sí, la profesión de abogdx se construye desde las facultades de derecho como un mecanismo reproductor de jerarquías[9]. Esto, asimismo, es necesario

[6] Ronconi, Liliana, *La enseñanza del derecho con perspectiva de género: herramientas para su profundización*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, UBA, Facultad de Derecho, Secretaría de Investigación, Departamento de Publicaciones, 2020, pág. 13.

[7] Pautassi, Laura, "La igualdad en espera: el enfoque de género", Revista Lecciones y Ensayos, Nº 89, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, 2011, págs. 280-281.

[8] Ronconi, Liliana; Vita, Leticia, "La perspectiva de género en la formación de jueces y juezas", Buenos Aires, Academia. Revista sobre enseñanza del derecho, 2013, año 11, Nº 22, pág. 117.

[9] Kennedy, Duncan, "La educación legal como preparación para la jerarquía", Buenos Aires, Academia. Revista sobre enseñanza del derecho, 2004, año 2, Nº 3, pág. 123.

analizarlo en clave de género para entender los mecanismos subyacentes que el derecho erige respecto de aquellas personas que no son el sujeto que el mismo derecho construye: el varón blanco, heterosexual, de clase alta, poderoso. Ese andamiaje del derecho fue construido para ese estereotipo de sujeto y la formación de lxs operadorxs jurídicos perpetúa esas lógicas: más allá de la cantidad de normativa robusta en derechos humanos y su necesario conocimiento y aplicación, lxs juecxs deben incorporar a sus sentencias un posicionamiento que incluya la norma, pero no es suficiente con ello: es imprescindible tomar una postura respecto de este tema, **que es política**. Y, a la vez, es sensible, ya que pide revisar prácticas cotidianas personales que, en la mayoría de los casos, son difíciles de atravesar. Es decir, "... no alcanza con tener profesionales 'especialistas' en temáticas de género si quienes enfrentan ciertas situaciones en lo cotidiano no pueden asumir un 'enfoque' de género"[10].

En este sentido, incluir ese enfoque a través de capacitaciones como lo establece la ley Micaela, ley 27499, es obligatorio, pero la normativa y la teoría solas no alcanzan. Cabría preguntarnos si a lxs juecxs que decidieron el caso de análisis les bastaba con conocer la normativa, cuando tenían profundamente arraigados estereotipos de género como los ya citados en el punto anterior (la teoría de "la mala víctima", el estigma de negar un abuso si la mujer no era virgen, entre otros tantos). Se hace necesario, entonces, incorporar capacitaciones teórico-reflexivas, que busquen erradicar estereotipos y patrones de conducta que todas las personas tenemos, indefectiblemente, por el hecho de haber nacido en una sociedad patriarcal.

Asimismo, y siguiendo a Moreno y Ruiz, "... el desarrollo de instancias de capacitación en el ámbito de la justicia cobra aún más importancia si se considera que la currícula del plan de estudios de la carrera de Derecho no incluye cursos obligatorios sobre género, por lo que la formación en el tema de quienes ejercen la magistratura es escasa"[11].

En este orden de ideas, las capacitaciones que deben recibir lxs juecxs debieran contener no solo una sólida formación en derechos humanos, enfoque de géneros, normativa actualizada, sino, también, un compromiso por parte de lxs juecxs por la importancia de la tarea que desarrollan. Es decir, si bien todo el personal de los tres poderes del Estado debe recibir capacitación en género, no es igual la responsabilidad en cuanto al impacto en el ejercicio de la función pública que puede tener el personal administrativo que lxs juecxs. Siguiendo con lo afirmado por Moreno y Ruiz, "para dar adecuada cuenta de las responsabilidades diferenciales, cada organismo deberá disponer capacitaciones y materiales específicos en función de las funciones y competencias asignadas a distintos/as agentes públicos/as"[12].

[10] Ronconi, Liliana, *La enseñanza del derecho con perspectiva de género: herramientas para su profundización*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, UBA, Facultad de Derecho, Secretaría de Investigación, Departamento de Publicaciones, 2020, pág. 14.

[11] Moreno, Aluminé; Ruiz, Roberta, "Agendas judiciales y repertorios sociales. Iniciativas de formación en género en el sistema de justicia previas a la ley Micaela" en Maffía, Diana (comp.) *et al.*, *Intervenciones feministas para la igualdad y la justicia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2020, pág. 340.

[12] Moreno, Aluminé; Ruiz, Roberta, "Agendas judiciales y repertorios sociales. Iniciativas de formación en género en el sistema de justicia previas a la ley Micaela" en Maffía, Diana (comp.) *et al.*, *Intervenciones feministas para la igualdad y la justicia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2020, pág. 345.

El caso analizado en el presente es claro en ese sentido: la revictimización a la que fue expuesta la niña por parte del Estado, en una clara violencia institucional, en los términos de la ley 26485, muy probablemente no se hubiera perpetrado de haber existido una efectiva formación en perspectiva de género.

4. Reflexiones finales

La incorporación de la perspectiva de género en las decisiones judiciales es un imperativo del cual no pueden desentenderse lxs juecxs en ejercicio de sus funciones. Casos como el presente reflejan que, a pesar de la cantidad de normativa nacional e internacional que dan cuenta de aquel imperativo, esta no se lleva adelante en todos los casos.

Si bien la CSJN vino a saldar con el fallo[13] lo decidido por lxs juecxs de anteriores instancias, se puede visibilizar cómo el sistema aún no ha incorporado en su totalidad la perspectiva en cada sentencia que de este emana.

De este modo, si bien es necesaria la capacitación y formación en teoría y normativa vigente en la materia, podemos afirmar que no es suficiente. Se hace necesaria una formación que incorpore prácticas reflexivas en este sentido, ya que la aplicación de la normativa a los casos no es automática, los estereotipos de género se cuelan por todas partes. En palabras de Emma Goldman, es necesario que haya interiorización del tema para poder erradicar la perpetuación de prácticas revictimizantes. Para ello, la tarea ineludible es repensar las propias prácticas cotidianas y, en definitiva, la propia historia.

Link al fallo

[13] Aunque, hay que decirlo, con dos años de retraso, ya que el dictamen del procurador es del 2018 y la decisión de la Corte que hace suyo dicho dictamen es del 2020.

Identidades transgéneros, desapoderamiento identitario, exclusión en el debido proceso y principio de inocencia: una luz para Luz

POR LARA MARÍA BERTOLINI[1]

1. Luz Aimé Díaz, sin identidad no hay debido proceso

Luz Aimé es una chica transgénero, migró en el año 2017 de Salta, su provincia natal, huyendo de tanta violencia. Al haber recibido golpizas, tanto de los hombres que la consumían como de las fuerzas de seguridad que la perseguían, perdió la vista de sus ojos, uno en mayor medida que el otro, lo que limitó severamente su campo de visión. Huyó esperanzada por poder encontrar un futuro mejor, siendo migrante interna, racializada, inmersa en la pobreza y la prostitución: características que son propias del colectivo travesti, transgénero y transexual (en adelante, "TTT") y específicamente de las mujeres, femineidades que refieren a este grupo identitario. Con un bagaje de esperanzas y sueños llegó a Capital Federal, donde la prostitución como única salida determinó obligadamente su forma de supervivencia, fue por más y comenzó sus estudios en el Bachillerato Popular Trans Mocha Celis, primer bachiller del mundo para las identidades TTT y toda aquella identidad que es expulsada, cuestionada por la sociedad y el sistema educativo; arribó al quinto piso de la Mutual Sentimiento en la estación de ferrocarriles Federico Lacroze, para cumplir su sueño: educarse, en su continuo deseo de salir de ese mundo impuesto por la sociedad y el Estado mismo.

El mundo que nos rodea a las TTT es un mundo fuera de la legalidad; se remarca imperiosamente la obligatoriedad del cumplimiento normativo legal, pero sin acceso a ningún derecho mínimo, siquiera la identidad autopercibida[2]. En julio del 2018, Luz Aimé fue privada de su libertad, acusada de un delito que no cometió, del cual no tuvo conocimiento ni participación: quienes la contrataron para un servicio sexual fueron quienes ejecutaron un robo con una violencia extrema, la llevaron al lugar del hecho en donde permanecía su víctima maniatada y amordazada; a oscuras, ella realizó lo pactado, luego regresó a su esquina habitual, que se encontraba a metros del lugar del delito, sin saberlo. Luego de su detención, estuvo quince días alojada en la Unidad 28 de Tribunales.

Para la justicia, las pruebas que indicaban que Luz estuvo en el lugar fueron las que procedieron a determinar que fuese trasladada al Complejo Penitenciario Federal IV de

[1] Femineidad travesti, conferencista, docente, escritora, activista territorial en el campo legal de derechos humanos del colectivo TTT y no binarie; estudiante de Abogacía (UNDAV), trabajadora del Ministerio Público Fiscal de la Nación en la República Argentina, representante del Sindicato de Trabajadores y Trabajadoras Judiciales República Argentina. Autora del libro *Soberanía travesti, una identidad argentina.* Diplomada en Salud Sexual y Reproductiva con Perspectiva de Géneros y Derechos Humanos (IDAES/UNSAM).

[2] Ley 26743 de identidad de género, artículos 1, 2 y 3: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm.

Mujeres, en Ezeiza, donde pasó ocho meses. "Me discriminaban -cuenta- y la pasaba muy mal. Las presas eran muy machistas y no querían a los maricas"[3]. Pero pese a que las cámaras de seguridad registraron tanto a Luz Aimé como a los ejecutores del robo, en ningún momento la fiscalía procedió a investigar respecto de aquellos hombres que la condujeron a la vivienda, sin siquiera proceder a su identificación, cosa que con Luz Aimé sí hicieron. Para comprender el marco histórico legal, debemos avanzar primero en el proceso de construcción de identidad negativa del colectivo TTT dentro de la sociedad.

2. Del Estado de persecución a la garantía de derechos[4]

"El terrorismo impuesto sobre nuestras identidades desde todos los ámbitos posibles en el Estado -insertas y existentes en lo social- crea por imposición la definición de que las identidades no binaries debemos ser inexistentes. A saber, religiosos, cientistas ortodoxos, incluso activistas del colectivo LGBTI+, intentan leernos como un mero hecho teórico de suposición de ser de una persona que ha construido su identidad solo por un antojadizo proyecto de laboratorio ideado para romper los mandatos sociales establecidos -por los partidos socialistas o de izquierda-, según quien nos critica; entonces, me pregunto: ¿quién desea expresar y afirmar su identidad no binaria y a la vez ser el/la/le mártir de las agresiones, violaciones y asesinatos con una carga brutal de odio y la expulsión que sufrimos constantemente las identidades transgéneros? Se han exterminado identidades transgéneros en Abya Yala cuando las invasiones de las coronas europeas llegaron a Indoamérica, con la anuencia y unión de la Iglesia católica apostólica romana a la cabeza y el contrato social, establecidos en las formas constitucionales de los Estados, de esta manera ejercen control sistemático, cisnormativo: asesinaron y persiguieron identidades no binarias y transgéneros, imposibles de adaptar o adoctrinar, pues el poder ser superaba la existencia y la imposición del deber ser.

Con la conclusión de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) quedó el germen del sentido del nacionalismo, que para la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) desató el más alto poder racista, discriminador, xenófobo y asesino. En los 50, de la mano de la tríada persecutoria perfecta, Fuerzas Armadas y fuerzas de seguridad, edictos policiales y el Congreso, con la elaboración de leyes persecutorias, se dio inicio al genocidio más silencioso de la historia argentina y, quizás, del mundo. El genocidio travesti transgénero argentino. Durante más de 60 años, aquello -identidades fuera de la binaridad- que en su estado de naturaleza era visibilizado en los imperios (Maya, Inca) de esa Indoamérica casi exterminada se persiguió y exterminó activamente de manera sistemática y legal hasta el 2012, a pesar de las leyes que amparaban y daban entidad soberana a las personas fuera del dominio heterosexista; el proceso persecutorio continuó mediante otras formas.

[3] https://www.lanacion.com.ar/seguridad/afirma-que-la-acusan-de-un-crimen-que-no-cometio-por-ser-trans-prostituta-y-pobre-nid2364182.

[4] Bertolini, Lara María, "Del estado de persecución a la garantía de derechos, el concepto del poder ser desde la fenomenología travesti trans enfrentando teóricamente a la ideología de género" en *Soberanía travesti: una identidad argentina*, Acercándonos Ediciones, 2020, pág. 12.

El aval de las Cámaras del Congreso del Estado argentino, y durante el paso de diferentes estadistas, democracias y Gobiernos de facto, dio paso a un continuo aniquilamiento de las identidades y el método fue, con el pasar del tiempo, perfeccionado. Como lo expresan en el libro *Vigencia y pertinencia del pensamiento de Hannah Arendt: sus aportes sobre el totalitarismo*, Álvaro Díaz Gómez y Cristina Sánchez Muñoz -en una lectura desde la teoría travesti trans-, la desaparición de una persona en el caso de las transgéneros es un hecho de despersonalización, pero, a diferencia de les afrodescendientes y comunidades originarias -a mi entender-, si bien su despersonalización jurídica pasó al hecho de ser objeto de consumo o propiedad, la comunidad TTT tuvo la categoría negativa sumada a la de delito, del no reconocimiento, ni como objetos, ni como fuerza de trabajo, ni como población protegida en reserva, ni como esclavos, éramos aquello que ni siquiera en la supremacía de razas tenía escalafón; éramos 'ese delito de ser humano no correspondido con lo binario', siendo consumidas dentro del capitalismo como oferta sexual.

Si bien en otras latitudes del mundo el concepto de medicalización y enfermedad fue un paso ulterior para insertar a las personas TTT en el marco de lo correcto, por medio de la adecuación y adaptabilidad a las normas estéticas y corporales, en Argentina la sociedad y los Estados latinoamericanos poseían no solo el derecho sino, además, la libertad de perseguirnos y de ejecutarnos, garantizada por los edictos policiales (2f y 2h)[5].

Con la llegada de la ley de identidad de género en el año 2012, las instituciones sociales y del Estado que consideran a las identidades fuera de la binaridad como aquello que compromete el equilibrio social, entendido desde la concepción dios, patria y familia, ven peligrar su mundo ideal. Aquello que han enseñado y arraigado culturalmente como enfermo, pecaminoso, delictivo y plausible de exterminio reclama por su real historia, reclama detener el exterminio y la persecución, alzando la voz contra el genocidio legalizado. El peligro del ideal social, pudiendo entenderlo como idealismo binario, sucumbe con nuestra presencia y existencia, pues se había demostrado por medio del uso de las ciencias duras y blandas que nuestro ser es destino también en la humanidad, como todos los demás. Se quiebra el paradigma de contrato social, el ser y el deber ser contractualista ya no se sostienen.

Psicólogos, médicos y otros cientistas no comprenden que aquellos seres existentes no son una mera 'ideología', porque no pudieron en sus inicios construirse socialmente, muy por el contrario, sobrevivieron, se encontraron, se armaron como grupo social con una fuerte identidad en forma paralela, cargando además con un Estado de derechos inexistentes, crecimos paralelamente, crecimos con la categoría de delito por existencia, delito por el deseo de ser, lo cual no debía ser permitido, y debíamos ser inexistentes socialmente, no debíamos ser. Esta paradoja se resolvió de cierta manera al interpretarnos y conformarnos subsumidas en los anteriores estados calificativos negativos. Construyendo el paradigma del tercer milenio, el poder ser entendido desde el deseo. Entonces, categorías sociales y psicológicas afirman lo

[5] https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-4782-2016-10-07.html.

imposible de nuestro existir, argumentadas desde teorías binarias, como afirmó el psicólogo Francisco Freda[6] en el coloquio que compartimos en IDAES-UNSAM (septiembre/2018): **'¡No podés ser, o sos o tenés poder!'.**

¿Cómo podría entender ese régimen totalitario de la psicología construida desde el razonamiento heterosexual binario con derecho a sentencia científica, si no podía aplicar esa regla de elección a seres que hemos existido sin la posibilidad de acción, elección e inserción en una sociedad normativizadora, heterosexual y binaria? El bagaje de centurias de persecución y culturalismo impuesto hace, hasta hoy, que nuestra milenaria y real existencia, en conjunto con la imposición del ser humano binario y biologicista, se vea condenada al exterminio sistemático. Habrá que ver los motivos de este oscurantismo moderno que pretende constantemente extinguirnos. Quizás hagamos dudar de esa certeza en el orden establecido, quizás el deseo de ser haga temblar las estructuras de dominación y subordinación, quizás, solo quizás, nos estamos acercando al concepto de libertad colectiva universal, la cual es posible sustentar en un nuevo modo de construcción y reestructuración: un nuevo contrato social. Sin embargo, a pesar de todo, las identidades TTT seguimos construyendo derechos y democracia, sí, a pesar de todo".

3. Imposición del binarismo en los procesos carcelarios y jurídicos

Habiendo sido prisionizada con una limitación visual entendida como una discapacidad, según la normativa médica y los peritos de parte, el tribunal obvió esa situación y Luz fue sumada a la población carcelaria TTT, por dictamen de fiscales y la anuencia de jueces.

"**En los últimos 17 años, de 2000 a 2017, el encarcelamiento de mujeres creció un 53.3 por ciento, mientras que la de los hombres tuvo un aumento del 19.7 por ciento**. El principal motivo de la detención de mujeres es por el tráfico de drogas. Pero **no hay datos certeros de cómo se comportó el porcentaje de mujeres trans porque no todos los Estados tienen estadísticas ya que no cuentan con una clasificación de género**". El informe[7] destaca que la violación de los derechos de las mujeres trans comienza con la falta de leyes protectoras que garanticen su condición de género. De los veinte países analizados, solo Argentina tiene todos los estándares: la Constitución Nacional incluye el principio de igualdad, tiene ley antidiscriminación, ley nacional contra la violencia a las mujeres, ley nacional sobre identidad de género, las personas trans pueden cambiar su identidad de género y hay normas para su alojamiento en prisión. En algunas provincias existen espacios de alojamiento exclusivos para mujeres trans, mientras que, en otras regiones del país, deben convivir con imputados y condenados por delitos contra la integridad sexual. En el sistema federal, las trans son alojadas en cárceles de mujeres. "Si bien esta medida parecería estar acorde a la normativa vigente, continúan presentándose

[6] Especialista en psicoanálisis. Se desempeña como profesor y director del Centro de Estudios Psicoanalíticos de la UNSAM. Anteriormente dirigió el Centro de Acogida y Tratamiento para Toxicómanos (Reims, Francia), el Centro Psicoanalítico de Consultación y Tratamiento (París, Francia) y fue presidente de la Escuela de la Causa Freudiana (París, Francia). Es licenciado en Psicología.

[7] Infobae, Sociedad, 2 de abril, 2020: https://www.infobae.com/sociedad/2020/04/02/un-informe-internacional-revelo-la-vulnerabilidad-de-las-mujeres-trans-en-prision/.

dificultades para el efectivo cumplimiento de la ley de identidad de género. Las instituciones del sistema judicial no respetan el derecho a la consulta sobre el alojamiento de las personas; así como tampoco acerca del género autopercibido, lo cual produce clasificaciones discrecionales", explica el informe.

En el Servicio Penitenciario Federal hay actualmente treinta y cinco personas trans. Son el 0.26 por ciento de las 13.551 personas presas. Según el informe, en Argentina, las mujeres trans presas denunciaron malos tratos, discriminación y discontinuidad de los tratamientos hormonales que realizaban en libertad. **Y, en 2017, fallecieron tres mujeres trans privadas de libertad "por complicaciones derivadas de su estado de salud, las pésimas condiciones de detención y la inacción del poder judicial ante los reclamos**". El trabajo concluye con una serie de recomendaciones a los Estados para mejorar las condiciones de acceso a salud, trabajo, educación e identidad de género de mujeres trans y de condiciones de detención. **Sobre el último punto, destacaron los especialistas que se debe respetar la orientación sexual, identidad y expresión de género, promover la sensibilización y capacitación permanente de los operadores penitenciarios y judiciales y garantizar que las mujeres trans tengan acceso adecuado a la salud integral.**

Entendiendo la discrecionalidad del binarismo impuesto, aun existiendo la ley identidad de género y demás ordenamientos jurídicos nacionales como internacionales, sigue sustentándose la restricción identitaria dentro de los muros carcelarios, incluso compañeras TTT han decidido pasarse al pabellón gay, donde quizás ese limbo pueda morigerar tanta violencia y desamparo.

El equipo de defensa de Luz Aimé Díaz, coordinado por Luciana Sánchez[8], logró conseguir prisión domiciliaria, bajo el amparo de la ley 24660. Según declaraciones a la agencia Paco Urondo, la doctora Sánchez explicó que la carátula inicial fue "privación ilegítima de la libertad en concurso con robo y lesiones", al visibilizar la identidad de Luz Aimé como imputada, el fiscal cambió la carátula a "homicidio triplemente agravado en grado de tentativa". Si bien el fiscal de instrucción no fue le mismo que estuvo en el juicio, tomaron como válida la versión policial sobre que las travestis contratarían una banda de sicarios en el barrio de Palermo, donde sucedió el crimen. Bajo esa hipótesis se la acusó a Luz de ser la organizadora de dicha banda, sin pruebas; aunque existían líneas de investigación en las que se entendía que había una relación previa entre los autores del crimen con la víctima miembre de la comunidad LGBTIQ, no avanzaron en estas.

Observamos la utilización del estereotipo y la arbitrariedad manifiesta respecto de las

[8] Abogada, militante lesbiana, feminista y kirchnerista. Estudió Abogacía en la UBA para dedicarse profesionalmente al derecho penal. Fue parte del Consejo Nacional de las Mujeres; entre 2013 y 2015 coordinó el programa de Escuelas Populares de Formación en Género. En 2015 comenzó a desarrollar desde el Consejo Nacional de las Mujeres en conjunto con la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación la participación del Estado como *amicus curiae* en casos de femicidios y travesticidios. Durante 2016 y 2017, representó a la querella familiar en el travesticidio de Diana Sacayán. Trabaja junto a OTRANS en acciones legales contra la criminalización y muertes de mujeres trans y travestis migrantes en La Plata.

identidades TTT; el Poder Judicial abusa de las prisiones preventivas sobre la base de la transfobia estructural, la cual es constantemente aplicada al colectivo TTT en todos los poderes del Estado.

Con fecha de marzo del 2020, apartaron a dos jueces de la causa respecto de Luz Aimé Díaz. Los jueces Luis Rizzi y Javier Anzoátegui, del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nº 8, fueron apartados por no haber respetado la identidad de género ni la perspectiva de género, utilizando términos arcaicos y retrógrados como "el travestido", además de otras acciones específicas; se solicitó la recusación de dichos jueces[9].

Tanto en la ley de identidad de género como en este tipo de fallo es donde se debe abrevar para llenar las lagunas legales que se alegan para violar los derechos humanos de las TTT, pretendiendo sustentar el binarismo de género, aun en el debido proceso, pues la transfobia judicial está naturalizada en los tribunales.

4. La opacidad de los géneros y el corrimiento del velo identitario[10]

En este marco contextual propongo que pensemos cómo los pilares de fundación social que están al frente del anfiteatro social son pilares de entrada a la inclusión social, sosteniendo las categorías sexuales biológicas como columnas de ingreso; sobre estos pilares descansa un velo identitario que rodea el ámbito social, que cree saber o ver ese velo identitario como verdad, el cual produce una opacidad identitaria. Dicha interpretación surge en primera instancia de un texto de Carlos María Cárcova, profesor de Filosofía del Derecho, quien dice: "Estos espacios problemáticos asociados a la producción de opacidad jurídica ponen de manifiesto que el fenómeno del desconocimiento o no comprensión del derecho van mucho más allá de la simple ignorancia de la ley"[11]. Entonces, comprendiendo esto, se sabe de la existencia de la ley de identidad de género, pero ante la urgencia por su puesta en marcha hemos dejado que se despliegue una opacidad jurídica, creemos saber sobre sus límites y alcances, pero se pierden en su urgencia. Esto dio como resultado el velo identitario, vale decir, esa cortina que rodea al marco social establecido, sostenido desde esas columnas dóricas binarias, donde, además, descansa un orden dórico binario, liso, sin ser interpelado, cuya base, hoy, vemos y sentimos endeble, sin sustentación, solo por imposición de control normativo social, binario, biologicista y patriarcal. ¿**Cómo podemos avanzar hacia el corrimiento de este velo?, ¿cómo podemos mirar detrás de esa cortina social que no deja ver la problemática real de las identidades desvanecidas**?

Nuevamente desde la teoría jurídica, puedo tener una primera acción desde la teoría del velo societario[12], vale decir: "El levantamiento del velo societario en derecho es aquella doctrina por

[9] La recusación puede consultarse en https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20200316142617770.

[10] Bertolini, Lara María, "La opacidad de los géneros y el corrimiento del velo identitario" en *Soberanía travesti, una identidad argentina*, Acercándonos Ediciones, 2020, pág. 106.

[11] https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones//index.php/DelitoYSociedad/article/download/5816/8612.

[12] https://www.hojmanschunck.com.ar/post/teora-del-corrimiento-del-velo-societario-su-tratamiento-en-el-cccn.

la cual los socios de una sociedad mercantil permanecen obligados al cumplimiento de sus obligaciones. La doctrina encuentra su fundamento en los principios de equidad y buena fe, suponiendo como tal una excepción al principio general de limitación de responsabilidad de los socios, especialmente en lo relativo a las deudas contraídas por la sociedad. De esta forma se permite a los tribunales eliminar el escudo de la persona jurídica, y alcanzar a las personas físicas que están detrás de la sociedad".

Vale decir, entonces, que, al correr este velo identitario, procedemos a que la sociedad toda cumpla con los principios de equidad y buena fe para con las identidades transgéneros, siendo el Estado responsable social por el cumplimiento de las leyes nacionales y tratados internacionales, es decir, de llevar a lo cultural el mensaje de la responsabilidad social individual y ser solidariamente responsables con el cumplimiento de la ley de identidad de género, normas administrativas y leyes consecuentes.

Al correr este velo identitario, corresponde poder ejercer en pleno derecho nuestra soberanía identitaria, ya no ser solo quienes nos autopercibamos, sino que podamos comprometer jurídicamente al Estado y a la sociedad a hacerse responsables por las problemáticas generadas hacia nosotres desde la sociedad toda, y comenzar a entender la necesidad de comprender el principio de identidad humana como principio universal, superador del principio de dignidad humana.

5. Sin identidad soberana, no hay debido proceso

El día 2 de octubre del 2020, finalmente, Luz Aimé Díaz fue absuelta[13]. En principio, la fiscal María Luz Castany, coincidiendo con los lineamientos argumentativos de la abogada defensora de Luz, pidió su absolución y destacó la violencia estructural que sufre el colectivo TTT; afirmó que, aun si ella hubiera aceptado ir a ese departamento con los sujetos, la violencia estructural corresponde a las características en donde Luz halla subsumida su existencia, siendo poco verosímil la línea argumentativa de responsabilizarla como coautora del hecho. Con la evidencia forense, informe antropológico en el que se fundamentaron las condiciones de vida de la población trans, por parte de la doctora Josefina Fernández[14], nuevamente se sumó la importancia del derecho a la identidad y su respeto.

Luz Aimé Díaz fue juzgada y procesada por travesti. Aun teniendo una severa restricción visual entendida como discapacidad, fue presa a un penal durante ocho meses. Siendo la violencia

[13] http://cosecharoja.org/absolvieron-a-luz-aime/.

[14] Josefina Fernández es antropóloga y activista feminista. Autora de *Cuerpos desobedientes. Travestismo e identidad de género* (2004), la primera etnografía sobre el travestismo en Argentina, y de diversos ensayos y libros que constituyeron una bisagra en los debates teóricos y políticos sobre feminismo y diferencia sexogenérica. En el año 2005 coordinó con Lohana Berkins la también primera investigación publicada en el país que mostró la situación de vida del colectivo travesti, "La gesta del nombre propio", un texto que fue referencia bibliográfica obligada y un insumo ineludible para el diseño e implementación de políticas públicas que contribuyan al efectivo reconocimiento del mismo grupo como sujeto de derechos. En la actualidad coordina el Programa de Género y Diversidad Sexual del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, un espacio desde el que impulsó la "puesta al día" de la pesquisa de 2005, que se dio a conocer con el título de "La revolución de las mariposas. A diez años de la gesta del nombre propio" (2017).

estructural del Poder Judicial la raíz de la violencia institucional con base en la identidad de género, esta violencia procedió durante la detención, la etapa de instrucción, su prisionización. En todo momento el fiscal tomó su identidad para identificar a Luz como la principal culpable, entendiendo que las identidades TTT somos seres delincuenciables, profundizando más aún el delito de autor, ya que llegamos a una raíz profunda de caracterizar la identidad como un delito, siendo las identidades TTT y, en forma taxativa, la identidad travesti identidades circunscritas en el delito de ser existencial.

La falta de equidad, el grado de vulnerabilidad de la población trans, la estigmatización y la marca de la prostitución son algunas de las características que permiten que el sistema jurídico condene a las personas trans como seres delincuenciales. "Existe algo llamado delito del ser existencial, que es un delito por tu existencia. En este caso, el existir como travestis y trans es pensado como un delito. **Ante la falta de conocimiento de las identidades de género, al no tener el Estado un registro de las múltiples identidades que emergen reclamando equidad en los derechos, se pierde la garantía constitucional del derecho al principio de inocencia. Para Luz, este principio no existe porque el ser travesti la catapulta a ser condenada jurídica y socialmente**"[15].

6. Una luz para Luz[16]

"Luz Aimé Díaz es la primera trabajadora en ingresar al Programa de Empleo, Formación y Desarrollo para Personas Travestis y Trans de la Cámara de Diputados de la Nación. A partir de hoy, formará parte del Departamento de Géneros y Diversidad Sexual de la Dirección General de Recursos Humanos, encabezado por la funcionaria Laura Caniggia.

La incorporación se realizó a través de un acto en el Salón de Honor encabezado por el presidente de la Cámara baja, Sergio Massa, las diputadas Mónica Macha (presidenta de la Comisión de Géneros y Diversidad), Cecilia Moreau (vicepresidenta del bloque Frente de Todos) y la secretaria parlamentaria del bloque, Cristina Álvarez Rodríguez. También estuvieron presentes las autoridades parlamentarias y administrativas de la Cámara baja: Rodrigo Rodríguez, secretario administrativo; Juan Manuel Cheppi, secretario general; Eduardo Cergnul, secretario parlamentario". Este festejable ingreso se produjo gracias a la resolución presidencial 1098/2020, firmada por el Ejecutivo, en agosto, con el objetivo de contribuir a garantizar el derecho al trabajo y a una vida digna a quienes padecen la mayor vulnerabilidad social, con la expectativa de vida más baja y la tasa de desempleo y la falta de acceso al trabajo registradas más altas.

En este marco, desde el bachiller Mocha Celis, del cual Luz forma parte como alumna, agradecieron a las autoridades y se manifestaron ¡profundamente felices! por la noticia.

[15] https://agenciapresentes.org/2020/10/02/absolvieron-a-luz-aime-diaz-trans-que-paso-dos-anos-presa-por-un-crimen-que-no-cometio/.
[16] https://www.agenciapacourondo.com.ar/generos/reparacion-historica-luz-aime-diaz-se-incorporara-como-trabajadora-al-congreso.

Asimismo, expresaron: “A pesar de la ampliación de derechos que se lleva adelante desde el Congreso, la violencia hacia el colectivo travesti y trans recrudece. El Programa implica el reconocimiento del ‘travesticidio social’ y entiende al Estado como actor fundamental para posibilitar una igualdad real, garantizando el fin de la violencia institucional que sufren las personas travestis y trans. Luz Aimé, de 24 años, salteña, comenzó a ejercer la prostitución a los 13 en las rutas de su provincia y llegó a Buenos Aires escapando a la exclusión y violencia, pero tuvo que sobrevivir de la misma forma. Injustamente acusada por un intento de homicidio en la criminalización de la prostitución, estuvo detenida 8 meses en la cárcel de Ezeiza y casi 2 años con detención domiciliaria. El pasado 2/10, el Tribunal Nº 8 ordenó su absolución, liberación y el retiro del dispositivo electrónico. Luz es bandera de lucha y defensa de los derechos humanos de las personas travestis y trans; hoy ocurrió una reparación para todo el colectivo”. La medida fue destacada por distintos organismos en la lucha por la igualdad de género en su contribución a la inclusión y la justicia social.

Link al fallo

El caso Rodríguez Lastra. Un repaso por el proceso judicial

POR LETICIA LORENZO[1]

1. Introducción

El proceso judicial por el que resultó condenado el médico Leandro Javier Rodríguez Lastra en la Provincia de Río Negro puede indicarse como uno de los casos que más interés ha generado en los últimos tiempos. El hecho debatido, la responsabilidad atribuida y el momento social en el que se resolvió el caso hicieron que la atención social y mediática que suelen suscitar los procesos penales se amplificara, convirtiéndose en un debate nacional. Adicionalmente debe señalarse lo extraño que resulta para el sistema penal la llegada a juicio de una situación en la que la persona imputada no es "el sospechoso de siempre", sino un profesional al que se le atribuye un hecho cometido justamente en el ejercicio de su función.

El sistema judicial, en general, interviene en conflictos en los que las partes (demandada y demandante, persona acusada y persona denunciante) suelen individualizarse en personas concretas. El sistema penal lleva esa individualización al máximo de precisión: deben estar claramente identificadas las personas, el hecho, las circunstancias. Las dimensiones contextuales y/o sociales tienen un lugar secundario en el interior de un proceso penal. Y esta es otra situación que se ve nítidamente en este proceso: los debates extraproceso son mucho más extensos que las discusiones al interior del juicio, pero el impacto de un ámbito en el otro es difícil de negar.

La finalidad de este artículo es describir la situación al interior del proceso penal, los debates que se dieron, las resoluciones que se tomaron y las presencias y ausencias que encontramos aún hoy en los procesos judiciales. Para cumplir con esa finalidad, se analizará el contenido de las sentencias surgidas del proceso judicial.

2. El hecho

En marzo de 2017, en la localidad de Fernández Oro (Río Negro), R. L. P. supo que estaba embarazada; ese embarazo era producto de un abuso sexual en su contra, cuyo autor era una persona de su círculo familiar. El miércoles 29 de marzo de 2017, las profesionales del hospital

[1] Abogada egresada de la UBA. Actualmente se desempeña como docente titular de la materia Taller de Litigación Penal en la carrera de Derecho de la Universidad Nacional de La Pampa. También ejerce como jueza penal integrante del Colegio de Jueces del Interior de la Provincia del Neuquén.

local le informaron a R. L. P. su derecho a interrumpir el embarazo en curso. R. L. P. les dijo a las profesionales que esa era su voluntad: no continuar con el embarazo. Estas profesionales[2] se comunicaron telefónicamente con el doctor Rodríguez Lastra (quien cumplía funciones en el hospital de Cipolletti) y le informaron que iban a derivar a R. L. P. a ese centro para la realización de la práctica, debido a que en Fernández Oro no contaban con el equipamiento necesario. En esa oportunidad, el doctor Rodríguez Lastra se negó, indicando la necesidad previa de un informe psiquiátrico respecto de la paciente.

Ante la negativa de recibir a la paciente en Cipolletti, la imposibilidad de practicar la interrupción en Fernández Oro y el estado en que se encontraba R. L. P. con esa situación, le comentaron que una organización de mujeres podría ayudarla con el proceso, proveyendo la medicación necesaria para lograr la interrupción del embarazo. Así es como R. L. P. concurre a esa organización, recibe la medicación y, a raíz de su ingesta, debe retornar al hospital de Fernández Oro el 2 de abril de 2017. La doctora Jalil es quien en esa oportunidad la deriva al hospital de Cipolletti[3].

En Cipolletti, el tocoginecólogo de guardia, en el momento de su llegada, es Leandro Rodríguez Lastra. La recibe y R. L. P. le informa su decisión de interrumpir el embarazo y la medicación que había ingerido a tales fines, en el mismo sentido que estaba consignado en la hoja de derivación. Rodríguez Lastra no controla la evolución del aborto en curso, permitiendo su conclusión, sino que, sin informarle a R. L. P. lo que haría, le suministra Indometacina IM 75, cuyo efecto es el de inhibir las contracciones, con lo que termina evitando el aborto.

3. Cronología del proceso

Presentando el hecho del 29 de marzo como una circunstancia contextual para explicar el proceso atravesado por R. L. P., la fiscalía acusa al doctor Rodríguez Lastra, específicamente, por lo ocurrido el 2 de abril, como autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, regulado en el artículo 248 del Código Penal, en un marco de violencia obstétrica y violencia de género.

El juicio fue llevado adelante por un tribunal unipersonal, que encontró responsable a Rodríguez Lastra, pero no consideró acreditada la violencia obstétrica. La sentencia del juicio fue comunicada el **4 de octubre de 2019**[4].

Tanto la defensa de Rodríguez Lastra como la acusación impugnaron la sentencia. La defensa planteó que no había elementos para condenar. La acusación sostuvo que existió la violencia obstétrica y que la inhabilitación impuesta debía ser extensiva al ejercicio de la medicina, no solo limitada a la función pública.

[2] La doctora Ayelén Mirensky y la licenciada Viviana Cufré.

[3] Indicando en la hoja de derivación que se encontraba cursando un embarazo proveniente de una violación, por lo cual había tomado "vía oral Oxaprost, cuatro (4) pastillas cada cuatro horas por dos dosis a partir del viernes 31 de marzo/2017" presentando un cuadro febril, contracciones aisladas y dolores abdominales.

[4] La sentencia puede encontrarse en este enlace: https://drive.google.com/file/d/1IjcfiFD8p5ENf8LNcEgL8FJjYXwoNuNd/view?usp=sharing (última visita: 26/11/2020).

La defensa, además, recusó a la jueza Rita Custet Llambí del Tribunal de Impugnación sosteniendo que su opinión en el caso sería parcial y basando su cuestionamiento en la militancia de la jueza Custet en cuestiones vinculadas al género y en su posición con relación a la interrupción del embarazo. La recusación fue rechazada por el Tribunal Superior de Justicia el **11 de noviembre de 2019**[5].

El Tribunal de Impugnación resolvió por mayoría el **11 de marzo de 2020**[6], rechazando el recurso de la defensa y haciendo lugar en forma parcial al recurso de la acusación, indicando que la violencia obstétrica había sido acreditada en el juicio y ordenando una nueva audiencia para la imposición de las condiciones de la condena.

El **14 de agosto de 2020** se homologó el acuerdo arribado entre la acusación y la defensa sobre las condiciones que se impondrían a Rodríguez Lastra durante la ejecución de la condena.

Finalmente, el **29 de septiembre de 2020** el Tribunal de Impugnación, por mayoría, rechazó la interposición por parte de la defensa de una impugnación extraordinaria .

4. La controversia del caso

Como hemos referido, la acusación sostuvo que Rodríguez Lastra incumplió sus deberes como funcionario público en tanto profesional de la salud. Concretamente, sostuvo que la omisión de controlar el aborto en curso y la provisión de una medicación que provocó el cese de las contracciones de R. L. P. fueron violatorios de mandatos legales específicos establecidos por la ley provincial 4792[8]: el reconocimiento del derecho a solicitar la interrupción del embarazo cuando proviene de una violación (artículo 2); el establecimiento de la presunción del peligro para la salud física, psíquica o social de la mujer en casos de embarazos provenientes de una violación (artículo 4); la obligación de constatar y asentar en la historia clínica de la mujer el peligro para la vida [artículo 6, inciso a)]; la obligación de manifestar y registrarse en el registro público creado al efecto en caso de objetar la práctica por razones de conciencia (artículos 10, 11 y 12). La acusación sostuvo que Rodríguez Lastra actuó como un objetor de hecho: no encontrándose registrado como lo indica la ley, su actuación con relación a la situación de R. L. P. fue tendiente a impedir que el aborto se completara y dilató la situación a tal punto que la práctica no se hizo posible, sin tener ningún tipo de justificación para ello y sin haberle brindado ningún tipo de información al respecto a la mujer.

La defensa de Rodríguez Lastra controvirtió la acusación sosteniendo que el hecho era atípico, que el médico no realizó la práctica porque:

[5] La defensa presentó un recurso extraordinario federal contra la resolución de rechazo a la recusación planteada. Fue denegado por el Tribunal Superior de Justicia el **17 de junio de 2020**. Aquí puede encontrarse la resolución: https://drive.google.com/file/d/1l7Kx_2krjpPp0bBVGm_q2m8uVRn3Sn92/view?usp=sharing (última visita: 26/11/2020).

[6] La sentencia del Tribunal de Impugnación puede verse en este enlace:
https://drive.google.com/file/d/1jIjrE0f1LacpPLc8PKTHKC5joOtg-iGu/view?usp=sharing (última visita: 26/11/2020).

[7] La resolución con el rechazo puede encontrarse en este enlace:
https://drive.google.com/file/d/1u4vwL1wdpCnFFcbZQNMWZ3g0sVe6dh6z/view?usp=sharing (última visita: 26/11/2020).

[8] Disponible en: https://drive.google.com/file/d/1Lsh0SPAUBbI8o9kbn8bTS2qWdMWDZ_iv/view?usp=sharing (última visita: 26/11/2020).

1. No había consentimiento informado firmado por R. L. P. en su poder.
2. Por la semana de gestación, no lo obligaba la ley.
3. La vida de R. L. P. corría riesgo.
4. Existía un estado de necesidad, un presunto mal grave e inminente: el "proceso infeccioso" para R. L. P., que llevó a Rodríguez Lastra a actuar útero-inhibiendo a la víctima para no agravar el estado de la mujer.

5. Las resoluciones

a) Juicio

La sentencia de juicio declara responsable penalmente teniendo por probados los hechos sostenidos por la acusación, pero no hace lugar a la solicitud de declarar que hubo violencia obstétrica.

Con relación a la condena, sintéticamente podría sostenerse que todas las razones que da el juez de juicio se vinculan con dos circunstancias: las ausencias que la defensa sostiene que eran fácilmente resolubles en el momento en que R. L. P. llega a Cipolletti y las justificaciones para la conducta de interrumpir el aborto en curso por parte de Rodríguez Lastra no son anteriores a su actuar, sino que aparecen con posterioridad, en el juicio.

Sobre la ausencia del consentimiento informado como uno de los puntos que sostiene la defensa para afirmar que no correspondía la práctica, el juez tiene por acreditado que el formulario estaba firmado por R. L. P. y que Rodríguez Lastra no podía desconocer ese hecho.

Sobre el tiempo de gestación y la obligación de intervenir o no hacerlo, luego de hacer un extenso repaso sobre la prueba y las definiciones médicas, el juez concluye que no es real que el embarazo de R. L. P. estuviese en un momento de gestación posterior al admitido para la práctica de la interrupción y por ello descarta esa afirmación de la defensa. En este punto es importante señalar que la acusación en su argumentación sostuvo una propuesta diferente: según su posición, el criterio correcto de interpretación de la norma es la no existencia de límite temporal para la aplicación de una interrupción legal del embarazo en caso de violación. Si el legislador penal (artículo 86, Código Penal) no determinó la cantidad de semanas para la habilitación de este derecho, mal puede otra legislación hacerlo, restringiendo su alcance. Aun cuando el juez sostiene que la interrupción procedía, lo hace basándose en que no se encontraba más allá de los tiempos indicados en los protocolos, sin asumir ni descartar la afirmación de la fiscalía en este punto.

En cuanto a la existencia de infección y el riesgo para la vida de R. L. P., el juez descarta esta posibilidad en función de varias cuestiones: 1. no existía una indicación en la hoja de derivación; 2. Rodríguez Lastra no dejó constancia de tal situación en la historia clínica una vez que intervino; 3. Rodríguez Lastra tampoco dio ningún tipo de información al respecto a R. L. P., ni de la existencia de la infección ni de la medicación que le suministraría.

En definitiva, el juez concluye: "Hay aquí un valimiento de su posición de profesional médico

frente a una joven mujer humilde y con escasos recursos comunicativos (...) que además no contaba con la contención adecuada desde que solo se acompañaba con su hermana. Advierto que en todo momento mantuvo el acusado una actitud negadora de la práctica médica que se le demandaba, a la cual estaba obligado por ley, intención que oculta detrás de excusas de diversa índole, las cuales además insisto no las informó como era su obligación respetando el derecho de la paciente R. L. P. a disponer de su cuerpo y su salud".

Resulta relevante que el juez, previamente a realizar un análisis sobre el hecho concreto en controversia, se refiere al hecho que fue presentado como contextual, en el que desde Fernández Oro se comunican con él para anunciarle la derivación y él solicita como requisito previo (y no existente en la ley) la realización de un examen psiquiátrico. El juez sostiene que ese hecho fue probado a través de los testimonios de las profesionales del hospital de Fernández Oro y que ya indica su voluntad de obstaculizar el proceso.

También es importante señalar que, en su resolución, por fuera de decidir la controversia, el juez también se hace cargo y responde a dos planteos de la defensa: el impacto que una resolución de responsabilidad tendría en les profesionales de la medicina en general y la solicitud para que decida consciente, que el niño nacido a causa de este caso, de dos años de edad a la fecha de la resolución, lo observaba. Sobre el primer punto, aclara el juez, muy sintéticamente, que no se trata de un caso de mala praxis, sino de incumplimiento de deberes de funcionario público y que la discusión de responsabilidad es individual. En cuanto a la segunda solicitud, con precisión y pertinencia, le recuerda a la defensa jurisprudencia en el sentido de que ante una colisión de intereses y bienes jurídicamente protegidos -vida humana versus libertad sexual - autodeterminación-, en el caso de la concepción producida por violación - abuso sexual con acceso carnal, la ley hace prevalecer el segundo sobre el primero. Dice también el juez que el solo hecho de considerar la procedencia de la solicitud de la defensa "importaría juzgar con disvalor la decisión que, al amparo de la ley, tomó una joven mujer ultrajada que acudió al sistema público de salud de la provincia en la búsqueda de una respuesta que le fue negada por la conducta omisiva del acusado".

Como hemos mencionado, el juez no hace lugar a establecer que se produjo violencia obstétrica, indicando que la acusación no logró acreditar esa situación. La decisión es recurrida por ambas partes y se produce el proceso de impugnación.

b) Impugnación

La defensa concurre a la impugnación sosteniendo sus mismos argumentos del juicio y cuestionando la valoración de la prueba realizada por el juez en esa instancia. La acusación también recurre la resolución por la negativa a considerar probada la violencia obstétrica y por una cuestión vinculada a la pena y la posibilidad de extender la inhabilitación que el juez le impuso para ejercer la función pública más allá de ese límite, alcanzando el ejercicio de la profesión.

El Tribunal de Impugnación resuelve, por mayoría, confirmar la sentencia del juez de juicio en

cuanto al hecho que tuvo por probado y la calificación asignada. Hace lugar a la acusación sobre la existencia de violencia obstétrica y no hace lugar a la acusación sobre la extensión de la inhabilitación.

Una de las cuestiones que resulta de mayor interés de la sentencia del Tribunal de Impugnación es la forma de encarar los votos del juez que queda en minoría (proponiendo la revocación de la sentencia) y el juez y la jueza que conforman la mayoría para confirmar la sentencia.

Concretamente, nos referimos a que en tanto el primer voto (que quedará en minoría) hace un análisis que se centra con mucho detalle y repaso en las normativas reglamentarias vinculadas a la regulación de la interrupción legal del embarazo, los dos votos de la mayoría toman como punto de partida las obligaciones convencionales del Estado argentino con relación a la temática.

Así, partiendo de ese análisis desde la regulación infralegal (reglamentación y guías para la interrupción del embarazo), concluye en primer término que el accionar de Rodríguez Lastra fue el adecuado para la infección que detectó (que da por probada, pese al análisis en contrario realizado por el juez de juicio) en la paciente; en segundo lugar, proponiendo una serie de cuentas con relación al transcurso del tiempo que fueron descartadas por el juez de juicio, el voto en minoría concluye que R. L. P. cursaba un embarazo que estaba más allá del tiempo admitido para proceder a su interrupción. Es en este segundo punto en el que aparece la única referencia a normativa internacional del voto: afirma que la interpretación propuesta por la fiscalía (que en casos de embarazos producidos por abusos sexuales no hay un tiempo límite para la práctica del aborto) no es razonable, dado que hay un anclaje en la normativa internacional para establecer un tope: la Convención de los Derechos del Niño.

Tanto el segundo como el tercer voto, que terminan conformando la mayoría, realizan el proceso inverso. Es particularmente interesante la construcción del segundo voto, en el que puede verse un desarrollo "de lo macro a lo micro"; parte reseñando la significancia concreta de la autonomía de la mujer sobre su cuerpo y su salud para posteriormente referirse al derecho de la mujer a un aborto no punible en términos de mandato general y en la regulación provincial específica. Una vez que se ha presentado este marco general de análisis, estableciendo la convencionalidad, doctrina y jurisprudencia que rigen la materia, pasa a referirse a los puntos cuestionados en el caso concreto.

Sobre el tiempo que tenía el embarazo y la viabilidad o no de practicar el aborto, toma el punto que ha planteado la acusación desde el juicio original sobre la inexistencia de plazo para la práctica del aborto en casos de abusos sexuales y le da una respuesta concreta: "En la norma del artículo 86 del Código Penal como de la ley 4796, no hay ninguna regla de la proporcionalidad, es decir, alguna restricción al derecho de la mujer de acceder al aborto no punible. En este caso no existe ningún límite para la realización del aborto, de tal modo una 'guía' -como norma- no puede ser una legislación superior a la ley federal (Código Penal). Hay una plena protección legal a la realización, sin importar el feto que la mujer lleva en su seno, y

voy a repetirlo, producto de ser víctima de una agresión sexual como lo es una violación". Y más adelante concluye: "Ni el Código Penal ni la ley provincial hablan de la viabilidad del feto, por lo tanto, no puede ser considerado como una causa de exculpación". Este punto[9] es sumamente interesante porque permite observar un análisis absolutamente inverso al realizado por el primer voto: parte del Código Penal como normativa de aplicación a todo el país, repasa la ley provincial, se detiene en el protocolo y da razones concretas sobre por qué un protocolo no puede tener aplicación preferente con relación a la norma penal específica.

En cuanto a la existencia o no de consentimiento para la práctica de la interrupción también es importante la diferencia que realiza entre la existencia de un requisito formal (un formulario de consentimiento) y la posibilidad de conocimiento sustancial. Sobre este segundo ámbito, que es el que refiere como esencial para practicar o no una interrupción del embarazo, no solo comparte los argumentos del juez de juicio, sino que además recuerda que el mismo médico había recibido el aviso de una paciente que deseaba una interrupción del embarazo y para quien solicitó un informe psiquiátrico; se pregunta cuán complejo habría resultado vincular las dos situaciones próximas en el tiempo y, posiblemente, sin otros casos similares en medio. Adicionalmente, recuerda que R. L. P. siempre manifestó su voluntad de acceder a la interrupción, por lo que no puede alegar como impedimento para la práctica una cuestión estrictamente formal que tenía tantas vías alternativas de superarse.

Sobre la existencia o no de infección es sumamente relevante el punto de partida que toma el voto: "Tenemos un aborto en curso, no un embarazo en curso, porque así lo regula la legislación, no los protocolos médicos. Este es un argumento que busca generar confusión, es decir, cambiar el desarrollo del proceso". En el punto comparte los argumentos dados por el juez de juicio fundando por qué son adecuados en términos de valoración probatoria.

Con relación a la impugnación de la acusación, el segundo voto considera que debe establecerse que existió violencia obstétrica en tanto "la violencia de género y violencia obstétrica integraban el hecho de la acusación, la acción del imputado Rodríguez Lastra tuvo como consecuencia la pérdida de la autonomía y capacidad de decidir libremente por parte de la joven mujer violada cuando una ley le daba derechos a esa práctica médica en el sector de la salud pública". No hace lugar al otro pedido de la acusación referente a inhabilitar al médico para el ejercicio profesional por exceder lo establecido en el tipo penal que ha sido debatido.

Finalmente, el tercer voto del Tribunal de Impugnación, que hace mayoría con el segundo, toma un camino similar: parte estableciendo el significado de la intervención con perspectiva de género, los estándares y la normativa en la materia para, con ese marco, analizar si existe arbitrariedad en la sentencia impugnada.

Al analizar el cuestionamiento sobre la existencia o no del consentimiento, se ocupa de dejar

[9] El 2.6 del segundo voto de la sentencia.

claro, con mucho detalle, la diferencia entre un formulario en que se inserta el consentimiento y el procedimiento de consentimiento informado, enfatizando que lo relevante es esto segundo: que se dé ese procedimiento. Señala que "el documento escrito solo es el resguardo de que el personal médico ha informado y de que el paciente ha comprendido la información", puntualizando que el centro es la persona que solicita la práctica, no así el profesional. En ese contexto, descarta que pueda justificarse la omisión del médico en la excusa de no tener el formulario a la vista.

Con relación a la viabilidad de practicar la interrupción por el tiempo transcurrido, también toma lo sostenido por la acusación y coincide en el punto: "Ni la guía de la Organización Mundial de la Salud ni la guía del Ministerio de Salud Pública de Nación establecen un límite temporal para la procedencia de la práctica del aborto. De la lectura atenta de las guías aplicables, no solo surge la posibilidad de iniciar procesos abortivos sino que hasta expresamente determinan los procedimientos a seguir en caso de abortos que superen las 22 de semanas". Aun asumiendo esa posición, indica que la fundamentación dada por el juez de juicio (quien había considerado probado que el tiempo de gestación al momento de llegar a Cipolletti hacía viable la interrupción del embarazo, sin avanzar en el planteo de la acusación) es la adecuada a la prueba producida y valorada. También considera adecuada la valoración realizada en la sentencia del juicio con relación a la supuesta infección y riesgo para la víctima. Y declara la existencia de violencia obstétrica, de acuerdo a lo solicitado en la impugnación de la acusación.

La resolución de impugnación confirma la sentencia del juicio, sumando la existencia de violencia obstétrica y disponiendo una audiencia de determinación de las condiciones que Rodríguez Lastra debería cumplir como consecuencia de la condena. Como hemos establecido en la cronología, estas condiciones fueron acordadas entre las partes.

La defensa presentó un recurso de impugnación extraordinaria, que fue rechazado por el Tribunal de Impugnación, con la misma conformación y por mayoría de dos votos contra uno, el 29 de septiembre de 2020.

c) Continuará

El caso aún no se ha resuelto. La defensa de Rodríguez Lastra presentó un recurso de queja ante el Tribunal Superior de Justicia de Río Negro por la denegación de la impugnación extraordinaria resuelta por el Tribunal de Impugnación. Aún resta saber cuál será la posición del máximo tribunal provincial al respecto. Y en caso de que la sentencia permanezca confirmada, la defensa seguramente concurrirá también a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo cual implica un tiempo extenso por delante hasta saber cuál será el resultado final del caso y la "versión de verdad oficial" sobre la situación que padeció R. L. P.

6. Algunas conclusiones

En primer término, no debe perderse de vista la trascendencia de este caso para clarificar los alcances de las obligaciones para quien ejerce su profesión en el ámbito de la salud pública.

Tanto la sentencia de juicio como la de impugnación son muy claras en establecer que el centro en este tipo de casos está dado por la persona que concurre al sistema de salud, la preservación de sus derechos y la garantía de brindarle una respuesta rápida de acuerdo a su voluntad manifiesta. Es sumamente importante que se recalque permanentemente, en la discusión dada por la defensa sobre la presunta inexistencia del consentimiento informado, que la ausencia de un papel no reemplaza la voluntad manifiesta de la persona en concreto. Es sumamente llamativo que se haya intentado ese argumento cuando no fue discutido que Rodríguez Lastra tuvo contacto directo con R. L. P., que ella estaba en condiciones de comunicar su voluntad y que, de hecho, la comunicó expresamente al médico. Afirmar que no existía el consentimiento como defensa es prácticamente invisibilizar a la persona de R. L. P.

Un segundo punto relevante sobre el que se extiende la sentencia del juicio y en el que se basan les jueces que conforman la mayoría en la confirmación es el de la incongruencia entre el supuesto riesgo para la salud de R. L. P. que se afirma en el juicio y la ausencia de cualquier tipo de registro en su historia clínica al momento de intervención de Rodríguez Lastra. Se trata de una afirmación importante porque pone en evidencia lo complejo que resulta para el litigio la generación de explicaciones posteriores a los hechos. Aquí la defensa no tuvo forma de acreditar que tal riesgo hubiese sido de la magnitud que se afirmaba, porque el médico (el mismo que sostenía que no tenía posibilidad de intervenir por la ausencia del formulario formal de consentimiento) no se ocupó de realizar el registro formal del riesgo para la paciente. Mucho menos le comunicó ese riesgo y ni siquiera le explicó para qué le aplicaría la medicación que le suministró y cuáles serían las consecuencias. Segunda forma de invisibilizar a R. L. P.

En tercer lugar, aun cuando la justificación de la sentencia de juicio sobre la viabilidad de continuar la interrupción del embarazo de acuerdo al tiempo de gestación realmente acreditado con la prueba era suficiente para descartar esa tercera argumentación de la defensa, encontramos muy importante la resolución sobre el punto del Tribunal de Impugnación en los dos votos que constituyen la mayoría, fundando detalladamente que en casos en los que el embarazo es producto de un abuso sexual no existe un límite para la práctica del aborto.

Fuera de los aspectos estrictamente controvertidos que fueron resueltos, hay algunas cuestiones de trascendencia para destacar: por una parte, el sostenimiento de la jueza Custet Llambí (quien realiza el tercer voto y conforma la mayoría con el juez Cardella en la confirmación del Tribunal de Impugnación), pese al cuestionamiento por presunta parcialidad en la intervención. Este es un aspecto de relevancia en tanto la recusación se produce cuestionando una presunta parcialidad por las posiciones de la jueza en temas vinculados con el género y los derechos de las mujeres sobre su cuerpo y a la salud. Que la resolución haya sido rechazando su recusación es una muestra interesante de cómo la garantía de imparcialidad no es estática, sino que debe entenderse a la luz de los mandatos convencionales de la época. Y en esta época es un poco extraño cuestionar la imparcialidad de alguien por sostener y anunciar un compromiso con las obligaciones convencionales y constitucionales del Estado.

Otro aspecto importante es el *obiter dicta* del juez de juicio en respuesta a la defensa. Puntualmente, en cuanto al pedido de que "piense en el niño". El posicionamiento del juez, recordando a las partes cuál es el derecho que prima ante un posible conflicto y poniendo los derechos de la mujer en su dimensión concreta en el caso, aun cuando se trata de una resolución fuera de lo estrictamente controvertido (o justamente por eso), es muy importante para situar a las partes y establecer los alcances de sus peticiones.

Finalmente, con relación a la sentencia del Tribunal de Impugnación, es sumamente llamativo cómo se llega a conclusiones diversas de acuerdo al lugar desde el que se decide partir el análisis.

El primer voto, con un ingreso a los agravios, situándose en la parte más baja de la pirámide normativa y limitando el análisis al contraste entre los agravios y los protocolos locales, deja un sabor a resolución sesgada.

La construcción del segundo y tercer voto, partiendo del análisis macro de los derechos y garantías en juego, la normativa vigente que debe ser considerada y, a partir de allí, el contraste con los agravios, es sumamente enriquecedora para comprender la dimensión de los derechos en juego, las obligaciones jurisdiccionales y la adecuación de lo resuelto por el juez de juicio.

Un párrafo aparte debe dedicarse a la actuación de la acusación. Hemos partido diciendo que uno de los aspectos notorios de este caso es que no se trata de la persecución de un "sospechoso de siempre". Tampoco se trata de la persecución de un hecho frecuente para el derecho penal. Una crítica frecuente al sistema penal es la laxitud con que muchas veces suele verse la flexibilización en la mirada sobre los derechos de imputados pobres, por delitos contra la propiedad. Por el contrario, en hechos que se salen de "lo común" suele existir una rigurosidad en las exigencias que puede, incluso, ir más allá de lo razonable; a esto debemos sumarle el contexto de una víctima mujer vulnerable en un sistema que, aun con avances notorios, sigue operando sobre la base de una mirada cisheteronormativa.

Aun así, como hemos detallado en el apartado referido a las resoluciones, el caso aún no está resuelto definitivamente, pues restan recursos por resolver y posibilidades de nuevos recursos. En términos simbólicos, que este caso haya superado la fase inicial, haya llegado a juicio, haya sido defendido y sostenido por la acusación da una pauta del impacto que los cambios sociales tienen en el funcionamiento de la justicia penal y la mirada sobre la conflictividad que involucra derechos de las mujeres. Aun cuando no puede soslayarse que en el interior del sistema siguen existiendo espacios de resistencias, temores y oposiciones directas a la defensa de los derechos de la mujer sobre su cuerpo y su salud o, justamente, por ello, este caso tiene una magnitud que trasciende el monto de la pena impuesta. Un impacto en la identificación de los conflictos que deben judicializarse, la forma de su investigación y la mirada sobre la prueba. El resultado final es importante, no negamos ello. Pero el transcurso hacia ese resultado tiene una dimensión que, desde nuestro punto de vista, excede los renglones de una decisión definitiva en función de que ha permitido avanzar en el debate y el

cambio cultural necesario al interior de la administración de justicia. Un pequeño paso para el sistema penal, un gran avance para los derechos de las mujeres a la salud y a la decisión sobre sus cuerpos.

Link al fallo

La violencia de género como objeto de valoración jurisdiccional en órganos especializados. Análisis de un fallo del Supremo Tribunal Constitucional de España

POR MARÍA DELICIA RUGGERI[1]

1. Introducción

Iniciaré este comentario señalando que el juzgado de primera instancia que dictó la resolución, que luego de ir en apelación a la Audiencia Provincial de Madrid -tribunal de alzada- fue objeto de amparo por ante el Supremo Tribunal Constitucional de España, posee competencia específica en violencia familiar y de género.

M. V. A. realizó la denuncia en el Juzgado de Violencia contra la Mujer Nº 3 de Madrid. La página web oficial del Poder Judicial de España (https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial) informa que los denominados juzgados de violencia sobre la mujer tienen competencia penal y tratan específicamente los casos relativos a la violencia de género. Solo excepcionalmente atienden cuestiones derivadas de la responsabilidad parental y otras de familia, que, en lo ordinario, son competencia de los juzgados de primera instancia especializados en familia, siendo también estos últimos los que deberán entender para dejar sin efecto o modificar las medidas de protección que dispone el juzgado de violencia sobre la mujer.

La referencia viene a colación de que el juzgado al que M. V. A. fue a realizar la denuncia es de atención específica de la problemática de violencia de género y familiar.

Tal especificidad no es un detalle menor a la luz del resultado disvalioso que para la denunciante tuvo la intervención de dicho juzgado.

2. Los hechos y el proceso en el juzgado de violencia

El fallo del Supremo Tribunal Constitucional de España da cuenta en la relación de la causa que M. V. A. (una mujer de mediana edad) denunció en agosto de 2017 a su marido F. S. C. por coacciones e injurias. Dijo que en abril pasado su esposo dejó el domicilio familiar y convinieron un divorcio con liquidación de la sociedad de gananciales. Que desde esa fecha el denunciante la presionaba para conseguir que ella firmara una propuesta de convenio regulador perjudicial para sus intereses. Manifestó que el marido le obstaculizaba el acceso a recursos económicos gananciales y al dinero en general, dependía de estos, y que tal limitación era la modalidad que utilizó para que ella firmara lo que él quería: básicamente, que dejara la vivienda familiar

[1] Abogada especialista en violencia de familia. Jueza de la Cámara de Apelaciones de Familia de la Provincia de Mendoza. Docente en las cátedras de Derecho de las Familias, de la Facultad de Derecho (UNCuyo).

reconociendo de ese modo que no poseía derechos sobre el inmueble, a pesar de que había sido adquirida con fondos gananciales.

Otro modo para presionarla era amenazar con develar a su hija (no común) un hecho íntimo y vinculado a su concepción, que, hasta entonces, habían decidido mantener reservado. Para probar estos extremos, acompañaba con correo electrónico.

Relata también que F. S. C. se había personado en una vivienda de su exclusiva propiedad, pero de uso familiar, en la que por vacaciones se encontraba la hija de la denunciante y, aprovechando unas horas en las que no estaba, cambió la cerradura e impidió, de ese modo, el acceso a la demandante y a su hija. Se cruzaron correos electrónicos entre el denunciado y la hija de la denunciante, en los que aquel se refería a la denunciante con términos como "ladrona", "psicópata" y "parásito".

Explica que, durante la convivencia, F. S. C. había venido sometiendo a la denunciante a gritos y alusiones continuas a su escasa valía y a sus supuestos problemas psicológicos, manteniéndola bajo una continua tensión emocional que había desembocado en una depresión. Acompaña correos en los que el denunciado reconocía estos hechos y mostraba arrepentimiento. Ofreció también como prueba una pericia psicológica para determinar rasgos compatibles con vivencias de maltrato continuado y certificado médico que describía un estado depresivo-ansioso grave compatible con maltrato psicológico.

El juzgado, por auto del 27 de septiembre (un mes después), inició la tramitación de las diligencias previas por presunto delito de coacciones y dispuso tomar declaración a la denunciante, tomársela al denunciado; acordar, dado el caso, su reconocimiento médico forense para la emisión del informe oportuno y pedir los antecedentes penales del denunciado.

La actora declaró el 18 de octubre, ratificó la denuncia, hizo algunas puntualizaciones sobre la prueba por ella ofrecida y comunicó que el marido estaría en el país (España) en las subsiguientes tres semanas, ya que arribaría de China, donde se encontraba trabajando. Al día siguiente instó la producción de la prueba y el juzgado dispuso que, en forma previa a admitir o denegar las diligencias, se estuviera a la espera de recibir el exhorto con la declaración del investigado y, con su resultado, acordar lo pertinente.

"No resolvió, pues, ni a favor ni en contra de su realización, sino que se limitó a posponer todo pronunciamiento y supeditarlo al resultado de la declaración del denunciado como investigado, de modo tal que solo a su vista pudiera decidirse sobre su pertinencia o falta de ella".

La declaración de F. S. C. no pudo llevarse a cabo por su incomparecencia, pese a haber sido citado en reiteradas ocasiones, por ello el juzgado decidió el sobreseimiento provisional de las actuaciones hasta tanto el investigado se presentase a declarar.

Al año siguiente (marzo/2018) y por pedido de la abogada de M. V. A., el juzgado recibe la declaración de F. S. C. en oportunidad de asistir a una audiencia en el proceso de divorcio por el

iniciado; para ese momento ya era 11 de julio de 2018.

Nótese que, ante la incomparencia del denunciado, el juzgado sobresee provisoriamente la causa y condiciona su tramitación hasta que se presente. Esta decisión que, en principio, aparece como parte de la lógica procesal penal, en pleno ejercicio de la garantía de inocencia, pierde fuerza como tal si se tiene en cuenta que se trata de delitos de particulares características, con víctimas vulnerables y en los que la omisión de comparecer a juicio por parte de los victimarios es una conducta habitual en la modalidad de funcionamiento.

a) La declaración y los argumentos de F. S. C., el denunciado

En primer lugar, negó los hechos. Dijo que cambió la cerradura de la casa porque esa vivienda era un bien propio y que se lo había comunicado a la denunciante. Que si bien la convivencia cesó en enero de 2017, la relación afectiva "se rompió sobre el 2016". En relación con los WhatsApp y correos electrónicos que había aportado la denunciante -figuraba en autos- dijo que no recordaba los correos y que eran de un teléfono "que desconoce". Igualmente, que "de ninguna de las maneras intentó amenazarla, ni coaccionarla con los correos" y que, además, ella "le decía: 'Si no haces lo que te digo, te voy a denunciar'"; que "hace dos años bloqueó el teléfono y las llamadas telefónicas".

Cuando la titular del juzgado le instruyó del contenido de los correos, manifestó "que no se reconoce como la persona que lo escribe", que "ella tenía acceso a las contraseñas" y que él solo quería una sentencia de divorcio y que aquello acabara.

Sostiene haber tenido una convivencia escasa debido a su actividad laboral, por vivir en distintos países. Que él presentó la demanda de divorcio en julio de 2017 y que todo es a partir de esa demanda porque ella nunca denunció nada antes de esa fecha. Añade que no sabía que la denunciante hubiera tenido tratamiento psicológico e ignora si "como consecuencia de la violación que ella había sufrido ha estado en tratamiento. Que nunca ha dicho a nadie nada sobre la situación de la hija de la demandante y su procedencia".

Una vez prestada declaración por el investigado, el mismo día -11 de julio de 2018- **el juzgado dictó auto por el que acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones, al no apreciar indicios de la comisión de los delitos de maltrato habitual y coacciones en el ámbito familiar, que había sido objeto de denuncia.**

Como puede advertirse con claridad, el estereotipo se ha colado de tal manera en la estructura judicial que, aun en un juzgado ocupado de juzgar la violencia de género, la víctima no solo debe acreditar que sus dichos son ciertos, a diferencia del varón que solo le bastó negarlos, sino que además no fueron ordenadas las diligencias para producir la prueba que ella ofreció, menos aún se ordenaron pruebas de oficio por parte del juzgado, incurriendo en violación flagrante de la manda convencional y constitucional.

b) Los fundamentos del fallo de primera instancia

La resolución judicial consideró en primer lugar "que se trataba de versiones absolutamente opuestas sobre lo sucedido, estimando que no concurría elemento objetivo alguno que corroborara lo denunciado".

Es evidente que ante la presunta falta de elementos objetivos, con los que no se contó porque no se le permitió a ella acreditarlos con la prueba que ofreció, el juez creyó la versión de él, de lo que no puede más que colegirse que el paradigma patriarcal se impuso. ¿Qué sería para este juez un elemento objetivo?

Otro de los fundamentos estaba referido a que "aunque la denunciante hubiera referido un maltrato habitual, lo cierto es que el matrimonio había convivido esporádicamente, pues, en los siete años de relación, el denunciado había vivido en China, Perú y otros países" y consideró relevante -tal como lo argumentó F. S. C.- que la esposa hubiera formulado denuncia a raíz de que el denunciado presentó la demanda de divorcio en julio de 2017. En cuanto al hecho de haber cambiado la cerradura, se razona que se trata de un inmueble propio y no destinado a vivienda familiar, por lo que su conducta no encuadra en el delito de coacciones, al no acreditarse mínimamente el elemento intencional.

Finalmente, respecto del contenido de los mensajes y correos electrónicos estima que no poseen relevancia penal, pues "el hecho de que el denunciado reconozca que es un maltratador, que ha tratado mal a la denunciante, debe contextualizarse en el victimismo de una persona que quiere reconducir una relación, victimismo que se traduce en reconocer que ha hecho las cosas mal, para después pedir perdón". Igual postura tomó para los correos electrónicos cruzados con la hija de la denunciante, opiniones que podrán considerarse "afortunadas o no, groseras, pero no son constitutivas de delito".

Como consecuencia de lo expuesto, el juzgado de violencia acordó el sobreseimiento provisional y archivo de la causa "al no ser los hechos denunciados constitutivos de delito".

Y, entonces, me pregunto cuál es el sentido de que exista un juzgado especializado en violencia contra la mujer, si no va a considerar como tales las conductas que en un contexto diferente pueden no constituir un delito, pero que en el ámbito de una relación desigual, marcada por la relación de poder a partir del estereotipo de género, adquieren una connotación diferente y específica.

3. La decisión del tribunal de alzada y la transformación de los hechos a través de la construcción del discurso estereotipado

Como ya mencionamos, M. V. A. apela ante la Audiencia Provincial de Madrid. Por auto del 25 de octubre de 2018, la alzada desestimó el recurso. Entre sus argumentos, refiere compartir los fundamentos de la primera instancia, calificándolos de suficientes, razonables y lógicos. Acordaba con el juez de violencia en que no existía prueba de las coacciones, las que destaca que no fueron realizadas sino hasta que la pareja entró en crisis, que, conforme surgiría de algunos *e-mails*, habría comenzado meses o, incluso, años atrás.

Descarta como relevante la cuestión del cambio de cerradura y sostiene que no hay elementos objetivos que corroborasen el presunto desvío de fondos gananciales, o bien de obstáculos impuestos a su disfrute. La cuestión relacionada con la intimidad de la hija de la denunciante puede denotar una inmoralidad -dice-, pero no tiene relevancia penal. "En el criterio de la Sala, tales expresiones se perciben, en cambio, como la intención de causar dolor en la denunciante y en su hija, sin que ello representara un indicio de las coacciones denunciadas".

Tampoco considera probado el maltrato psicológico, respecto del cual solo se cuenta con una serie de mensajes, correspondientes a periodos de tiempo diferentes y separados entre sí, en los que el denunciado se presentaría a sí mismo como un maltratador psicológico. "Sin embargo, la autoatribución de tal condición no es en sí misma indicio del delito en cuestión. El certificado médico, finalmente, tan solo mencionaba preocupación y depresión en la denunciante ante el presunto maltrato verbal que habría manifestado sufrir del investigado".

Concluye que los hechos no constituyen delitos, que carecen de la más mínima corroboración y que deben considerarse "**dentro de la lamentable normalidad que acompaña a los procesos de ruptura, como el que se deja entrever en los diversos documentos presentados, sin que sea la finalidad del proceso penal realizar un juicio de valor acerca del comportamiento más o menos ético de las partes de una pareja que se disgrega**".

La respuesta estereotipada y con sesgo machista se marca claramente en la conclusión del tribunal de alzada, que, luego de reconocer hechos de maltrato psicológico, con la intención de causar dolor, concluye que no hay delito, que no se ha probado la tipicidad de los hechos y, a través de esa argumentación, convierte las conductas propias de la relación signada por la violencia de género en una "lamentable normalidad que acompaña al proceso de divorcio". Sin duda, la invisibilidad de la violencia psicológica y, en particular, la económica se ha impuesto.

El tribunal de alzada no solo confirma la sentencia dictada en primera instancia, que -recordamos- ordena el archivo de las actuaciones, sino que además refuerza el estereotipo de género.

Es muy significativo que, encontrándonos en el marco de un proceso penal, la argumentación del tribunal para justificar el archivo de las actuaciones en primera instancia y su confirmación en la alzada no tuvo en la base las teorías de corte criminológicas, tendientes a disminuir la significación de los hechos dentro de la teoría del delito, e intentar, de ese modo, evitar la penalización de conductas que desde alguna perspectiva -que no compartimos, por cierto- podrían considerarse típicas, pero abarcadas por el principio de insignificancia, sino que, muy por el contrario, apela, lisa y groseramente, a un discurso estereotipado desconocedor de la violencia de género, en particular de la económica y psicológica, calificando los hechos, sin producir la prueba, como un resultado esperable en un proceso de divorcio.

Por otro lado y sin argumentación alguna, el solo discurso de F. S. C. resultó suficiente para disponer el archivo de la causa.

4. La perspectiva de género

¿Qué es juzgar con perspectiva de género? Juzgar con perspectiva de género garantiza a las mujeres el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad y en miras a lograr una tutela judicial efectiva. Propende a eliminar la reproducción de estereotipos que suponen determinado comportamiento según el sexo asignado a la persona.

Para hacerlo, las personas juzgadoras deben contar con las suficientes herramientas para poder identificar prejuicios y hacer un análisis de género de las controversias que están resolviendo.

La incorporación de la perspectiva de género en la labor jurisdiccional implica cumplir la obligación constitucional y convencional de hacer realidad el derecho a la igualdad, equilibrando las relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad y visibilizando la presencia de estereotipos discriminatorios de género en la producción e interpretación normativa y en la valoración de hechos y pruebas.

En el ámbito judicial, la perspectiva de género propende a despejar las prácticas que avalan y reproducen los estereotipos, para modificarlas.

La perspectiva de género exige que aquello que declara o relata la mujer sometida a una situación de maltrato por parte del varón, se trate de su pareja, su padre, su hijo, etc., se escuche, lea y evalúe eliminando estereotipos arraigados en la sociedad como naturalizados, mostrándolos como patriarcales.

En el fallo en comentario, lxs juzgadores, tanto en primera instancia como en la alzada, excedieron la ausencia de perspectiva de género, para incurrir, directamente, en la violación de los derechos de M. V. A. Me explico: la perspectiva de género, para decirlo de una manera más gráfica y lineal, es una especie de filtro que el juzgadxr tiene ante sí y a través del cual ve los hechos y las pruebas. Ese filtro permite valorar lo que está del otro lado, despojado de los estereotipos de género, y permitiendo, de ese modo, que la valoración respete las individualidades de cada sujetx y garantice el ejercicio de sus derechos.

No significa hacer "beneficencia" con el género femenino, tampoco implica favorecer injustamente la posición de la mujer; de lo que se trata es de valorar despojados de estereotipos, para que la decisión no resulte disvaliosa en términos de igualdad.

En el caso del fallo en comentario, la aplicación de tal perspectiva no fue ni siquiera posible puesto que no se permitió a la denunciante producir su prueba, por lo que el fallo, como adelanté, excedió la falta de perspectiva de género para incurrir directamente en la violación de los derechos de M. V. A., disponiendo el archivo de las actuaciones, en primera instancia y la alzada, justificando dicho archivo.

No quiero dejar de destacar que, en ambas instancias, el fiscal solicitó la producción de las diligencias probatorias y opinó que el archivo resultaba prematuro, opinión que no tuvo recepción alguna en los fundamentos del tribunal de alzada.

5. La decisión del Tribunal Constitucional

La demanda de amparo se dirige contra la confirmación que del auto de archivo realiza el tribunal de alzada.

El Tribunal Constitucional define el **incumplimiento flagrante de dos principios: el de tutela judicial efectiva**, al impedir la realización de las debidas diligencias, y el **principio de oportunidad**, al no evitar demoras injustificadas en perjuicio de la investigación.

En el caso, M. V. A. denunció en julio de 2017 y el fallo en comentario se dictó en julio de 2020.

El Supremo Tribunal decide la nulidad de ambas resoluciones judiciales, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la primera de ellas.

Ordena que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer Nº 3 de Madrid resuelva lo pertinente sobre las diligencias que pudieran resultar necesarias para completar la investigación en "forma suficiente y eficaz, que sea respetuosa con el derecho fundamental vulnerado, sin que en modo alguno ello implique prejuzgar el resultado último de la investigación".

En esta instancia, el Ministerio Fiscal asume, al igual que en las instancias anteriores, una postura crítica de las decisiones jurisdiccionales y pone el acento en que "se trataba de la fase de investigación de unos hechos cuya tipicidad penal, caso de entenderse acreditados, no ofrecería dudas". Lo manifestado por el fiscal muestra a todas luces que los hechos se descartan como delitos precipitadamente, porque no se hacen las diligencias necesarias para determinar si lo denunciado está acreditado. En opinión del órgano acusador, acreditados los hechos, la tipicidad estaría prácticamente confirmada.

En suma, estima que "ni la simple contradicción entre las versiones de la denunciante y el denunciado, ni la lamentable normalidad de situaciones como las que acompañan a las rupturas de pareja, son argumentos suficientes para abstenerse de todo impulso procesal limitando la instrucción al análisis de la idoneidad, a modo de prueba plena, de aquella que acompaña a la denuncia; menos aún puede justificarse que no se acceda a practicar las mínimas diligencias probatorias instadas por la denunciante, cuya realización se impide con el archivo directo de las actuaciones".

Expresa el Tribunal Constitucional: "Hasta este momento, el tribunal no había tenido ocasión de pronunciarse sobre el marco constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, en su faceta de investigación penal eficaz, cuando las alegaciones de maltrato habitual denunciadas cursan bajo el ámbito de privacidad característico de las relaciones entre particulares unidos por un vínculo familiar y/o afectivo, que puedan tener su origen o causa en aquella eventual conducta denunciada. Semejante contexto dota de relevancia constitucional

al enjuiciamiento del caso de autos, en cuanto que sitúa a este tribunal ante la tarea de cohonestar el papel que, a la luz de nuestra Constitución (en concreto, de su artículo 24.1, CE), compete a los órganos judiciales en su deber de investigar hechos que, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afectan a entornos o colectivos especialmente vulnerables (entre otras, SSTEDH del 17 de octubre de 2006, asunto 'Okkali c/Turquía'; del 26 de marzo de 1985, asunto 'X. e Y. c/Países Bajos'; del 21 de enero de 2003, asunto 'August c/Reino Unido'; del 9 de junio de 2009, asunto 'Opuz c/Turquía')".

En definitiva, y conforme las directivas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando se insta la acción penal en casos de violencia de género y doméstica, el marco que debe garantizarse **es el de la protección a la tutela judicial efectiva, siendo mandato convencional intervenir conforme las particularidades de la situación de vulnerabilidad moral, física y/o material en que pueda encontrarse la víctima, evaluando su situación en el más breve plazo posible**.

En el caso de M. V. A., dichos estándares, evidentemente, no fueron considerados.

En resumen, la investigación penal requiere en estos casos que la intervención judicial colme dos necesidades muy concretas: (i) emplear cuantas herramientas de investigación se presenten como racionalmente necesarias, suficientes y adecuadas ante toda sospecha fundada de delito, y (ii) evitar demoras injustificadas que puedan perjudicar el curso o el resultado de la investigación, además de la adecuada protección de quien figure como víctima, allí donde dicha protección se revele necesaria. No se cumplió ninguna de los dos.

Al analizar el caso, el tribunal se refiere en primer lugar a la prueba ofrecida por la denunciante, correos electrónicos, mensajes y en particular el certificado médico que certificaba que en el verano de 2015 había acudido a la consulta de una doctora refiriendo preocupación "por su marido, que de forma progresiva la agrede verbalmente" y en el que la facultativa certificaba que la explorada presentaba entonces "un estado depresivo-ansioso grave, reactivo a la consolidación de maltrato psicológico", por lo que le prescribió medicación y recomendó baja laboral.

El juzgado de primera instancia, lejos de tomar dicho informe como prueba suficiente para proceder a la investigación, considera -siguiendo los dichos del denunciado- que todo está relacionado con el proceso de divorcio que inició él y que no hay antecedentes de violencia. Nunca consideró este certificado que data de dos años antes.

En definitiva, las resoluciones judiciales impugnadas lesionaron el derecho de la actora a obtener una investigación suficiente y eficaz que demandaba sus exigencias de tutela judicial efectiva.

Para el tribunal, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva conduce a la procedencia del amparo urgido y a la declaración de nulidad de las dos resoluciones impugnadas por el primero.

El fallo expresa: "**En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por doña M. V. A. y, en su virtud: 1. declarar vulnerado el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1, CE), en su vertiente del derecho a obtener una investigación suficiente y eficaz en el curso de un proceso penal. 2. Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del auto de 11 de julio de 2018 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Nº 3 de Madrid (diligencias previas Nº 822-2017), así como del auto de 25 de octubre de 2018 de la Sección Vigesimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid (recurso de apelación Nº 2114-2018). 3. Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la primera de las mencionadas resoluciones, con el fin de que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer Nº 3 de Madrid dicte otra nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado. Publíquese esta sentencia en el 'Boletín Oficial del Estado'. Dada en Madrid, a veinte de julio de dos mil veinte**. Fdo. Doña Encarnación Roca Trías, presidenta, y los magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho".

Quise transcribir el fallo íntegro del Tribunal Constitucional porque cada palabra resulta más que significativa para entender en qué espacio jurídico se pone el acento para revertir la decisión precipitada y plagada de estereotipos, dictada por los órganos jurisdiccionales de primera instancia y de alzada, ahondando seriamente en la órbita de las garantías constitucionales y convencionales.

Link al fallo

Fallo "Freddo": a 18 años de su pronunciamiento

POR MAGDALENA PERILLO[1]

1. Introducción

Han transcurrido ya 18 años de la emblemática sentencia dictada en el caso "Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA"[2]. Este fallo fue ampliamente difundido y celebrado por ser pionero en la aplicación de la perspectiva de género en el campo del derecho laboral. Tal es así que raramente algún alumnx haya pasado por la facultad de derecho sin haberlo estudiado o, al menos, escuchado mencionar en alguna clase.

Sin embargo, pese a los avances en materia de género y derechos humanos de las mujeres desde aquel entonces, aún no se han desterrado del imaginario social ciertas ideas y preconceptos que hacen que las mujeres todavía se vean obligadas a abogar para que su derecho a la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral sea un hecho y no solo una mera expresión de deseos plasmados en el ordenamiento jurídico.

2. Reseña del fallo

La Fundación Mujeres en Igualdad inició un amparo colectivo contra la empresa Freddo SA, atribuyéndole prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de personal, toda vez que no contrataba personal femenino. El juez de primera instancia rechazó el amparo por cuanto consideró: a) la actora no demostró que se hubiesen presentado mujeres a las convocatorias y que hubiesen sido rechazadas por su condición de tales; b) la ley prohíbe el desempeño de mujeres en tareas penosas, peligrosas e insalubres; c) la empresa comercial es la que debe determinar su política de empleo; y d) la demandada está revirtiendo la tendencia de contar con mayor cantidad de personal masculino.

A su turno, la Sala H revocó la sentencia apelada e hizo lugar al amparo luego de tener por acreditada la discriminación denunciada por la actora, la que no pudo ser justificada razonablemente por la demandada. En consecuencia, condenó a Freddo SA a que en el futuro solo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida.

[1] Abogada (UBA). Maestranda en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Auxiliar docente de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Secretaria de redacción en la Revista Género y Derecho Actual.

[2] "Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 16/12/2002.

Los argumentos centrales en los que se apoyó la Cámara para decidir de esa forma fueron los siguientes: a) el Estado Nacional tiene la obligación constitucional y convencional de no solo garantizar a las mujeres la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y a no ser discriminadas por su condición de tales, sino también de hacer efectivos esos derechos; b) la no discriminación por razón del sexo en materia laboral se exige antes, durante y después de la relación laboral, entendiéndose por "antes" el proceso de selección hasta el momento de la contratación definitiva; c) la conducta de la demandada excede el margen de discrecionalidad que cabe concederle al empleador en la selección de su personal, más aún cuando quienes se encuentran en la situación desigual pertenecen a grupos que históricamente se encontraron en desventaja -mujeres-; d) la justificación de que los baldes de mercadería son pesados para ser manipulados por mujeres es inadmisible porque responde a un prejuicio sobre el "sexo débil"; e) el empleo que se niega a las mujeres en el caso no es una tarea penosa, peligrosa o insalubre; por el contrario, las mujeres desempeñan tareas que requieren mayor esfuerzo físico y no por eso se las califica como penosas, peligrosas o insalubres; f) al limitarse a la mujer, por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo, se restringe su derecho a elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y necesidades, derecho que, en rigor, es una manifestación del ejercicio de la libertad.

3. Igualdad y no discriminación

La igualdad de oportunidades en el marco del Estado social de derecho implica que el Estado debe actuar para remover los obstáculos que limitan en los hechos la igualdad de las personas, y así promocionar el acceso efectivo a los derechos. En la línea del constitucionalismo social, supone un Estado que actúa para hacer efectiva la igualdad en los hechos, y no solo que se abstiene de tratar desigualmente a las personas. Así pues, el Estado debe garantizar que cada persona tenga la oportunidad -y las condiciones sociales- de llevar adelante su plan de vida[3].

Puntualmente, los derechos que se tutelan en el fallo en comentario son el derecho de las mujeres de contar con igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y a no ser discriminadas por su condición de tales. Estos derechos, ineludiblemente emparentados, tienen una extensa protección en la legislación argentina y comprenden cualquier etapa de la relación laboral.

En este sentido, desde la doctrina se ha dicho que resulta una creencia fuertemente arraigada en la comunidad jurídica que la prohibición de efectuar discriminaciones segregacionistas en el ámbito de un vínculo laboral circunscribe su manto de tutela solo a la extensión del contrato de trabajo, excluyendo de tal modo las etapas previas y posteriores a su efectiva vigencia. Dicho desacierto, empero, no se trata de una cuestión de escasa relevancia. La vulneración de la garantía de igualdad en instancias previas a la celebración del contrato, durante la selección de personal, se presentó históricamente como una de las plazas

[3] Hernández, Antonio M., *Derecho constitucional*, 1ª ed., Buenos Aires, Editorial La Ley, 2012, tomo I, pág. 607.

predilectas para la perpetración de estas conductas, posibilidad favorecida por la circunstancia de que, en dicho espectro, la libertad de contratar -y de escoger a quién contratar- recrudece su gravitación, pero también sus repercusiones. Por lo tanto, las limitaciones en el acceso al empleo libremente escogido, ya sea por medio de designaciones sexistas o por políticas de contratación destinadas a restringir deliberadamente la contratación de mujeres, constituyen una predilecta manifestación de la segregación profesional descripta[4].

De forma genérica, el derecho a la igualdad y a la no discriminación está reconocido en los artículos 16 y 75, inciso 22), de la Constitución Nacional, que incorpora los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Específicamente, la discriminación en razón del género está prohibida en los artículos 37 de la Constitución Nacional -igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios-; 75, inciso 23), de la Constitución Nacional -obligación de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, entre ellas, en particular, respecto de las mujeres-; 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -prohibición de discriminar por motivos de sexo-; 3 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales -obligación de asegurar a hombres y mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales-; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos -igualdad de derechos sin distinción de sexo-; en un todo la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y, finalmente, en el orden interno, la ley nacional 26485 sobre protección integral de la mujer, que refuerza la protección al derecho de las mujeres de vivir una vida sin violencias y sin discriminaciones, garantizando especialmente la igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres.

En concordancia con el contexto normativo detallado *supra* encontramos también el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la discriminación en el empleo, aprobado por la República Argentina en 1968, que califica como acto discriminatorio cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de sexo, entre otros, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; los artículos 17 y 81 de la ley nacional 20744 de contrato de trabajo sobre prohibición de hacer discriminaciones e igualdad de trato; el Convenio 156 de la OIT, que busca garantizar la igualdad efectiva de oportunidades y trato entre trabajadorxs con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen cubrir un empleo; y, por último, el flamante Convenio 190 de la OIT sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo aprobado por nuestro país en noviembre de 2020, en cuyo preámbulo se reconoce que la adopción de un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género y aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos, los estereotipos de género, es

[4] Hernández, Antonio M., *Derecho constitucional*, 1ª ed., Buenos Aires, Editorial La Ley, 2012, tomo I, pág. 607.

indispensable para acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

4. Algunos datos objetivos

Pese a la amplia protección del derecho humano a la igualdad y a la prohibición de realizar distinciones en razón del sexo, la realidad nos muestra que todavía existe un largo camino por recorrer para lograr que esas garantías sean un hecho y no solo derechos. Para visualizar el panorama actual en materia de género en el plano laboral resulta útil mencionar algunos datos objetivos: la tasa promedio de participación de las mujeres en el mercado laboral es de 49,2%, 21 puntos porcentuales más baja que la de los varones (71,2%)[5].

La brecha de ingresos totales entre varones y mujeres es del 29%. Esta brecha se agrava cuando se comparan asalariadxs informales, superando el 35,6% promedio de diferencia entre ingresos[6].

Las mujeres enfrentan mayores niveles de informalidad (36% versus 34,2%) y mayores niveles de desocupación (10,8% versus 8,9%) que los varones[7].

La mitad de las mujeres trabajadoras tiene una ocupación informal, en empleos precarizados y sin cobertura social. Casi un quinto de todas las mujeres ocupadas trabajan en hogares particulares como empleadas domésticas[8].

Entre la población sin ingresos propios en Argentina, el 32,3% son mujeres y el 10,4% son varones[9].

Si bien las mujeres representan la mitad de la población, su tasa de empleo sigue siendo más baja que la de los varones: 43,1% para las mujeres y 66,3% para los hombres, según datos de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) de 2017[10].

Las mujeres son quienes mayoritariamente entran y salen del espacio laboral en función de

[5] Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género, Ministerio de Economía, "Las brechas de género en Argentina. Estado de situación y desafíos", sobre la base de datos EPH-INDEC, 3.er trimestre 2019, en población urbana ocupada de 14 años y más. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_brechas_de_genero_en_la_argentina_0.pdf (fecha de consulta: 15/12/2020).

[6] Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género, Ministerio de Economía, "Las brechas de género en Argentina. Estado de situación y desafíos", sobre la base de datos EPH-INDEC, 3.er trimestre 2019, en población urbana ocupada de 14 años y más. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_brechas_de_genero_en_la_argentina_0.pdf (fecha de consulta: 15/12/2020).

[7] Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género, Ministerio de Economía, "Las brechas de género en Argentina. Estado de situación y desafíos", sobre la base de datos EPH-INDEC, 3.er trimestre 2019, en población urbana ocupada de 14 años y más. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_brechas_de_genero_en_la_argentina_0.pdf (fecha de consulta: 15/12/2020).

[8] Comisión Tripartita de Igualdad de Trato y Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral, dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, "Equidad de género en las políticas públicas", disponible en: http://trabajo.gob.ar/downloads/igualdad/100610_cuadernillo1.pdf (fecha de consulta: 15/12/2020).

[9] Comisión Tripartita de Igualdad de Trato y Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral, dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, "Equidad de género en las políticas públicas", disponible en: http://trabajo.gob.ar/downloads/igualdad/100610_cuadernillo1.pdf (fecha de consulta: 15/12/2020).

[10] Dirección de Equidad de Género e Igualdad de Oportunidades en el Trabajo, dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, "Las mujeres en el mundo del trabajo", disponible en: https://www.argentina.gob.ar/trabajo/igualdad/mercadodetrabajo (fecha de consulta: 15/12/2020).

la maternidad y otras actividades vinculadas con los cuidados familiares, debiendo permanentemente en función de ello adecuar, suspender o directamente abandonar sus carreras o empleos[11].

Sumado a ello, se observan en la sociedad fenómenos de segregación horizontal y vertical.

La segregación horizontal o "paredes de cristal" se refiere a las barreras de participación de mujeres en determinados empleos. Al respecto, si sumamos las trabajadoras del servicio doméstico, la enseñanza y la salud, encontramos que 4 de cada 10 mujeres ocupadas se insertan en trabajos relacionados con tareas del hogar y de cuidados. Los varones, en cambio, son mayoría en sectores asociados a la industria, la construcción y la energía. Estas paredes de cristal no aparecen solo en contextos urbanos. En el Censo Nacional Agropecuario realizado por el INDEC en el año 2018 se relevaron 223.292 productores, socios y socias: aunque el porcentaje viene en ascenso, solo el 21% son mujeres[12].

La segregación vertical o "techo de cristal" hace referencia a la dificultad de las mujeres para acceder a puestos jerárquicos y de mayor responsabilidad y remuneración. A propósito, los varones constituyen el 57% del total de los ocupados. De ellos, el 8,5% tiene puestos de jefatura o dirección, mientras que este porcentaje en mujeres es del 4,7%[13]. Aun cuando las mujeres acceden a puestos jerárquicos, en general, se trata de gerencias con menores remuneraciones, como, por ejemplo, las de administración o recursos humanos, a diferencia de los varones que suelen ocupar las gerencias financieras, de ventas o productivas, mejor remuneradas[14]. En la misma dirección, se advierte que en nuestro país solo el 10% de las mujeres ocupa un lugar en el directorio de las empresas[15].

Muchos de los aspectos que constituyen las diferentes brechas de género (tasas de participación, diferencias salariales, segregación horizontal o vertical, etc.) están condicionados por la división sexual del trabajo, la escisión de las esferas pública y privada, el trabajo remunerado y el trabajo doméstico no remunerado, y los roles que se espera que representen varones y mujeres[16].

---

[11] Comisión Tripartita de Igualdad de Trato y Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral, dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, "Equidad de género en las políticas públicas", disponible en: http://trabajo.gob.ar/downloads/igualdad/100610_cuadernillo1.pdf (fecha de consulta: 15/12/2020).

[12] Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género, Ministerio de Economía, "Las brechas de género en Argentina. Estado de situación y desafíos", sobre la base de datos EPH-INDEC, 3.er trimestre 2019, en población urbana ocupada de 14 años y más. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_brechas_de_genero_en_la_argentina_0.pdf (fecha de consulta: 15/12/2020).

[13] Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género, Ministerio de Economía, "Las brechas de género en Argentina. Estado de situación y desafíos", sobre la base de datos EPH-INDEC, 3.er trimestre 2019, en población urbana ocupada de 14 años y más. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_brechas_de_genero_en_la_argentina_0.pdf (fecha de consulta: 15/12/2020).

[14] Dirección de Equidad de Género e Igualdad de Oportunidades en el Trabajo, dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, "Las mujeres en el mundo del trabajo", disponible en: https://www.argentina.gob.ar/trabajo/igualdad/mercadodetrabajo (fecha de consulta: 15/12/2020).

[15] Infonegocios, "Vaso medio lleno: mejora la presencia de mujeres en los directorios (medio vacío: solo son 10%)", 17/10/2019, disponible en: https://infonegocios.info/que-esta-pasando/vaso-medio-lleno-mejora-la-presencia-de-mujeres-en-los-directorios-medio-vacio-solo-son-10 (fecha de consulta: 15/12/2020).

[16] Dirección de Equidad de Género e Igualdad de Oportunidades en el Trabajo, dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, "Las mujeres en el mundo del trabajo", disponible en: https://www.argentina.gob.ar/trabajo/igualdad/mercadodetrabajo (fecha de consulta: 15/12/2020).

Es decir, las estadísticas no son aisladas y tienen estrecha vinculación con la división social de las tareas llamadas comúnmente reproductivas o domésticas -cuidado de niñxs, adultxs mayores, enfermxs, limpieza de la casa, cocción de alimentos, aseo de ropa, compras para el hogar, etc.-. Lejos de estar circunscriptas al ámbito del hogar, las tareas de cuidado son pilares del funcionamiento social y recaen mayormente en las mujeres; según la Encuesta sobre Trabajo No Remunerado y Uso del Tiempo (EAHU-INDEC, 2013), ellas realizan el 76% de las tareas domésticas no remuneradas. Esta carga extra de responsabilidad -física y mental- tiene diferentes impactos a lo largo de su vida: en sus posibilidades de estudiar, de trabajar por un salario y percibir la misma remuneración que sus pares varones, desarrollarse en su carrera, obtener puestos jerárquicos, así como también en sus probabilidades de ser pobre o salir de la pobreza[17].

Es importante remarcar que este modelo que perpetúa y profundiza las desigualdades de género es el resultado de una construcción cultural y, por lo tanto, es susceptible de ser transformado.

5. Categorías sospechosas y medidas positivas

El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación no solo de abstenerse de introducir y eliminar de su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, sino también de combatir activamente las prácticas y comportamientos de ese carácter[18]. Ello así porque la discriminación no solo se produce cuando existen normas o políticas que excluyen a un determinado grupo, sino también por comportamientos que puedan tener efectos discriminatorios.

En principio, solo es discriminatoria una distinción de trato cuando esta carece de justificación objetiva y razonable[19]. Sin embargo, cuando las diferencias de trato están basadas en categorías "específicamente prohibidas" o "sospechosas" -como el género, la identidad racial, la pertenencia religiosa o el origen social o nacional- corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez en la diferencia de trato.

De esta forma, los artículos 37 y 35, inciso 23), de la Constitución Nacional prevén la posibilidad de recurrir a acciones positivas destinadas a garantizar la igualdad real. Este principio exige atender a la situación que se vive en los hechos para poder lograr una verdadera situación de igualdad. A partir de estas normas, incorporadas en la reforma de 1994, alcanzar la igualdad fáctica se convierte en un fin constitucionalmente legítimo. Las acciones

[17] Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género, Ministerio de Economía, "Las brechas de género en Argentina. Estado de situación y desafíos", sobre la base de datos EPH-INDEC, 3.er trimestre 2019, en población urbana ocupada de 14 años y más. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_brechas_de_genero_en_la_argentina_0.pdf (fecha de consulta: 15/12/2020).

[18] Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, 17/9/2003, párr. 88.

[19] Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, 17/9/2003, párr. 89.

positivas son medidas que introducen un trato más favorable a grupos que han sido o son históricamente postergados o discriminados, con la finalidad de permitirles alcanzar una situación de igualdad en los hechos. Estas acciones forman parte de lo que se denomina "discriminación inversa", es decir, la introducción de un trato diferenciado que intenta revertir discriminaciones anteriores[20].

Cabe señalar que lo que caracteriza las mencionadas acciones positivas es su finalidad promotora de igualdad real. Como señalé *supra*, estas medidas de discriminación inversa también están avaladas en el orden convencional a fin de que exista una igualdad de **facto** entre el hombre y la mujer. Estas medidas deben tener carácter temporal hasta que se logre el objetivo de la igualdad.

A modo de ejemplo, puede mencionarse como medida de discriminación positiva la ley nacional 24012 de cupo femenino, del año 1991, que incorporó en el artículo 60 del Código Electoral Nacional que las listas que presentaran los partidos debían tener mujeres en un mínimo de un 30% de lxs candidatxs de los cargos a elegir en proporciones con posibilidad de resultar electas, bajo apercibimiento de no ser oficializadas. A tono con los derechos políticos de las mujeres, encontramos también como medida de acción positiva la ley nacional 27412, de 2017, que dispone la paridad de géneros en la conformación de las listas de candidatxs de modo tal que no haya dos personas continuas del mismo género en una misma lista. Y finalmente, la ley nacional 25674, de 2002, conocida como "ley de cupo sindical femenino", que regula la integración de mujeres en cargos electivos y representativos de las asociaciones sindicales y fija los porcentajes de dicha representación.

Pues bien, las medidas de acción positiva no solo están en cabeza del Poder Legislativo sino que también pueden provenir del Ejecutivo. Destaco la reciente resolución general (IGJ) 34/2020 que dispone que las asociaciones civiles, las simples asociaciones, ciertas sociedades anónimas, fundaciones y las sociedades del Estado deberán incluir en su órgano de administración y fiscalización una composición que respete la diversidad de género. En caso de que la composición sea impar deberá respetarse un mínimo de 1/3 de mujeres[21]. En igual sentido, este año la Secretaría General de la Presidencia elaboró un protocolo que establece la participación de mujeres y de población LGBTI+ en un mínimo de un 33% en las audiencias presidenciales cuando lxs asistentes superen las cuatro personas. Ambas medidas se encuadran como medidas de acción positiva tendientes a eliminar las discriminaciones en razón del género.

A su vez, las medidas positivas pueden ser implementadas a través de la actividad jurisdiccional para un caso en particular -como, por ejemplo, en el fallo aquí comentado- en tanto es responsabilidad de todo el Estado argentino combatir activamente las prácticas y

[20] Hernández, Antonio M., *Derecho constitucional*, 1ª ed., Buenos Aires, Editorial La Ley, 2012, tomo I, pág. 616.

[21] Rige para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y no alcanza a las sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas no encuadradas en el artículo 299 de la ley general de sociedades, sociedades anónimas que hagan oferta pública, sociedades anónimas cuyo capital sea mayor a $ 50 millones, ni a las sociedades anónimas unipersonales.

comportamientos discriminatorios y no exclusivamente del sector que tiene a su cargo la política legislativa.

6. Antecedentes jurisprudenciales vinculados

En el marco y con apoyo en la normativa antes mencionada, encontramos algunos precedentes jurisprudenciales que merecen ser traídos a colación por la indudable conexión con la sentencia en comentario y los derechos que mediante esta se reconocen y protegen. Uno de ellos es el emblemático caso de la señora Sisnero[22], a quien se le negaba la posibilidad de acceder al empleo de chofer de colectivo en la Ciudad de Salta. En el caso, la señora Sisnero y la Fundación Entre Mujeres presentaron una acción de amparo colectivo contra la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA), sus siete empresas de colectivo operadoras, y la Autoridad Metropolitana de Transporte. Las actoras solicitaron: (i) el cese de la discriminación por razones de género, (ii) la incorporación de Mirtha Sisnero como chofer de colectivo, y (iii) el establecimiento de un cupo de puestos para ser cubiertos exclusivamente por mujeres, hasta que la distribución total refleje una equitativa integración de los géneros en el plantel de choferes de las empresas operadoras de SAETA.

Mirtha Sisnero había completado los trámites reglamentarios exigidos para trabajar como chofer de colectivo, y desde hacía más de cinco años intentaba, activa pero infructuosamente, ser contratada para desempeñarse en esa tarea. El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), que, en concordancia con la procuradora general, sostuvo que efectivamente en el *sub judice* se había configurado una conducta discriminatoria hacia la señora Sisnero por parte de los demandados.

El razonamiento de la CSJN fue el siguiente: cuando una persona -como Mirtha Sisnero- solicita ser empleada en una posición laboral cuyo mercado se encuentra absolutamente segregado sobre la base de una categoría sospechosa a la que ella pertenece, su derecho constitucional a la igualdad hace pesar sobre la decisión de no contratarla una presunción de invalidez que debe ser desvirtuada por el empleador. Para desvirtuar esa presunción las empresas demandadas deberían haber acreditado que la exclusión de la señora Sisnero respondía a un fin legítimo y que la diferencia de trato en perjuicio de la actora era el medio menos restrictivo para alcanzarlo. La CSJN estimó que las empresas demandadas no revirtieron esa presunción, en efecto, el comportamiento de estas consistió en ignorar sistemáticamente la postulación de la señora Sisnero, quien ni siquiera fue convocada a una entrevista para competir por los puestos en los que, finalmente, contrataron a hombres.

En otro orden y con similar plataforma fáctica, menciono el caso resuelto el 11/10/2018 por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el cual la señora Borda[23] reclamó la protección del derecho a obtener trabajo como chofer de las líneas de colectivo del área

[22] Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Tadelva SRL y otros s/amparo", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/5/2014.

[23] Borda, Érica c/Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación) y otros s/acción de amparo", Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, 11/10/2018, cita *online*: AR/JUR/48755/2018.

metropolitana y que las empresas readecuaran sus políticas de selección, contratación y selección de personal, de forma tal que cesaran con las prácticas discriminatorias hacia las mujeres.

La Cámara, citando a Saba[24], argumenta que la afirmación de la demandada, en cuanto a que los varones son los que conducen los colectivos de corta distancia porque son casi los únicos que se postulan para desempeñar esa tarea, es, sin duda, significativa, porque deja traslucir la exclusión de hecho de las mujeres en el mercado laboral, específicamente, como choferes de colectivos, lo cual exige efectuar una lectura estructural de la igualdad -concebida como no sometimiento- que entiende que "... el objetivo que la igualdad ante la ley persigue es el de evitar la constitución de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados en una sociedad (...) A diferencia de la noción de no discriminación (entendida como trato no arbitrario fundado sobre prejuicios), la versión de la igualdad como no sometimiento refiere a un trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginal (la casta o *underclass*)".

En esa línea argumentativa, la Cámara toma lo esbozado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que considera que una concepción más amplia del principio de no discriminación se vincula con la idea de terminar con la subordinación de las mujeres como grupo. Esta concepción condena las prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados, como es el caso de las mujeres. Advierte que, al igual que ocurrió en el precedente "Sisnero", el comportamiento de las empresas, en cuanto contribuye a mantener un mercado laboral sesgado por un estereotipo de género, proyecta consecuencias disvaliosas, cuya reparación requiere la adopción de otras medidas tendientes a revertir el efecto discriminatorio verificado en la política de contratación de choferes.

Así las cosas, la Cámara ordena a las demandadas cesar con la discriminación por razón de género, lo cual deberá efectivizarse mediante las medidas de acción positiva que implican una obligación para las empresas demandadas de alcanzar un cupo del 30% de personal femenino en su planta de choferes.

En cuanto a derecho comparado, reseño un caso del año 2017 del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria, España, en donde un hombre y una mujer competían por un puesto de ingenierx en una empresa. Ambxs eran idóneos para el puesto, pero la empresa optó por contratar al hombre. Ante ello, la mujer formuló un reclamo judicial y, a su turno, el mencionado Tribunal consideró que, para evitar la discriminación indirecta y llegar a alcanzar una igualdad material -no solo formal-, era necesario aplicar acciones positivas para promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo. Asimismo, el Tribunal afirmó que la jurisprudencia europea avala que, en un proceso de

[24] La cita en el fallo es la siguiente: Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?*, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2016, págs. 58 y 63.

selección, se conceda preferencia al sexo *infra* representado frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes (TJUE, 6 de julio de 2000)[25]. Por lo tanto, la sentencia estableció que, existiendo igualdad de méritos y capacidades entre la actora y el trabajador finalmente seleccionado, procedía aplicar la acción positiva prevista en el convenio de empresa en relación con la normativa nacional e internacional, adjudicándose el puesto a la demandante[26].

7. Conclusión

Pese al avance en el rol que ocupan las mujeres en la sociedad, la realidad nos indica que estas aún conforman una categoría sospechosa que requiere que lxs magistradxs estudien los casos en donde se encuentran en juego sus derechos con una obligada perspectiva de género.

Las decisiones judiciales o herramientas de política pública que fueron pensadas durante mucho tiempo como neutrales respecto al género son, en realidad, ciegas a los efectos de género que producen. De ese modo, la desigualdad tiende a reproducirse y a reforzarse: cuando no existe una decisión política y se da lugar a la inercia, las brechas de género e inequidades, en general, tienden a expandirse[27]. Por eso, más allá de las políticas públicas que puedan orientarse a fin de paliar la mencionada desigualdad y el necesario enfoque transversal de aquellas, es necesario que lxs magistradxs resuelvan desde una insoslayable mirada de género al analizar el conflicto.

Acertadamente, Medina refiere que juzgar con perspectiva de género implica conocer la influencia de los patrones socioculturales en la violencia contra la mujer. Así, para lograr juzgar de ese modo, se requiere reconocer que existen patrones que promueven y sostienen la desigualdad de género y que es necesario conocerlos y aceptar su existencia al momento de decidir. Enfatiza la autora que hay que analizar la realidad sobre la base de la existencia de condiciones históricas de desigualdad entre hombres y mujeres. Por ello, es muy importante que quien se encuentre en la posición de juzgar comprenda que no es posible tener una mirada "neutral" a la hora de valorar los hechos y las conductas. Concluye la referida jurista que o se tiene una mirada basada en una perspectiva de género o invariablemente se juzgará con una mirada patriarcal y estereotipada, que ha sido la posición dominante en nuestra cultura y entonces la situación de vulnerabilidad y dominación de las mujeres no tendrá fin[28].

Si bien, afortunadamente, las conductas sociales van mutando, como así también el rol de la mujer en el trabajo y en la familia, lo cierto es que las mujeres continúan luchando contra

[25] Sentencia disponible en: https://cuadernosdederechoparaingenieros.com/wp-content/uploads/11_STJCE6juliode-2000AbrahamssonAnderson.pdf (fecha de consulta: 15/12/2020).

[26] Información extraída de https://elderecho.com/promocion-de-la-igualdad-en-la-empresa-preferencia-de-la-mujer-para-un-puesto-de-ingeniero.

[27] Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género, Ministerio de Economía, "Las brechas de género en Argentina. Estado de situación y desafíos", sobre la base de datos EPH-INDEC, 3.er trimestre 2019, en población urbana ocupada de 14 años y más. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_brechas_de_genero_en_la_argentina_0.pdf (fecha de consulta: 15/12/2020).

[28] Medina, Graciela, "Juzgar con perspectiva de género. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?", publicado en SJA, 9/3/2016, cita *online*: AR/DOC/4155/2016.

determinados preconceptos, estereotipos y roles impuestos para hacerse un lugar en el mercado laboral. Por ello, frente a conductas o prácticas discriminatorias, ningún representante del Estado debería quedarse de brazos cruzados o realizar interpretaciones que relativicen o minimicen esas conductas para justificar un avasallamiento en los derechos humanos fundamentales de este colectivo.

Es tiempo de que la justicia también contribuya a derribar patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y que ayude a hacer realidad el derecho de las mujeres de vivir una vida con igualdad de trato y de oportunidades, no solo en el ámbito laboral sino también en todos los aspectos de la vida.

Link al fallo

(Re)construyendo sentidos acerca de la reparación integral. Análisis de los estándares de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

POR CLAUDIA E. PORTILLO[1] Y JULIETA E. CANO[2]

1. Lo que la Suprema Corte dijo del caso

El Tribunal en lo Criminal Nº 2 del departamento judicial de Mar del Plata condenó a Mario Alfredo Moreno a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por resultar autor responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo, en los términos del artículo 80, inciso 1), del Código Penal, sentencia que es recurrida por ante el Tribunal de Casación Penal, Sala V -causa 78.405-, y luego ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires mediante un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. En este se sostuvo la errónea aplicación del artículo 80, inciso 1), del Código Penal en lo que refiere al elemento típico "relación de pareja" y, subsidiariamente, la inconstitucionalidad de dicha norma. Con fecha del 11 de noviembre de 2020, la Suprema Corte de Justicia, en el marco de la causa P 132.429[3], rechaza el recurso impetrado.

Como surge del *racconto* efectuado en la sentencia, el órgano de origen consideró acreditada la relación de pareja entre Moreno y la víctima, mientras que el acusado sostuvo que nunca lo fueron, echando mano de argumentaciones de diverso tenor, entre ellas, que la relación que los unía era una "puesta en escena sobre que eran pareja a los fines de que el padre no la echara de la casa". A su turno, el Tribunal de Casación Penal compartió lo sostenido por el *a quo*, descartó la aplicación de los postulados del artículo 509 del Código Civil y Comercial (en adelante, "CCC") en cuanto a los requisitos que hacen a la configuración de una unión convivencial y estableció que la "relación de pareja, mediare o no convivencia" [artículo 80, inciso 1), Código Penal], se trata de una cuestión de hecho, a diferencia de lo propuesto por el recurrente". Por su parte, en cuanto al cuestionamiento sobre la validez constitucional del artículo 80, inciso 1), del Código Penal, concluyó que el tipo penal analizado no generaba menoscabo a garantía constitucional alguna.

En tal contexto, la Suprema Corte de Justicia desestima íntegramente el recurso impetrado,

[1] Abogada. Magíster en Relaciones Internacionales (UNLP), especialista en Derecho de Familia (UCALP). Prosecretaria de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Profesora titular de Derecho Internacional Público de la UCALP. Autora de artículos de la temática.

[2] Abogada (FCJyS, UNLP). Doctora en Ciencias Sociales (FaHCE, UNLP). Magíster en Derecho (UP). Magíster en Estudios Interdisciplinares de Género (Universidad de Salamanca). Magíster en Investigación aplicada en estudios feministas, de género y ciudadanía (Universidad Jaime I). Docente investigadora (UNLP - IUPFA). Asesora del Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual, Provincia de Buenos Aires.

[3] Texto completo en: www.scba.gov.ar/jurisprudencia.

aplicando para ello la doctrina de las causas P 128.437, sentencia del 8/8/2018; P 131.282, sentencia del 24/4/2019, y P 132.456, sentencia del 20/7/2020, donde se delimitó la expresión "relación de pareja" y ratificó que la pretendida remisión al artículo 509 del CCC regulatorio de las uniones convivenciales "no parece una hermenéutica sostenible". Echa mano para ello de los fundamentos de la ley 26791 -Boletín Oficial del 14 de diciembre de 2012-, modificatoria del artículo 80, inciso 1), del Código Penal y, así, sobre la base de las probanzas colectadas, concluye que al femicida y a la víctima los unía un noviazgo, relación que era pública, permanente en el tiempo y con cierto grado de intimidad, dando lugar a una confianza especial, que, justamente, genera "expectativas y confianza, a su vez, causan que las prevenciones que se tomarían con una persona desconocida desaparezcan" (del voto del Dr. Torres).

2. Lo que la Suprema Corte dijo "más allá"

Habiendo dado respuesta a los agravios esgrimidos, el Tribunal va más allá y afirma categóricamente que "aunque no sean únicamente las mujeres las víctimas posibles en las figuras del artículo 80, inciso 1), del Código Penal, lo cierto es que este tipo incluye el conocido como femicidio íntimo" y agrega que, si bien la decisión del Tribunal en lo Criminal de no subsumir el hecho en el inciso 11) del artículo 80 del Código Penal no fue materia de agravio, adquiriendo firmeza, considera "insoslayable efectuar las siguientes observaciones referidas al elemento de la violencia de género en esta clase de hechos que perfilan su costado estructural en el que las mujeres están sistemáticamente sometidas y las implicancias incluso simbólicas de excluir el encuadre en el inciso 11)" (del voto del Dr. De Lázzari).

Es aquí donde el fallo marca la diferencia, desarrollando una "amplificación argumentativa" o, dicho de otro modo, argumentaciones que indican con tinte proyectivo y pedagógico que, al circunscribir el caso a las previsiones del artículo 80, inciso 1), se invisibilizó el componente de violencia de género, con todas las consecuencias que ello conlleva, a las que luego nos abocaremos.

Es que, como se sabe, "en el ámbito de la argumentación jurisdiccional es dable distinguir entre los argumentos dirimentes, esto es, los que por sí solos definen y sostienen la solución del caso, y que conforman el *holding* o *ratio decidendi*; y otros que no son dirimentes, y que suelen ser categorizados como *obiter dicta*"[4]. Esta expresión latina, traducida al español como "dicho de paso", toma en este caso especial envergadura, tanto en lo simbólico como en lo material, ello por la jerarquía del órgano que dicta el fallo y por la fuerza persuasiva que ello supone. Y porque es creadora de realidad: permitiendo a hijos e hijas de la mujer víctima de femicidio acceder a una reparación estatal a la que no hubieran podido acceder de no existir esta especial consideración.

El caso se resuelve desde un enfoque de derechos humanos y, particularmente, con

[4] Cucatto, Mariana; Sosa, Toribio Enrique, "*Obiter dictum* y argumentación proyectiva en el precedente 'Einaudi' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Cuadernos de la Alfal, Nº 10, mayo/2018, págs. 259-271.

perspectiva de géneros[5] y de infancia, ambas de raigambre constitucional desde el año 1994, merced a lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22), de la Constitución Nacional.

Se pone el acento aquí en las obligaciones del Estado y el deber de actuar con debida diligencia reforzada[6], que impone realizar -incluso de oficio- un exhaustivo control de constitucionalidad y convencionalidad[7], a la luz de los estándares internacionales que rigen en la temática, lo que sin duda impulsó al Tribunal a revisar, reinterpretar y resignificar las normas y, por sobre todo, las prácticas judiciales apreciadas en los actuados, con la finalidad de evaluar su ajuste al objetivo de la igualdad entre los géneros.

3. La construcción de los argumentos

La violencia en razón del género[8] es un tipo de violencia dirigida contra la mujer por el solo hecho de serlo, o que la afecta en forma desproporcionada, ello sin perjuicio del sexo asignado al nacer, incluyendo entonces al colectivo LGTBI+, esto es, a todas las personas de identidad o expresión de género femenino o cuerpos feminizados[9]. Está sostenida en una relación desigual de poder y es una forma más de discriminación que obstruye el goce y ejercicio de los derechos y libertades de las mujeres, siendo a las claras una violación a los derechos humanos, que debe -además de ser analizada en cada caso individual- no perder de vista la dimensión estructural.

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, "CEDAW") del año 1979[10]; la recomendación general Nº 19 del Comité CEDAW, del año

[5] Morello, María S.; Portillo, Claudia, "Juzgar con perspectiva de género. El caso particular de los alimentos en el marco del Código Civil y Comercial", RDF, Nº 71, septiembre/2015, pág. 183 y ss.

[6] Ver, al respecto, García Muñoz, Soledad, "La obligación de la debida diligencia estatal: una herramienta para la acción por los derechos humanos de las mujeres", Separata Aiar, Nº 1, Sección Argentina de Amnistía Internacional, Argentina, agosto/2004; Abramovich, Víctor, "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso 'Campo Algodonero' en la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/11491/11852.

[7] Ver, al respecto, Corte IDH, "Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 7 -control de convencionalidad-", Costa Rica, 2015. Este concepto surgió del voto del juez Sergio García Ramírez en el caso "Myrna Mack y Tibi" y, más adelante, la Corte IDH lo precisa en el caso "Almonacid Arellano vs. Chile", del 26 de septiembre de 2006.

[8] Si bien esta distinción no es tan terminante en la actualidad como lo era para el feminismo de antaño (principalmente a partir de los aportes de Judith Butler), en principio el **sexo** hace a las diferencias biológicas (sexo cromosómico, gonádico, genital, hormonal, anatómico, fisiológico y neurohormonal) entre varones y mujeres y sus características fisiológicas, en tanto que el **género** hace a la significación social que se hace de estos elementos, variando según el tiempo y la cultura, refiriendo a la construcción social de las relaciones entre varones y mujeres aprendidas mediante el proceso de socialización, por lo que lo que se considera femenino o masculino no está dado por la naturaleza sino adquirido por el aprendizaje en un proceso bidireccional. Dice al respecto Butler, en *El género en disputa*, que "es imposible separar el 'género' de las intersecciones políticas y culturales en las que constantemente se produce y mantiene" (Butler, Judith, *El género en disputa*, 2ª ed., Argentina, Paidós, pág. 49).

[9] La Corte IDH en el caso "Ríos y Otros vs. Venezuela", párrafo 279, ha aclarado que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará. Ver también Di Corleto, Julieta, "La construcción legal de la violencia contra las mujeres", en Di Corleto, Julieta (comp.), *Justicia, género y violencia*, Buenos Aires, Libraria, 2010; Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, *Autonomía y feminismos S. XXI. Escritos en homenaje a Haydée Birgin*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2012; Gherardi, Natalia, "Violencia contra las mujeres: protección e igualdad. ¿Una relación incómoda?", Ed. Thomson Reuters, cita *online*: AR/DOC/7128/2012; "Juzgar con perspectiva de género: estrategias para avanzar en el acceso a la justicia" en Moreno, Aluminé; Bergallo, Paola (coords.), *Hacia políticas judiciales de género*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2ª parte, 2017; Segato, Rita, *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Ciudad de Buenos Aires, Prometeo, 2010.

[10] Este instrumento surge del proceso de especialización y especificación de los derechos humanos, con lo cual, las mujeres, además de ser titulares de los derechos humanos generales reconocidos por su condición de persona (universales, indivisibles, inalienables,

1992, que incluyó la violencia contra la mujer como una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades, su actualización Nº 35, de 2017, y la Nº 33 de Acceso a la Justicia y, en el ámbito americano, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante, "Belém do Pará"), del año 1994, ofrecieron a nuestro país un piso desde donde pensar y abordar las violencias de género, que se condensó con la sanción, en el año 2009, de la ley 26485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar las violencias contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales[11].

Conforme lo esclarece la Convención de Belém do Pará, la violencia contra la mujer es "cualquier acción o conducta, basada en su género, que causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado"[12], adquiriendo formas múltiples, interrelacionadas y recurrentes resultantes del patriarcado, y presentándose en distintos ámbitos, modalidades e intensidades. Claramente, el femicidio[13] es la forma más extrema de violencia, pudiendo diferenciar entre el íntimo, no íntimo y por conexión.

En el caso que nos ocupa, los hechos determinan la existencia de un femicidio íntimo sostenido en el vínculo afectivo y de pareja, dando cuenta de violencia de género en su modalidad doméstica. En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH"), en el caso "Gutiérrez Hernández y Otros vs. Guatemala"[14], dijo en la nota al pie 193 que "este tipo de violencia se ha conocido como 'doméstica', 'intrafamiliar' o 'interpersonal'; violencia que ocurre 'dentro de la pareja', 'en el hogar', 'en la familia' o 'en la unidad familiar', o violencia cometida por 'miembros del núcleo familiar'", entre otros. La Corte advierte que, a fin de ser compatible con los artículos 7.b y 7.c de la Convención de Belém do Pará, las legislaciones nacionales deben ser capaces de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres cuando dicha violencia es perpetrada por personas con quienes: i) estén o hayan estado casadas o vinculadas legalmente; ii) están o hayan estado comprometidas en matrimonio; iii) han cohabitado o son actualmente cohabitantes; iv) viven o han convivido, sin necesidad de estar vinculados sentimental o legalmente; v) tienen o hayan

irrenunciables, interdependientes y articulados entre sí), lo son de un plus por el hecho de ser mujeres o niñas. Estas normas están contextualizadas por eventos internacionales tales como la Conferencia de la Mujer de México del año 1975, la de Nairobi del año 1985, la de Beijing del año 1995 y la de Derechos Humanos de Viena de 1993.

[11] La ley 26485, con las modificaciones de las leyes 27501 y 27533, en su artículo 5, enuncia que los tipos de violencia pueden ser física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, simbólica y política; agregando en su artículo 6 que todos esos tipos pueden presentarse en diversas modalidades, esto es, doméstica, institucional, laboral, contra la libertad reproductiva, obstétrica, mediática, pública-política y en el espacio público, avanzando más allá de lo prescripto por Belém do Pará.

[12] Agrega además que, tal como surge de la recomendación general Nº 35 del Comité CEDAW, en su párrafo 19, "el Comité considera que la violencia por razón de género contra la mujer está arraigada en factores relacionados con el género, como la ideología del derecho y el privilegio de los hombres respecto de las mujeres, las normas sociales relativas a la masculinidad y la necesidad de afirmar el control o el poder masculinos, imponer los papeles asignados a cada género o evitar, desalentar o castigar lo que se considera un comportamiento inaceptable de las mujeres. Esos factores también contribuyen a la aceptación social explícita o implícita de la violencia por razón de género contra la mujer, que a menudo aún se considera un asunto privado, y a la impunidad generalizada a ese respecto".

[13] Conf., Puleo, Alicia, "Patriarcado" en Celia Amorós (dir.), *10 palabras clave sobre mujer*, Navarra, Verbo Divino, 1995.

[14] Sentencia del 24 de agosto de 2017 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

tenido una relación de naturaleza sentimental o sexual, sin necesidad de que estén o hayan estado vinculados legalmente; vi) tengan o vayan a tener un hijo o hija; vii) son parientes o familiares; viii) hayan mantenido una relación de intimidad, noviazgo, amistad o compañerismo; y/o ix) cuando la mujer es o haya sido contratada como trabajadora doméstica. También deben ser capaces de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres perpetrada por personas quienes pretendan o pretendían, en forma reiterada o continua, infructuosamente, establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la presunta víctima. Esta lista no es taxativa.

Sin embargo, el entendimiento de un hecho como violencia por razones de género va más allá de conocer la normativa aplicable al caso. Los feminismos jurídicos vienen sosteniendo que es necesario incorporar categorías que la teoría feminista ha construido en la academia desde la década de los años 70, para poder darle contenido a la letra de la ley[15]. El Superior Tribunal bonaerense construye sus fundamentos precisamente apelando a bibliografía especializada producida por teóricas del feminismo local[16], para justificar la existencia de un femicidio íntimo en "virtud del noviazgo -relación de pareja- existente entre ambos durante un lapso aproximado de un año que había finalizado el mes anterior al del crimen" (del voto del Dr. De Lázzari).

Como surge del fallo en análisis, la nota distintiva que determina la modalidad de violencia en la pareja se enmarca en el trato diario e íntimo, el conocimiento previo de los implicados/as y la existencia o preexistencia de cariño, amor, intimidad sexual, incluyendo entre ellos a quienes pretendan perpetuar una relación que ya no es tal, como así también a quienes intentan entablar una relación afectiva con quienes no la tienen. Además, un componente esencial de este tipo de vínculos es la expectativa respecto del trato recíproco: en un vínculo de pareja se "baja la guardia" (ver voto del Dr. Torres). Sin embargo, es importante resaltar que los mitos del amor romántico que se construyen en torno a las relaciones heterosexuales (y que las constituyen) pueden ser considerados como factores de riesgo[17], explicando las estadísticas que señalan que el 92% de los agresores contra las mujeres son sus parejas o exparejas[18].

Por último, la reflexión acerca de cómo el derecho se presenta neutral, pero afecta de manera diferencial a mujeres, varones y LGTBI+, se pone de relieve cuando uno de los magistrados afirma: "Aunque la redacción del artículo 80, inciso 1), es neutral en términos de género, la incorporación de las relaciones de pareja vigentes o finalizadas se dio en el marco de una ley que buscó abarcar diversos contextos en que se producen femicidios y que los legisladores tuvieron especialmente en cuenta que las mujeres son las principales víctimas de

[15] Conf. Hunter, Rosemary; Mcglynn, Clare; Rackley, Erika, *Feminist Judgements. From Theory to Practice*, Oregon, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2010.

[16] Entre ellas: Haydée Birgin, Beatriz Kohen, Marcela Rodríguez, Romina Pzellinsky, María Luisa Piqué, entre otras teóricas del ámbito internacional que también se definen como feministas.

[17] Conf. Galletti, Hilda G, "Violencia contra la mujer en la pareja y acceso a la justicia. Mitos románticos como factor de riesgo" en Colanzi, Irma; Femenías, María Luisa; Seoane, Viviana (comps.), *Los ríos subterráneos Volumen V. Violencia contra las mujeres. La subversión de los discursos*, Rosario, Prohistoria Ediciones, 2016.

[18] Conf. Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual Provincia de Buenos Aires, "Análisis sobre los intentos de femicidios identificados en la línea 144 PBA", 2020.

los homicidios consumados en el seno de las parejas o exparejas" (del voto del Dr. Torres).

4. La dimensión simbólica y material de la reparación

Las obligaciones asumidas por el Estado han sido elucidadas y desarrolladas por diversos fallos e informes que coadyuvaron a la fijación de distintos estándares[19], que sirven de guía para cumplirlas.

Nos detendremos aquí en dos de esas obligaciones: a) visibilizar y arbitrar las medidas tendientes a erradicar los patrones socioculturales que sostienen este tipo de violencia[20]; y b) la obligación de instaurar mecanismos adecuados de reparación.

a) La dimensión simbólica

El fallo analizado visibiliza la situación de violencia por razones de género que no había sido suficientemente abordada en instancias inferiores, destacando que no fueron evaluados indicadores[21] configurativos de las violencias en razón del género, como, por ejemplo, la reciente ruptura de la relación de noviazgo, indicios sobre actos de violencia previa y el valor simbólico del modo y los medios empleados para ejecutar el femicidio, que denotaron un especial ensañamiento con el cuerpo de esa mujer[22] (ahorcamiento con una soga, golpe con un palo e incendio de su cuerpo).

Agrega que el acto de invisibilizar esa violencia tiene consecuencias estructurales, afirma que al ser tipificado como lo que fue -un femicidio- permite su inclusión en el Registro Penal de Violencia Familiar y Género de la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires [conf. artículo 8, inciso "h", Convención de Belém do Pará, artículo 18 de la ley 12569 y resoluciones (PG) 801/16 y 805/16], registración que también hace a la debida diligencia, permitiendo no solo visibilizar, sino también proporcionar un insumo de singular valor al momento de diseñar

[19] Ver, al respecto, Fernández Valle, Mariano, "Aproximaciones a las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana", Revista Argentina de Teoría Jurídica, volumen 17, Buenos Aires, Universidad Di Tella, 2017; Tojo, Liliana, "Sumarios de jurisprudencia/violencia de género", 2ª ed., Center for Justice and Internacional Law-CEJIL, 2011. Ver, también, Corte IDH, "Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 4 -género-", Costa Rica; CIDH, "Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres", CIDH-OEA, 2015.

[20] Ver, CEDAW, en sus artículos 2 y 5, inciso a), recomendación general Nº 19, párrafo 24, puntos i), t); recomendación general Nº 35, en su párrafo 22, Convención de Belém do Pará, artículos 7 y 8.

[21] Cabe poner de resalto que la Suprema Corte de Buenos Aires ha trabajado la temática vinculada a los indicadores de riesgo, plasmando ese trabajo por vía de su función administrativa en el texto del convenio aprobado en el año 2012, suscripto junto al por entonces Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. Por medio de este instrumento -actualmente vigente- se aprobó el texto del formulario de toma de denuncias que resulta de uso obligatorio para todas las comisarías de la Provincia, que puede ser utilizado también por otros operadores y operadoras estatales y organizaciones no gubernamentales que trabajen la temática. Contiene, en su parte final, apartado VI, una serie de preguntas que tienden a evaluar *prima facie* el cuadro de situación y permite a los juzgados de familia y paz determinar con mayores elementos la pertinencia del dictado de medidas de protección. En: http://www.scba.gov.ar/servicios/formulario-violencia.pdf.

[22] Al respecto, una de las conclusiones más contundentes del informe sobre intentos de femicidios que realizó el Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual de la Provincia de Buenos Aires fue precisamente la crueldad desplegada contra las mujeres al momento de atentar contra sus vidas: "Que las modalidades de los intentos de femicidio involucren grandes dosis de sufrimiento para las personas en situación de violencia de género (por ejemplo, por el uso del fuego como arma de ataque, armas de fuego o armas blancas) también remite a la intención de los agresores para con las mujeres, reforzando la idea de propiedad privada que muchos esgrimen sobre sus vínculos: 'como cosa que le pertenece, puede hacer con ella lo que quiera'". Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual de la Provincia de Buenos Aires, "Análisis sobre los intentos de femicidios identificados en la línea 144 PBA", 2020, pág. 9.

políticas públicas útiles y oportunas, a la par de permitir la detección y elaboración de indicadores.

En tal sentido, visibilizar el caso como un femicidio trae consigo un reconocimiento público simbólico y, con ello, un aporte, primero, como forma de reparación respecto de la víctima y, segundo, como garantía de no repetición.

Tal como dice la recomendación general Nº 35, en su párrafo 24. 2: "El hecho de que un Estado parte no adopte todas las medidas adecuadas para prevenir los actos de violencia por razón de género contra la mujer en los casos en que sus autoridades tengan conocimiento o deban ser conscientes del riesgo de dicha violencia, o el hecho de que no investigue, enjuicie y castigue a los autores ni ofrezca reparación a las víctimas y supervivientes de esos actos, constituye un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia por razón de género contra la mujer". Tales omisiones constituyen violaciones a los derechos humanos.

El dictado de una sentencia condenatoria que visibilice la violencia de género es en sí misma una garantía de no repetición, ya que impulsa cambios culturales e institucionales afectando las condiciones estructurales en las que se reproducen las violaciones a los derechos humanos, impregnadas de patriarcado. Tienen dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH que las sentencias condenatorias precedidas de investigaciones rigurosas cuestionan el imaginario de impunidad que se sustenta en un patrón estructural de discriminación contra las mujeres[23].

Así, las medidas de no repetición tienen una función anticipatoria, preventiva y transformadora que supera el caso en particular[24] por el efecto expansivo que estas sentencias tienen desde una mirada estructural, impactando en otros y otras en el marco de la función preventiva que también el Poder Judicial tiene a cargo y materializa como garantía de no repetición en cada uno de sus actos.

b) La dimensión material

Las violencias por razones de género dejan marcas en los cuerpos, en las mentes y en las vidas de las mujeres que las sufren. Estas marcas son fácilmente acreditables y van desde secuelas psíquicas que requieren tratamientos psicológicos, que, por su costo y duración, pueden llegar a ser prohibitivos para algunas personas, consecuencias estéticas y hasta lesiones graves o gravísimas que obturan la posibilidad de continuar estudios o trabajos o limitan severamente el desarrollo personal y profesional[25]. Por ello, la ley 26485, reconociendo expresamente el derecho a vivir una vida libre de violencia, dispone en su artículo 35 que "la

[23] Conf. "Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil", CIDH (2001), y "González y Otras ('Campo Algodonero') vs. México", Corte IDH (2009).

[24] A modo de ejemplo, cabe citar a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de la sentencia dictada en la causa C.118.472, y sus acumuladas, por la cual dispuso la elaboración de un protocolo para juzgar con perspectiva de género, justamente, en ocasión de dirimir un conflicto suscitado en múltiples violaciones al derecho a vivir una vida libre de violencia. Ver fallo en: https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=127728.

[25] Conf. Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual de la Provincia de Buenos Aires, "Análisis sobre los intentos de femicidios identificados en la línea 144 PBA", 2020.

parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia".

Dicha previsión encuentra sustento en el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto dispone: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada", norma respecto de la cual la Corte IDH ha dicho que constituye "una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del actual derecho de gente"[26].

Respecto a la visibilización de este tipo de violencia y el deber de reparación, el mismo Tribunal tuvo oportunidad de expedirse en el marco del fallo dictado en noviembre de 2018, causa A 72.474, caratulada "García, Mabel Adriana c/Poder Ejecutivo s/pretensión indemnizatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley"[27], donde además se abordó lo atinente a la estereotipación judicial[28], aspecto de singular importancia.

De acuerdo a la ley 27372 de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos, los hijos e hijas de una mujer víctima de femicidio también se consideran víctimas [conf. artículo 2, inciso b)]. En este sentido, visibilizar la violencia de género en el caso permite alcanzar la reparación económica de los familiares de las víctimas [artículos 7, incisos f), g), y 8, incisos c) y d), Convención de Belém do Pará; recomendación general Nº 35, Comité CEDAW, párrafos 24.2 y 33], reparación que, en este caso, siendo la víctima madre, permite a sus hijos y/o hijas acceder en los términos de la ley 27452, más conocida como ley Brisa, a la reparación económica allí contemplada.

---

[26] Corte IDH, caso "Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas", sentencia del 10 de septiembre de 1993, párrafo 43.

[27] Ver comentario en Ruiz, Marcela F, "La responsabilidad civil. Visión general y específica de los daños en el derecho de familia"; Portillo, Claudia, "Responsabilidad por violencia familiar" en Gallo Quintian, Gonzalo; Panatti, Marcela; Pennise Iantorno, María y Quadri, Gabriel (dirs.), *Tratado de la responsabilidad por daños en materia de familia*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters La Ley, 2020, tomo I, capítulo 2, y tomo II, capítulo 16; ver fallo en: https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=127728; https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=163966.

[28] Conf. Cook, Rebecca; Cusack, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales trasnacionales*, Bogotá, Profamilia, 2010. Otro fallo que deconstruyó estereotipos basados en el género, que en la instancia inferior habían sustentado una decisión discriminatoria contra una mujer, es la causa C. 121.003, "Pobliti, Mónica Fernanda y otros c/Valentini, Cintia Natalí y otros. Prescripción adquisitiva vicenal/usucapión". En: https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=163792, donde la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dice: "Como puede advertirse, hay un punto de partida en la sentencia constituido por la presunción de continuidad en la posesión del titular del dominio, sobre la base de la instalación de la actora en el bien en carácter de concubina (...) La conclusión a la que hemos arribado precedentemente conduce a efectuar otro tipo de consideraciones. Sostengo que presumir que una vez concluida la relación de convivencia la permanencia de la mujer en el inmueble constituye solo un acto de representación del interés del hombre, forma parte de un conjunto de estereotipos y prejuicios que deben ser desterrados" (del voto del Dr. De Lázzari). Por último, no podemos dejar de mencionar la causa A. 74.573, "P., V. B. c/Municipalidad de La Plata s/pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos", en donde una mujer trans demandaba al Municipio por un despido incausado; el Superior Tribunal bonaerense, revocando la sentencia de la Cámara de Apelación Contencioso Administrativa, dijo: "... Si los protagonistas de los conflictos en que está en juego una situación de discriminación son los vulnerables, es necesario equilibrar la desventaja que *ab initio* los caracteriza" (del voto del Dr. De Lázzari), en donde, para reconstruir la situación de vulnerabilidad del colectivo travesti trans, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se valió de la Primera Encuesta sobre Población Trans realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos y el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo para dar cuenta de que el 80% de esta población tiene que sobrevivir en contexto de prostitución, porque la discriminación sustentada en su identidad de género les obtura acceder a otro tipo de empleos.

De esta manera el Estado cumple con las obligaciones a las que alude la recomendación general Nº 35, en sus párrafos 23, y 24., 2.b, y especialmente en el párrafo 33, que dice: "El Comité recomienda que los Estados partes apliquen las siguientes medidas con respecto a las reparaciones: a) proporcionar reparaciones efectivas a las víctimas y supervivientes de la violencia por razón de género contra la mujer. Las reparaciones deberían incluir diversas medidas, tales como la indemnización monetaria, la prestación de servicios jurídicos, sociales y de salud, incluidos servicios de la salud sexual, reproductiva y mental para una recuperación completa, y la satisfacción y garantías de no repetición, de conformidad con la recomendación general Nº 28, la recomendación general Nº 30 y la recomendación general Nº 33. Tales reparaciones deben ser adecuadas, atribuidas con prontitud, holísticas y proporcionales a la gravedad del daño sufrido; b) establecer fondos específicos para reparaciones o incluir asignaciones en los presupuestos de los fondos existentes, en particular en el marco de los mecanismos de justicia de transición para reparaciones a las víctimas de violencia por razón de género contra la mujer. Los Estados partes deberían aplicar sistemas de reparaciones administrativas sin perjuicio de los derechos de las víctimas y supervivientes a obtener reparaciones judiciales y diseñar programas de reparaciones transformativos que ayuden a abordar la discriminación subyacente o la situación de desventaja que causó la violación o contribuyó de manera significativa a ella, teniendo en cuenta los aspectos individuales, institucionales y estructurales. Debe darse prioridad a la capacidad de acción, los deseos, las decisiones, la seguridad, la dignidad y la integridad de las víctimas y supervivientes"[29].

La reparación de la ley Brisa que prevé una percepción mensual equivalente a un haber jubilatorio mínimo y cobertura en materia de salud comenzó a implementarse a comienzos de 2019[30]. Sin embargo, desde diferentes organizaciones de mujeres se ha puesto de resalto que muchos y muchas potenciales beneficiaros/as no llegan a la reparación a causa de desinformación o dificultades burocráticas[31]. En tal contexto, el fallo en análisis es

[29] En ese sentido, el Comité de Derechos Humanos ha recomendado a nuestro país que "debe investigar de manera pronta y efectiva los hechos de violencia contra la mujer, enjuiciando e imponiendo sanciones apropiadas. El Estado debe además hacer efectivo el derecho de las víctimas a una reparación que incluya una adecuada y justa compensación, así como capacitación y sensibilización para enfrentar la violencia de género en todos los ámbitos". Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales al quinto informe periódico de Argentina, 2016, párrafo 10. La reparación debe ser entonces plena e integral, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los Fallos: 327: 3753, "Aquino c/Cargo Servicios industriales", y 340:1038, "Ontiveros, Stella Maris c/Prevención ART SA y otros s/accidente". Así lo establece el artículo 1740 del CCC y para ello se reconoce un amplio margen de discreción judicial en miras a determinar las medidas reparatorias, respecto de las cuales la Corte IDH ha dicho, en el caso "Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica", sentencia del 28 de noviembre de 2012 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 319: "Considerando la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados". Por su parte, agrega en un caso más reciente la necesidad de otorgar medidas de rehabilitación. Ver "Caso I. V. vs. Bolivia", sentencia del 30 de noviembre de 2016, (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 325, donde al referirse a la plena restitución (*restitutio integrum*) agrega: "La Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral por lo que, además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados".

[30] Ver requisitos en: https://www.anses.gob.ar/regimen-de-reparacion-economica-para-las-ninas-ninos-y-adolescentes-ley-27452 y en: https://www.argentina.gob.ar/reparacion-economica-ley-brisa.

[31] Ver, al respecto: https://www.lamareanoticias.com.ar/2020/10/14/ley-brisa-hay-mucha-gente-que-no-inicio-el-tramite-porque-no-tiene-ni-idea-de-que-se-trata/.

transformador ya que, cumpliendo con sus obligaciones, garantiza el acceso a información oportuna y necesaria, derribando obstáculos que, de otro modo, hubieran impedido el goce y ejercicio de los derechos de esos niños y niñas. Con ello, el Estado acompaña y garantiza el acceso a justicia de los niños y niñas implicadas, que, como grupo especialmente vulnerable y merecedor de una tutela especial y reforzada, el Estado es llamado a proteger.

Así, la parte resolutiva dice: "Se hace saber a la instancia de origen que, por intermedio de quien corresponda, deberá arbitrar los mecanismos necesarios para comunicar a los/las hijas de Verónica Tejeda y/o sus representantes legales, la información apuntada en el acápite IV.1.e. de este fallo".

Este mandato concreto da muestra de la capacidad institucional puesta en acto por medio del Superior Tribunal bonaerense.

5. Reflexiones finales

El derecho a obtener una reparación adecuada e integral se vincula con el derecho humano al acceso a justicia que, como garantía y como derecho, permite reclamar por medio de los mecanismos institucionales existentes en una comunidad la protección de uno u varios derechos, haciendo al debido proceso. Tal como lo sostuvo Antônio Augusto Cançado Trindade, es "el derecho a la prestación jurisdiccional -el derecho al derecho-"[32], encontrando sustento en las previsiones del artículo 18 de la Constitución Nacional; artículo 8, inciso 1), y artículo 25 de la Convención Americana; artículo 2, inciso 3), y artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, recomendación general Nº 33, del Comité CEDAW, de Acceso a la Justicia, las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, dictada por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana[33].

En territorio bonaerense, la jurisprudencia empieza a darle contenido al sintagma "reparación integral". Del análisis del fallo se desprende que la integralidad se define tanto por la dimensión simbólica de nombrar las violencias letales contra las mujeres "femicidios", cuando se comprueba que medió violencia por razón de género[34], como por la dimensión material que permite acceder a las víctimas a una reparación estatal ante la violencia sufrida.

Ambas dimensiones están entrelazadas y parten de reconocer la dimensión estructural de las violencias por razones de género contra las mujeres en el marco de una sociedad patriarcal, trascendiendo un enfoque individual de los hechos, para dar cuenta del tema en

[33] Ver, también, Corte IDH, caso "Goiburú y otros vs. Paraguay". Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de septiembre de 2006, Serie C, Nº 153, párrafo 131.

[34] El vocablo femicidio no aparece en el Código Penal, sin embargo, "es la denominación utilizada por diputados/as y senadores/as en el debate parlamentario, pero también (...) es una postura política de los movimientos feministas y de mujeres de Argentina de denominar estos asesinatos como femicidios para visibilizar lo que subyace: una organización social patriarcal que ubica a las mujeres como propiedad de los varones, un contrato sexual que asegura a los varones la propiedad de los cuerpos de las mujeres, y un patriarcado que extermina a las mujeres que disienten de los estereotipos de género vigentes. No es lo mismo, desde esta perspectiva, denominar el asesinato de una mujer como 'homicidio agravado por el vínculo' que 'femicidio', aunque en los hechos podríamos estar hablando de 'lo mismo', sus implicancias políticas son diferentes". Cano, Julieta E., *Feminismo y derecho. Las sentencias judiciales con perspectiva de género como herramienta de lucha contra el patriarcado*, Alemania, Editorial Académica Española, 2017, pág. 30.

tanto problemática social.

Se trata de una categoría que se está construyendo y en la que seguramente se irán adosando paulatinamente otros ítems desde una mirada integral y holística, que con miras a la no repetición plantea -por ejemplo- trabajar lo que hace a las masculinidades en el contexto actual donde las feminidades empoderadas ponen en jaque construcciones tradicionales de lo que significa ser varón y cómo actúan relacionalmente. Estos aspectos comienzan a observarse en el ámbito civil, como el caso de la sentencia de la Sala Segunda de la Cámara Segunda de Apelación de La Plata[35], donde se ordenó de oficio, como parte de la reparación integral, que el agresor debía concurrir a un dispositivo de deconstrucción de masculinidades hegemónicas bajo pena de multa. Cuando proceda, es necesario arbitrar las medidas tendientes a garantizar que en el ámbito del servicio penitenciario se garantice el trabajo con varones violentos, como parte de una política pública de prevención y con miras a que las penas privativas de la libertad cumplan su función en términos de rehabilitación.

Para finalizar, queremos poner de resalto que el ordenamiento jurídico argentino, tanto en su faz local como internacional, representa un abanico de posibilidades para ejercitar la **imaginación remedial** de los tribunales. El marco normativo no debiera abordarse como un corsé que limite las opciones reparatorias, sino todo lo contrario: como condición de posibilidad de su ampliación. A medida que se va llenando de contenido concreto la categoría de **reparación integral**, esta impacta en la realidad, no solo de las personas singularmente afectadas, sino de toda la comunidad, porque este tipo de sentencias judiciales -como la analizada en este caso- emite un mensaje que permite pensar al derecho en su dimensión emancipatoria y reafirmar su función de garantía de la vigencia de los derechos humanos de los colectivos vulnerabilizados.

Link al fallo

[35] Se trata de la sentencia "R., M. C. c/J., J. L. s/daños y perjuicios extracontractual", del 14/7/2020.

Solo el feminismo (interseccional y antipunitivista) nos salvará. Comentario a la película *Crímenes de familia*

POR ANA CLARA PIECHESTEIN[1]

1. Algunos datos

La película *Crímenes de familia* (2020) está disponible en Netflix y pasa el test de Bechdel[2]. Fue dirigida por Sebastián Schindel y protagonizada por Cecilia Roth (Alicia), Miguel Solá, Yanina Ávila (Gladys), Benjamín Amadeo (Daniel), Sofía Gala Castiglione (Marcela) y contó con la participación de Paola Barrientos.

Originalmente se iba a llamar "Agravados por el vínculo", en alusión a la calificación legal de los homicidios, prevista en el inciso 1) del artículo 80 del Código Penal, y no se estrenó en cines debido a las restricciones impuestas por el aislamiento social, preventivo y obligatorio a raíz de la pandemia de la COVID-19.

Luego del estreno, y a partir de una entrevista realizada a Yanina Ávila, una de las protagonistas, se difundió que la productora de la película no le habría pagado por su papel. Yanina, como su personaje, es trabajadora de casas particulares y no había visto aún el film que protagonizó, debido a que no tiene acceso a internet para ver Netflix en la piecita en la que vive con su madre y sus dos hijos, en la localidad de 25 de Mayo, Misiones. Si bien luego el dinero llegó, el productor salió al cruce a desmentir a la actriz, lo que agregó polémica y, también, prensa a la obra.

2. Dos advertencias

Este texto, aun cuando no tiene el propósito de relatar el film, contiene comentarios que podrían espoilear a quienes no lo hayan visto. Tampoco me he propuesto realizar una crítica de arte, dado que carezco de los conocimientos teóricos y del hábito cinéfilo requeridos para ese ejercicio de apreciación. La obra audiovisual es leída como la excusa o disparador para reflexionar brevemente sobre la necesidad de reconocer y visibilizar los efectos concretos de

[1] Criminóloga feminista. Abogada (UBA) y máster en Criminal Justice (Universidad Rutgers). Profesora (Facultad de Derecho UBA, UNPAZ, UNQUI).

El test de Bechdel mide la brecha de género en el cine, las series y el teatro. El nacimiento de esta prueba data de 1985 y consiste en realizar tres preguntas o pautas establecidas por Alison Bechdel a la película, serie, novela, para evaluarlas. Dichas premisas son las siguientes: 1. deben aparecer al menos dos mujeres durante la obra, como mínimo; 2. los personajes femeninos deben hablar entre sí en algún momento; 3. la conversación entre los personajes femeninos no debe basarse en un personaje masculino.

El test no es un test de feminismo. La película puede aprobar el test y no ser feminista en su contenido, así como puede no pasar el test y tratar temas del feminismo.

las políticas penales que criminalizan a mujeres y personas gestantes pobres por homicidio agravado por el vínculo, cuando lo que vivieron fueron abortos o partos extrahospitalarios, así como sobre otras temáticas ligadas a la violencia por motivos de género.

Las historias que la película expone, unidas por el hilo conductor que representa un varón violento, son la de Gladys, presa y sometida a juicio, acusada de haber matado a su bebé recién nacido, y otras dos paralelas, que involucran a Alicia y a Marcela, su nuera, quien denunció al hijo de Alicia por abuso sexual, violencia física y psicológica y tentativa de femicidio.

3. Tres mujeres, tres historias

Una mujer, empleada doméstica de origen humilde, madre de un niño de tres años, sobreviviente de violencia sexual y de otras violencias por motivos de género, sufre un evento obstétrico. Se puede deducir, de los indicios a lo largo de la película, que desconoce su estado de gravidez, ya sea por negación ante la violación que derivó en el embarazo (que no es un dato que esté presente desde el inicio) o por la ausencia de signos exteriores de su estado, salvo por algunos síntomas que pueden confundirse con dolores ocasionales. Gladys es rotulada por el sistema de justicia penal como **abortera**, como delincuente, como asesina.

Una mujer de clase alta encubre a su hijo, al punto de hacer desaparecer evidencia de la causa penal, por la comisión de actos graves de violencia de género perpetrados por él contra su esposa. Califica a su nuera como una **negra de mierda** y sentencia: "Mi hijo no es un drogadicto, y mucho menos un violador". Alicia es, a los ojos de su entorno, del abogado y de su marido, una madre protectora, que hace sacrificios por su hijo para que pueda salir de prisión.

Una mujer de clase trabajadora, madre de un niño de tres años, quien sostuvo mucho tiempo una pareja con una persona que la violentaba física, psicológica y económicamente, logra que lo detengan después de haber sufrido una violación y una tentativa de femicidio. Marcela es para muchxs la **loca**, la **problemática**, porque se animó a decir basta, quebrando el círculo de la violencia que a tantas les cuesta la vida.

¿Qué diferencia a estas tres mujeres? ¿Qué tienen en común? En primer lugar, las tres son madres, aunque el adjetivo que le sigue no sea necesariamente el mismo: algunas serán buenas y otras malas madres, dependiendo de quién las mire y con qué criterios. Además, las tres tienen un vínculo de algún tipo con Daniel: una es, justamente, la madre; la otra, la esposa y la otra, la empleada doméstica. La diferencia entre ellas aparece al considerar la cuestión racial, de clase y de estatus social, que en gran medida explica las situaciones en las que se encuentran frente al derecho y al sistema de justicia penal.

4. "Dicen que tuve un bebé"[3]

[3] La frase fue pronunciada por Patricia Solorza y da nombre al libro escrito por María Lina Carrera, Gloria Orrego Hoyos y Natalia Saralegui Ferrante, publicado este año por Siglo XXI. Patricia murió el 3 de agosto de 2019, seis días antes de que el Senado de la Nación rechazara la aprobación del proyecto de interrupción legal del embarazo. Estaba presa por un evento obstétrico. Su vida demuestra con horrorosa claridad cómo opera la interseccionalidad de las opresiones de género, de clase, de raza, de privación de libertad, y su muerte, la

La primera escena de la película muestra un pasillo oscuro, en cuyo fondo una luz recorta la puerta de un baño, del que sale una mujer en camisón y vuelve con un balde y un secador. La parte de atrás del camisón tiene una mancha grande de sangre, pero ella se mueve casi como un autómata.

Más adelante en el tiempo cinematográfico, nos enteramos de que Gladys fue detenida luego de ese episodio, tras ser hallada por su patrón, y que enfrenta un juicio por un homicidio calificado por el vínculo, que prevé pena perpetua. El embarazo es producto de una violación que Gladys mantuvo en silencio.

La injusticia vivida por el personaje de Gladys se repite para muchas mujeres en nuestro país. No solo la historia de abusos sexuales desde la temprana infancia, las múltiples violencias por motivos de género y el abandono estructural, sino también la criminalización, encarcelamiento y, en algunos casos, la condena, por haber sufrido eventos obstétricos extrahospitalarios, como un aborto espontáneo, partos en los que los bebés nacen sin vida u otras situaciones de complicación ante un parto inesperado. Como señala Florencia Alcaraz, para estas mujeres el principio de inocencia se invierte en estos casos: son culpables hasta que se demuestre lo contrario[4].

Lamentablemente, existen muchas otras Belén[5], mujeres privadas de libertad en las cárceles argentinas, ocultas tras los datos oficiales, las calificaciones legales o incluso las propias lógicas carcelarias que estigmatizan a "las infanto"[6], y que algunas investigaciones comienzan a revelar[7] contribuyendo a derribar la creencia -que incluso muchas feministas teníamos- acerca del escaso nivel de sanciones penales formales a mujeres por interrupciones voluntarias o involuntarias de embarazos. Para eso, es necesario, en primer lugar, acentuar que la penalización del aborto tiene efectos que se extienden no solo a quienes son efectivamente criminalizadas por realizarse una interrupción de un embarazo, sino que, como lo expresan Carrera, Orrego Hoyos y Saralegui Ferrante, proyecta "... una sombra punitiva sobre otros eventos obstétricos"[8]. El reproche penal, pero sobre todo moral y de clase, que recae sobre

consecuencia fatal del ***continuum* de violencias** que puede experimentar una mujer pobre, del conurbano, madre de tres niñxs, cuyos embarazos nunca controló médicamente porque su cuerpo no presentaba signos, que sufrió un intento de femicidio por su padre y que luego fue condenada y encarcelada.

[4] Alcaraz, Florencia, "73 mujeres criminalizadas por abortos y eventos obstétricos en Argentina", 16/11/2020, https://latfem.org/73-mujeres-criminalizadas-por-abortos-y-eventos-obstetricos-en-argentina/.

[5] El caso de la joven tucumana, defendida por la abogada feminista Soledad Deza, tuvo repercusión nacional a partir de la movilización feminista en torno al proceso penal en su contra, lográndose que se trate en la Corte Suprema provincial, que finalmente la absolvió, ha sido recogido en el libro de Ana Correa, *Somos Belén*, Buenos Aires, Ed. Planeta, 2019.

[6] Son las mujeres que fueron procesadas o condenadas por algún delito violento vinculado con sus hijxs o con niñxs (incluyendo corrupción de menores) que suelen ser objeto de rechazo y maltrato por parte de la población carcelaria general, lo que las obliga muchas veces a vivir "refugiadas" o aisladas del resto.

[7] Una investigación coordinada por el Centro de Estudios Legales y Sociales, junto con el Centro Universitario San Martín, la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto, Legal, Seguro y Gratuito y las investigadoras autoras del libro antes nombrado, informa que entre 2012 y 2020 hubo al menos 73 casos de criminalización de mujeres por abortos y otros eventos obstétricos en todo el país. La recolección de información se llevó a cabo a partir de notas publicadas en medios nacionales y locales, por lo que se puede asumir un subregistro, dado que los datos oficiales aún no fueron publicados. En el 50% de los casos de aborto y en más del 75% de los eventos obstétricos las mujeres estuvieron detenidas.

[8] Orrego Hoyos, Gloria; Carrera, María Lina; Saralegui Ferrante, Natalia, *Dicen que tuve un bebé. Siete historias en las que el sistema judicial encarcela mujeres y a nadie le importa*, Ciudad de Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020, pág. 146.

quienes abortan se expande hasta alcanzar a quienes, como Gladys, Belén o Patricia, son juzgadas y condenadas como homicidas por eventos obstétricos involuntarios. En segundo lugar, desde los feminismos se requiere profundizar en la apertura de canales de escucha de lo que sucede detrás de los muros y las rejas de nuestras cárceles, donde se pueden oír tantas historias de injusticia como hay mujeres y LGBTI+ encarceladas.

5. Todo sea por la familia (tradicional)

Fotos de momentos felices de la vida familiar. Una madre alimentando a su hijo. Viajes de vacaciones. Retratos en primer plano de niñxs que hoy son adultxs. Una fiesta de casamiento. Las imágenes no resultan ajenas, aun cuando no se provenga de una clase media o alta, como es el caso de una parte de lxs protagonistas de la película, pero sí denotan la ostentación de cierto estatus económico, social y cultural.

La siguiente escena muestra una clase de yoga en una casa decorada con estilo. Mujeres de mediana edad en posición en sus *mats*, siguiendo las pautas dadas por el instructor. Un té con masas y torta le sigue a la sesión de ejercicios, y en esa interacción, en los comentarios que se hacen y en los pensamientos que no se pronuncian, ya comienzan a advertirse los primeros indicios de lo que será, en definitiva, el móvil que guiará las acciones de Alicia: el miedo al "qué dirán" las personas de su mismo estatus social, pero, también, el miedo a "traicionar" a su clase, para ponerse del lado de las oprimidas.

Para preservar las apariencias de una familia "bien" del barrio porteño de Recoleta, Alicia estaba dispuesta a mucho. Ocultar. Mentir. Falsear. Corromper. Son conductas moralmente poco loables, incluso podrían ser en algunos casos delictivas, pero parecieran perder esa carga valorativa cuando lo que está en juego es la reputación. Todo sea por evitar que la mancha de deshonra de tener al único hijo preso, acusado de delincuente, de violador, de drogadicto, desluzca la imagen de las fotos familiares.

La evolución de su personaje hará que, paulatinamente, Alicia pueda reconocer, aunque sea de forma inconsciente, de qué lado debe luchar por la búsqueda de justicia, a quiénes debe ayudar y con quiénes debe tejer lazos de sororidad.

6. La violencia por motivos de género

Marcela declara en el juicio contra su marido, de quien está separada y con quien tiene un hijo en común. Está sentada en la misma silla donde se sentó antes él, el acusado. Su relato no resulta extraño para quienes trabajan en temas de violencia de género, pero cabe recordar que se trata de una película para el público masivo. A medida que Marcela va avanzando en la descripción de lo vivido en el marco de su vínculo con un hombre violento, casi se puede adivinar lo que va a seguir. Como si fuera una obra de teatro con actrices que cambian, pero con un guion que permanece inalterado: desigual reparto de las tareas de cuidado, violencia económica, celos y maltrato psicológico, consumo problemático de estupefacientes, los primeros golpes, la separación, la persecución, las órdenes de restricción de acercamiento, el

niño como excusa para violarlas, una agresión sexual seguida de golpes y de amenazas de muerte. En muchos casos, el desenlace de historias como esta puede ser letal: de acuerdo con los datos oficiales del Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina para el 2019, en el 66% de los casos, los femicidios, travesticidios o transfemicidios fueron perpetrados por parejas (113 casos) o exparejas (66 casos) de las víctimas.

En una investigación que ya cuenta con varios años, pero que fue señera en este campo, Encarna Bodelón y su equipo entrevistaron a mujeres residentes en Europa víctimas de violencia machista en manos de parejas o exparejas, identificando que muchas de las que lograban desnaturalizar la violencia vivida durante muchos años y encaraban el proceso de salir de ese ciclo barajaban la posibilidad de denunciar, pero que buena parte se quedaba "a mitad de camino" en el proceso penal: "... Recorren un primer tramo pero, una vez en el juzgado, varias mujeres renuncian a continuar y no prestan declaración contra su agresor"[9]. De entre los factores que identificaron que contribuyen a desincentivar a las mujeres a la denuncia y a la continuación del proceso penal una vez iniciado, destaco la experiencia traumática del paso por los juzgados y el proceso penal, que relacionaron con la revictimización, la falta de sensibilidad ante el miedo y la difícil situación emocional que atravesaban, la sensación de no ser creídas por su abogado ni por lxs operadorxs, entre otros.

Sin embargo, el sistema de justicia penal no cumple con las expectativas de quienes acuden a él para intentar "obtener justicia" tras la denuncia. Y no solo por los poquísimos casos en los que las causas penales avanzan[10], sino porque no siempre justicia es igual a cárcel: varias de las mujeres entrevistadas por Bodelón y su equipo vincularon la justicia a la **protección y a la reparación**, es decir, al derecho a recuperarse y a la no repetición de los abusos, y otras, con las ayudas para conseguir una **vida independiente del agresor**, concretamente, a mayor agilidad en los trámites del procedimiento de divorcio (atribución de cuidado de lxs hijxs, alimentos, etc.). Si se pudiera imaginar qué hubiera respondido Marcela, de haberle preguntado qué esperaba encontrar al final del proceso penal, quizás, la respuesta no habría sido punitiva. ¿Será cuestión, tal vez, de empezar a preguntar y a escuchar?

7. El rol del sistema de justicia penal

El sistema de justicia penal parte de las diferencias de clase, de género, de raza y tiende a profundizarlas, no solo -gracias al don de arbitrariedad que ostenta- marcando con la cárcel a aquellxs que no cuentan con los recursos y el capital económico, social y cultural para plantarse frente a él, sino volviendo "verdad", a partir de los rituales judiciales y de las sentencias, los estereotipos y etiquetas asociados a esas diferencias. Esa discriminación, racismo y clasismo, con sus vectores de opresión operando en conjunto, se hallan en la base de

[9] Bodelón, Encarna, *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Ciudad de Buenos Aires, Ediciones Didot, 2012, pág. 31.
[10] Al respecto, se recomienda consultar la investigación realizada por el Instituto Comparado de Ciencias Penales y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas en Argentina, "Estudio exploratorio sobre prácticas del sistema de justicia en torno a casos de violencia de género en la justicia nacional de la Ciudad de Buenos Aires: medidas de protección y gestión alternativa a los juicios penales", disponible en: https://inecip.org/wp-content/uploads/2020/05/Estudio-Exploratorio-Violencia-de-Género-CEJA-Inecip.pdf.

la **selectividad** con la que el sistema penal opera, criminalizando y encerrando a unxs y garantizando la impunidad de otrxs.

Quienes tienen derecho a hablar y quienes "son habladas" por otrxs -el defensor, el médico, el fiscal, el patrón- también es una distinción operada en función del rol que el sistema de justicia penal le concede a unxs y a otrxs. La imputada, la acusada, casi no emite palabra a lo largo del film, a menos que sea expresamente preguntada, interrogada, mejor dicho, por lxs actorxs del sistema penal, aun cuando tengan buenas intenciones, como es el caso de la trabajadora social que entrevista a Gladys en la cárcel.

No resulta raro, de todos modos, que, siendo sumamente difícil que se escuche y se les crea a quienes pueden ostentar cierto estatus de "buenas víctimas", sea mucho más arduo aun conseguir que operadorxs del sistema de justicia penal -sin sensibilidad o capacitación específica- puedan mirar detrás de las etiquetas de delincuentes, para ver y escuchar lo que las personas sometidas a múltiples formas de opresión tienen para decir acerca de lo que se las acusa. La falta de credibilidad, tanto de las mujeres que sufren violencia de género bajo la modalidad doméstica como quienes padecen la violencia ejercida por las instituciones que deberían escuchar y cuidar, tenía hasta no hace mucho un sustento en el derecho[11], cuyos resabios de sentido se hace preciso seguir disputando.

8. Solo nos salvará el feminismo interseccional y antipunitivista

"Yo vengo de una buena familia", afirma, casi como una causal exculpatoria, el acusado en el banquillo, el varón violento que une las historias de estas tres mujeres.

Sus historias están atravesadas por pactos, complicidades e impunidades que entreteje el patriarcado, pero también el orden capitalista, y que sostienen, en perjuicio de mujeres y disidencias de género y sexuales, el mandato de maternidad forzada (y la consecuente criminalización del aborto), la violencia sexual, económica, psicológica, física, hasta el extremo de los femicidios.

Como feministas de la interseccionalidad[12], tenemos el desafío y la obligación de oponerles a esos pactos de fratría los lazos de sororidad, antes que la pertenencia a una clase social; no como un gesto asistencial o una mirada victimizante hacia quienes son pobres, tuvieron menos acceso a la educación formal o fueron víctimas de violencia machista, sino desde una visión

[11] Marina Graziosi trabaja sobre el concepto de *infirmitas sexus* o impedimento debido al sexo, concebido por juristas de comienzos del siglo XIX y sustentado en las pretendidas elaboraciones científicas sobre la inferioridad natural de las mujeres. Entre sus consecuencias prácticas, se puede mencionar el impedimento de ser testigxs, de declarar en juicio, que se justificaba por su condición general de minusvalía ante la ley, pero también sobre la supuesta mayor inclinación de las mujeres hacia las simulaciones, la astucia y el engaño (Graziosi, Marina, "*Infirmitas sexus*. La mujer en el imaginario penal" en *Identidad femenina y discurso jurídico*, Ciudad de Buenos Aires, Biblos, 2008, págs. 135-178).

[12] La profesora de Derecho de la UCLA y Columbia Kimberlé Crenshaw introdujo la noción de **interseccionalidad** en la teoría feminista, mostrando las distintas formas en las que la raza y el género interactúan y cómo generan las múltiples dimensiones que conforman las experiencias de las mujeres negras. Estas experiencias son frecuentemente el producto de la intersección de los patrones racistas y sexistas. Raza, género y clase están interrelacionados, como evidencia la fuerte correlación entre ser mujer negra y ser pobre (cfr., Crenshaw, Kimberlé W., "Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color" en *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada. Temas contemporáneos*, Madrid, Edicions Bellaterra, 2012, págs. 87-122).

política, como alianza y como estrategia que no reproduzca relaciones de poder asimétricas. Así lo sostiene Dolores Juliano: "No se trata de hablar en nombre de las presas, ni de las madres adolescentes, ni de las prostitutas, ni de ningún otro sector marginalizado. Se trata de reconocerlas como interlocutoras válidas y no repetir con ellas las políticas asistencialistas y paternalistas a las que estamos tan acostumbradas"[13].

Frente a las opresiones múltiples de género, raza, clase, entre otras estructuras de poder, que intersectan sobre algunas mujeres y LGBTI+, son cruciales las alianzas interseccionales con las privadas de libertad, que conocen de resistencias y de reivindicación de derechos negados por el más patriarcal de los poderes: el punitivo. Es preciso dejar de lado los mandatos del feminismo liberal, que promueve una igualdad de mujeres de un mismo color, clase y nivel educativo; del feminismo institucional, para el cual las mujeres y LGBTI+ presas y sus problemas han permanecido al margen de sus preocupaciones, y que promueve el uso de la cárcel como única respuesta a las violencias, para conformar un feminismo con la sensibilidad y la capacidad de mirar de frente a quienes se invisibiliza y de ejercitar una imaginación no punitiva para que la prisión y el castigo no sean la herramienta primordial para contener las violencias contra mujeres y LGBTI+, porque sabemos que se nos vuelve en contra con más fuerza cuando somos nosotras -y en particular, las que entre nosotras están atravesadas por las intersecciones- las sentadas en el banquillo de lxs acusadxs.

[13] Juliano, Dolores, "Feminismo y derecho penal, una relación penosa" en Daich, Deborah; Varela, Cecilia (coords.), *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*, Ciudad de Buenos Aires, Biblos, 2020, pág. 43.

Género, violencia y salud mental

POR AGUSTINA TOSO[1]

Este año celebramos los diez años de sanción de la ley de matrimonio igualitario que marcó un antecedente en reconocimiento de derechos humanos en nuestro país y en toda América Latina. Dos años después, se aprobaba la ley de identidad de género que garantiza el derecho a que cada persona pueda decidir y desarrollar su identidad de género según su autopercepción. Pero la legislación no implica legitimación. Los mecanismos de control y de opresión sobre las mujeres, trans, travestis, no binaries, lesbianas y gays siguen vigentes. Las cifras así lo demuestran.

En Argentina, en el año 2019, se registraron 252 víctimas de femicidios[2]; por otro lado, 177 crímenes de odio, en los que la orientación sexual, la identidad y/o la expresión de género de todas las víctimas fueron utilizadas como pretexto discriminatorio para la vulneración de derechos y la violencia. De todos los crímenes de odio registrados (177), el 44% de los casos (78) corresponde a lesiones al derecho a la vida, es decir, asesinatos y muertes por ausencia y/o abandono estatal, y el 56% restante de los casos (99) corresponde a lesiones al derecho a la integridad física, es decir, violencia física que no terminó en muerte[3].

Esto implica que, al menos, una vez por mes una persona es agredida en Argentina por el solo hecho de ser (o ser leída) lesbiana[4], y son recurrentes las noticias de agresión y/o persecución a gays en la vía pública[5].

1. ¿Cómo se engendra esta violencia?

Los seres humanos nacemos con diferentes características corporales, como resultado de procesos que son biológicos. Entre ellas, nacemos con diferentes genitales. Sobre la base de esa diferencia, se nos clasifica e inscribe en el documento nacional de identidad según dos categorías: varón o mujer. Sin embargo, es la cultura en la que nacemos, y no la naturaleza, la

[1] Licenciada en Psicología y magíster en Psicoanálisis. Docente e investigadora en la Universidad Kennedy. Profesora en el Instituto Nº 49. Psicóloga en el Centro de Salud Mental Nº 3 Dr. Ameghino en Bulimia-Anorexia y el grupo de trabajo en Diversidad y Psicoanálisis. Autora del libro *El cuerpo como objeto de consumo* y de otros artículos.

[2] Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina, 2019. Disponible en: https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/resumen2019-fem.pdf.

[3] Informe del Observatorio de Crímenes de Odio LGBT, 2019. Disponible en: http://www.falgbt.org/crimenes-de-odio.

[4] Zani, Alejandra, "Un mapa registra casos de violencia a lesbianas y bisexuales en Argentina", La Tinta, 2019. Recuperado de: https://latinta.com.ar/2019/12/mapa-registra-casos-violencia-lesbianas-bisexuales-argentina/.

[5] Filo News, "Un hombre se besó con su novio en Palermo y otros tres lo atacaron a palazos", 2020. Disponible en: https://www.filo.news/genero/Un-hombre-se-beso-con-su-novio-en-Palermo-y-otros-tres-los-atacaron-a-palazos-20201002-0080.html.

que hace de las diferencias genitales "la diferencia"[6]. Como sostiene la bióloga Fausto Sterling, nuestros cuerpos son demasiado complejos para proporcionarnos respuestas definidas sobre las diferencias sexuales: "Etiquetar a alguien como varón o mujer es una decisión social"[7].

Es por ello que, sobre toda la variedad de cuerpos que existe, el género, como interpretación cultural, se encarga de reducirla a dos únicos sexos. El género es un guion, un dispositivo de poder que socializa los cuerpos con pene en la masculinidad, para que se conviertan en varones, y a los cuerpos con vagina en la feminidad, para que se conviertan en mujeres[8].

El psicoanalista Laplanche[9], desde un punto de vista psicogenético, sostiene que la identidad de género precede al sexo biológico. Es decir que la identidad autopercibida es previa a la toma de conciencia de los genitales que poseemos. Tal es así que es necesario, entonces, diferenciar la identidad de género del sexo biológico. Aquellas personas que son clasificadas con un género al nacer y que se autoperciben con ese mismo género son llamadas cisgénero. Las personas que se autoperciben con un género distinto del asignado al nacer son llamadas transgénero.

Lo cierto es que se nos socializa en el género asignado al nacer, se le da mayor valor a ello que a la identidad autopercibida. Las personas intersexuales, aquellas que presentan variación respecto de genitales femeninos o masculinos estandarizados históricamente, han sido sometidas al nacer a diversas estrategias de normalización sociomédica[10], y a partir del género que deciden asignarles, luego, son socializadas. Este es un claro ejemplo de cómo la socialización del género se hace sobre bases biológicas condicionando el devenir de las subjetividades.

Nos indican y se nos condiciona en aquello que debemos desear y aquello que debemos rechazar; por lo tanto, la socialización del género es opresiva. En cuanto aquello que debemos desear, se espera que la orientación sexual sea "hetero", es decir, que se sienta atracción hacia el otro género. Esto implica considerar la heterosexualidad como norma o, más bien, "obligatoria"[11]. Toda aquella persona que se encuentre por fuera de la cisheterosexualidad queda expuesta a la discriminación y violencia, a la lesbofobia, homofobia o transfobia.

Por lo tanto, en nuestra cultura hay identidades y cuerpos que importan más que otros. Hay identidades y cuerpos que gozan de determinados privilegios y otros que son abyectos[12]. Y esto es consecuencia de que exista una jerarquía social de los géneros[13], donde en el podio se

[6] Chiodi, Agostina (coord.), *Varones y masculinidad(es). Herramientas pedagógicas para facilitar talleres con adolescentes y jóvenes*, Buenos Aires, Instituto de Masculinidades y Cambio Social, 2019.
[7] Sterling, A. Fausto, *Cuerpos sexuados*, Barcelona, Melusina, 2000, pág. 17.
[8] Chiodi, Agostina (coord.), *Varones y masculinidad(es). Herramientas pedagógicas para facilitar talleres con adolescentes y jóvenes*, Buenos Aires, Instituto de Masculinidades y Cambio Social, 2019.
[9] Laplanche, Jean, "El género, el sexo y lo sexual", Revista de Psicoanálisis Alter, 2006. Recuperado de: https://revistaalter.com/revista/el-genero-el-sexo-lo-sexual-2/937/.
[10] Maffía, Diana; Cabral, Mauro, *Sexualidades migrantes*, Buenos Aires, Feminaria, pág. 95.
[11] Rich, Adrienne, "Heterosexualidad obligatoria y existencia lesbiana", DUODA: estudios de la diferencia sexual Nº 10, 1996, págs. 15-48.
[12] Butler, Judith, *Cuerpos que importan*, Buenos Aires, Paidós, 1995.
[13] Rubin, Gayle, "Explorando la sexualidad femenina" en Vance, Carole S. (comp.), *Placer y peligro*, Madrid, Ed. Revolución, 1995, págs. 113-190.

encuentran los varones cisheterosexuales y por debajo los subordinados, las mujeres, trans, travestis, no binaries, lesbianas y gays.

La violencia es el mecanismo de control más importante que la masculinidad normativa ejerce para conservar su situación de privilegio y evitar cuestionamientos.

Cuanto más debajo se está en esa jerarquía de los géneros, mayor ausencia de respetabilidad y menor accesibilidad a satisfacer las necesidades básicas. Por lo tanto, nuestra sociedad no otorga las mismas posibilidades a todos. El mercado laboral y la inserción laboral son un claro ejemplo de esta jerarquía. Los varones cisheterosexuales se priorizan por sobre las mujeres cisheterosexuales; a su vez, las mujeres cisheterosexuales se priorizan por sobre las mujeres lesbianas y las mujeres trans, y así sucesivamente. Ello conlleva ciertas exigencias, entre ellas, "estar en el *closet*" para poder conseguir empleo o evitar ser discriminadx. Es fundamental entender que, para las personas trans, travestis, no binaries, lesbianas y gays, la injuria es una amenaza que siempre va a estar en el horizonte[14], así como bien describía Rich: "La lesbiana que no se disfrace se encuentra con la discriminación laboral y el acoso y la violencia en la calle"[15].

Si bien celebramos la reciente aprobación del cupo laboral trans que garantiza un 1% de los puestos de trabajo en el Estado, lo cierto es que en la actualidad solo el 9% de las feminidades trans y el 36% de las masculinidades trans trabajan en relación de dependencia[16].

2. La perspectiva de género en salud mental

Estos aspectos mencionados no pueden ser dejados de lado al momento de brindar atención psicológica. Es necesario tener en cuenta cómo el contexto condiciona el devenir de las subjetividades y "desnaturalizar el orden sexual moderno y sus modalidades específicas de producción de identidades sexuales"[17].

A partir de la desigualdad, la violencia y la discriminación, se engendra un tipo particular de sufrimiento que no debe ser pensado como algo propio del sujeto, sino como resultado del contexto que lo oprime[18].

Como psicóloga en un centro de salud mental, integro un grupo de trabajo en diversidad y psicoanálisis en el que recibimos pacientes que manifiestan experiencias de discriminación en la atención en salud mental por su identidad de género o por su orientación sexual y, como consecuencia, abandonan los tratamientos o evitan solicitarlos. Esto sucede porque el régimen patriarcal y el sesgo de la cisheterosexualidad obligatoria también se hacen presentes en el ámbito de la salud mental.

[14] Reitter, Jorge, *Edipo gay*, Buenos Aires, Letra Viva, 2019, pág. 19.

[15] Rich, Adrienne, "Heterosexualidad obligatoria y existencia lesbiana", DUODA: estudios de la diferencia sexual Nº 10, 1996, pág. 16.

[16] Ministerio de Salud, "Atención de la salud integral de las personas trans. Guía para equipos de salud", 2015. Recuperado de: https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2020-10/guia-salud-personas-trans-travestis-nobinarias.pdf.

[17] Fernández, Ana M., "Notas para la constitución de un campo de problemas de la subjetividad" en *Instituciones estalladas*, Buenos Aires, EUDEBA, 1999, pág. 21.

[18] Reitter, Jorge, *Edipo gay*, Buenos Aires, Letra Viva, 2019, pág. 55.

Sobrevive aún el psicoanálisis heteronormativo, que en sus orígenes clasificaba la homosexualidad y el travestismo como perversión y a la mujer como inferior y envidiosa por su "carencia de pene". Estas conceptualizaciones, si no son leídas con una mirada crítica a la luz de la época, nos llevan a caer en la ideología sexista ya denunciada desde los comienzos de los estudios de género[19] [20]. Pero, además, las personas quedan nuevamente expuestas a la discriminación y a la violencia, lo que fortalece la opresión.

Es por ello que resulta fundamental la perspectiva de género en el ámbito de la salud mental, porque permite identificar los discursos que originan, sostienen y reproducen las distintas formas de discriminación y violencia sobre las mujeres, trans, travestis, no binaries, lesbianas y gays. Y a su vez, evita caer en la patologización a partir de conceptualizaciones clásicas que no han abierto las puertas a la interdisciplina.

De allí que resulte fundamental la apropiación de la legislación vigente respecto de la ley de identidad de género, la ley de los derechos del paciente y la ley de salud mental, como garantes de derechos; la formación en estudios y políticas de género y la revisión y reconceptualización de la teoría psicoanalítica a partir de la práctica clínica, teniendo en cuenta el contexto, las manifestaciones y necesidades actuales.

[19] Millet, Kate, *Política sexual*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1969.

[20] Rubin, Gayle, *El tráfico de mujeres: notas sobre la "economía política" del sexo*, Revista Nueva Antropología Nº 30, volumen 8, México, 1986.

¿Qué es el Acuerdo de Escazú?

POR GLORIA OLIMPIA CASTILLO BLANCO[1]

1. Introducción

Proteger la naturaleza debiera ser responsabilidad y compromiso de toda la ciudadanía, puesto que la supervivencia de la humanidad depende de los servicios ambientales que los ecosistemas nos proveen, como el agua limpia, el suelo fértil para sostener los cultivos, el aire para respirar, además de las múltiples especies vegetales y animales que sirven de alimento en todo el mundo. Sin embargo, los niveles de deterioro ambiental que persisten en la actualidad dejan ver que las actividades humanas han centrado su atención en los beneficios económicos que se obtienen sin considerar que los recursos naturales no son inagotables y que de estos depende la calidad de vida humana.

Es en este escenario que surgen múltiples voces que buscan llamar la atención hacia procesos que permitan construir una mejor relación del ser humano con la naturaleza.

2. Antecedentes

En junio de 1992 se realizó la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, o Cumbre de la Tierra, y tuvo lugar en Río de Janeiro, Brasil. En esta conferencia se adoptaron cinco documentos: la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Agenda 21, la Declaración para la Conservación de los Bosques y la Declaración de Río.

En el caso de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, se destaca que son 27 principios que definen los derechos y responsabilidades de las naciones en la búsqueda del progreso y del bienestar de la humanidad y se señala la importancia de establecer formas de cooperación entre los Estados y diversos sectores. De manera particular, el principio 10 refiere los derechos de acceso: "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la

[1] Bióloga por la Universidad Nacional Autónoma de México. Candidata a maestra en Educación Ambiental por la Universidad Pedagógica Nacional 095. Directora de la organización de la sociedad civil Comunicación y Educación Ambiental SC, integrante de la Iniciativa de Acceso México. Ha participado activamente en el proceso para lograr un acuerdo que dé cumplimiento del principio 10 de la Declaración de Río en América Latina y el Caribe.

oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

Al igual que múltiples convenios internacionales, la Declaración de Río no es vinculante para los Estados, así que se requiere de la buena voluntad de estos para cumplirse o, más aún, implementar algún proceso para hacerla operativa.

Para dar cumplimiento, los países europeos adoptaron, en junio de 1998, el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justica en materia de medio ambiente, también conocido como Convenio de Aarhus, ya que fue adoptado en esa ciudad de Dinamarca; entró en vigor el 30 de octubre de 2001. El Convenio de Aarhus reconoce los derechos de acceso y establece también los procedimientos y las condiciones mínimas que los países deberán garantizar a sus sociedades para que puedan ejercerlos.

3. El acuerdo latinoamericano

En América Latina y el Caribe, el proceso para lograr un instrumento similar se inició en 2001 con la realización de distintas evaluaciones de algunos países de la región para conocer qué tanto se cumplía con el principio 10 de la Declaración de Río, tanto en leyes como en la práctica. Los resultados reportaron que había avances en la legislación de algunos países, pero en la práctica había grandes retos a superar, para que las personas pudieran realmente ejercer sus derechos de acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales[2].

Las evaluaciones se fueron realizando en varios países e involucrando a más organizaciones de la sociedad civil, de tal manera que, en el año 2010, planteamos una estrategia regional para solicitar a los Gobiernos, en sus acciones hacia la Cumbre de Río+20 -que tendría lugar nuevamente en Río de Janeiro, Brasil, en 2012-, una demanda común: promover la discusión alrededor de un eventual convenio regional sobre el principio 10 de la Declaración de Río.

De esta manera, en junio de 2012, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, diez países de América Latina y el Caribe (Chile, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay) firmaron la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que dio inicio al proceso para tener en la región un instrumento para garantizar la implementación del principio 10 de la Declaración de Río.

Entre 2012 y 2014, se realizaron cuatro reuniones preparatorias en Santiago de Chile, Guadalajara, México, y Lima, Perú, en las que se adoptaron distintos documentos que fueron

[2] "Iniciativa de Acceso México. Situación del acceso a la información, la participación y la justicia en América Latina 2004-2005", México, 2006, resumen de las evaluaciones sobre el cumplimiento de los Principios de Acceso en Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, México, Perú, Brasil, Colombia y Venezuela.

guiando el proceso: la Hoja de ruta, el Plan de acción, la Visión de Lima, las Líneas de acción prioritarias en materia de fortalecimiento de capacidades y cooperación, los Contenidos de San José y la Decisión de Santiago.

Para avanzar en las discusiones, se crearon también dos grupos de trabajo: uno sobre fortalecimiento de capacidades y cooperación y el otro sobre derechos de acceso e instrumento regional, los cuales trabajaron, principalmente, en reuniones virtuales.

En noviembre de 2014 se adoptó la Decisión de Santiago y se formó el Comité de negociación, integrado por 24 países. Es importante destacar que todo el proceso contó con el apoyo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, que ha fungido como secretaría técnica y, por solicitud de los países, preparó el documento preliminar del instrumento regional que fue la base para las discusiones; en cada reunión de negociación se fueron añadiendo las propuestas de los países.

4. La participación de las organizaciones de la sociedad civil

Quizá la característica más relevante de esta historia es el papel protagónico de las personas integrantes de las organizaciones de la sociedad civil para dar inicio al proceso y continuidad. Se debe destacar que, a diferencia de otras negociaciones de Naciones Unidas, cualquier persona tuvo la oportunidad de enviar documentos, propuestas, dialogar con los Gobiernos de su país y, sobre todo, expresarse en las distintas reuniones, ya que se podía solicitar la palabra, sin límite de tiempo, y expresar propuestas o rebatir las de los Gobiernos.

Para garantizar la eficacia, las organizaciones realizamos un trabajo muy cuidadoso para planear y sustentar las intervenciones, a partir de la experiencia de todas las personas en los distintos ámbitos de la negociación -derechos humanos, derecho ambiental, género, educación ambiental, negociación internacional y temas ambientales en general-, quienes aportaron sus conocimientos para garantizar que las propuestas que se hacían o, incluso, las reacciones hacia los comentarios de los Gobiernos fueran legalmente fundamentadas.

Otro elemento importante fue que todas las reuniones de negociación se trasmitieron por internet en tiempo real, lo que permitió la participación virtual de más personas. Así que, haciendo uso de las nuevas tecnologías, se estableció un sistema de comunicación durante las reuniones, para discutir, aportar información, tomar acuerdos y decisiones, de tal manera que la persona que tomaba la palabra lo hacía en nombre del público participante. El trabajo fue continuo también en los periodos entre las distintas reuniones.

Gracias a la participación de las organizaciones, el contenido del Acuerdo tuvo aportaciones importantes, el ejemplo más relevante es la referencia a la protección de las personas defensoras de los derechos humanos ambientales.

No todo fue exitoso; por ejemplo, en muchos artículos se trató de incluir el término “garantizarán”, en vez de “promoverán”, para darle más efectividad al Acuerdo, pero no en todos los casos se logró.

Entre 2014 y 2018, se realizaron nueve reuniones presenciales y seis virtuales entre periodos, en Chile, Panamá, Uruguay, República Dominicana, Argentina y Costa Rica.

El 4 de marzo de 2018 se adoptó, en la Municipalidad de Escazú, el Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.

5. Contenido del Acuerdo

El Acuerdo de Escazú es el primer instrumento vinculante sobre asuntos ambientales que incluye a todos los países de América Latina y el Caribe y el primero en el mundo que incluye disposiciones sobre las personas defensoras de los derechos humanos ambientales. Se integra por 26 artículos y en el primero se indica el objetivo: "Garantizar la implementación plena y efectiva en la región de los derechos de acceso a la información ambiental, la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible".

El artículo 2 señala una serie de definiciones, destaca la definición de público y señala que es "una o varias personas físicas o jurídicas y las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas, que son nacionales o que están sujetos a la jurisdicción nacional del Estado parte". Este reconocimiento del público amplio es espectro de la participación. Se destaca también la definición de personas o grupos en situación de vulnerabilidad, que son las que encuentran dificultades para ejercer con plenitud los derechos de acceso reconocidos en el Acuerdo.

El artículo 5 se refiere a la accesibilidad de la información ambiental indicando que los Estados deben garantizar el derecho de las personas de acceder a la información ambiental que está en su poder con el principio de máxima publicidad. Más aún, en el artículo 6 se apunta la importancia de la generación y divulgación de información ambiental, señalando el compromiso de ponerla a disposición del público y que se difunda la que se considera relevante.

El derecho de acceso a la participación en la toma de decisiones está señalado en el artículo 7, donde se apunta que la participación debe ser abierta e inclusiva, desde etapas iniciales de los procesos, de manera que las observaciones del público sean debidamente consideradas. Para lograr esto, cada parte proporcionará al público, de manera clara, oportuna y comprensible, la información necesaria para hacer efectivo su derecho a participar.

El artículo 8 comprende el derecho de acceso a la justicia señalando que cada parte debe asegurar el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental, la participación pública o que pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o

contravenir normas jurídicas relacionadas con este.

Como ya se mencionó previamente, el Acuerdo incluye la primera disposición vinculante del mundo sobre las personas defensoras de los derechos humanos en asuntos ambientales, en el artículo 9, lo cual resulta relevante para una región en la que estas personas "se encuentran en una situación de riesgo agravado por los intereses políticos y económicos que enfrentan, sobre todo, cuando se trata de la implementación de proyectos de infraestructura y desarrollo a gran escala. Además, la impunidad juega un rol fundamental en que esta situación permanezca y se profundice hasta inhibir que las personas puedan defender los derechos humanos"[3]. Se indica que cada parte garantizará un entorno seguro y propicio, en el que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad; además, deberán tomar las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, incluido su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente, así como su capacidad para ejercer los derechos de acceso.

El artículo 10 hace referencia explícita a la necesidad de fortalecer las capacidades de las personas en derechos de acceso en asuntos ambientales a autoridades y funcionarios públicos; promover la educación, la capacitación y la sensibilización en temas ambientales, mediante la inclusión de módulos educativos básicos sobre los derechos de acceso para estudiantes en todos los niveles escolares.

Respecto a la cooperación, que está referida en el artículo 11, se indica que las partes cooperarán para el fortalecimiento de sus capacidades nacionales con el fin de implementar el presente Acuerdo de manera efectiva.

6. El Acuerdo de Escazú para las mujeres

Es claro que haber logrado este importante Acuerdo para la región ha sido un gran avance, pero se percibe como un gran reto hacer efectivos los derechos de acceso para todas las mujeres.

A pesar de los avances logrados para revertir las condiciones de desigualdad de las mujeres, aún persisten situaciones complicadas. Por ejemplo, en algunas comunidades indígenas se puede negar la participación de las mujeres en una asamblea donde se discute el uso de agua, porque, de acuerdo a los usos y costumbres, se realiza en recintos considerados sagrados, en los cuales está prohibido el ingreso de las mujeres. Otra situación muy común es que se les impida asistir a una asamblea ejidal porque carecen de la titularidad del ejido, que por tradición se hereda a los hijos varones.

[3] CEMDA, "Informe sobre la situación de las personas defensoras de los derechos humanos ambientales", México, 2019, págs. 20-21. Disponible en: https://www.cemda.org.mx/wp-content/uploads/2020/03/informe-personas-defensoras-2019.pdf.

El acceso a la información y la participación de las mujeres también puede verse limitada por no saber leer, por no tener conocimientos en el uso de herramientas como internet o, simplemente, porque las reuniones para la toma de decisiones se realizan en los horarios en los que las mujeres deben atender a sus familias.

Será necesario, entonces, identificar las situaciones que prevalecen en los países, para establecer medidas específicas encaminadas a que las mujeres puedan ejercer sus derechos de acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales.

7. ¿Cómo va el proceso?

El Acuerdo regional se abrió a la firma el 27 de septiembre de 2018, en un evento especial en el marco del Debate General Anual de la 73ª Asamblea General de las Naciones Unidas; se dieron dos años para recibir firmas y ratificaciones y cerró el 26 de septiembre de 2020.

Los primeros países firmantes fueron Antigua y Barbuda, Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Guyana, Haití, México Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía y Uruguay. Posteriormente se sumaron Bolivia, San Vicente y las Granadinas, Granada, Jamaica, Nicaragua, Saint Kitss y Nevis, Colombia, Belice y Dominica.

A la fecha, los países que han ratificado son Antigua y Barbuda, Bolivia, Ecuador, Guyana, Panamá, Nicaragua, San Vicente y las Granadinas, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y Uruguay.

Argentina y México están pendientes de entregar en la Organización de las Naciones Unidas su instrumento de ratificación.

El primer párrafo del artículo 22 señala que el Acuerdo entrará en vigor noventa días después de que haya sido depositado el undécimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Esto significa que se necesita la ratificación de, al menos, once países de la región para que entre en vigor.

Todo parece indicar, entonces, que hoy en día la entrada en vigor del Acuerdo depende de Argentina y México, pero una vez reunido el número mínimo de once países será necesario enfocarse en la implementación efectiva y el cabal cumplimiento de aquel.

Sin lugar a dudas, en América Latina y el Caribe se están viviendo momentos muy complicados en cuanto a la situación política, económica y ambiental, pero se vislumbran también mejores escenarios que permitan construir una mejor relación de la humanidad con su entorno natural y garantizar de esta manera las condiciones de sustentabilidad necesarias para las generaciones presentes y futuras.

Es necesario entonces que las mujeres nos apropiemos del Acuerdo, conozcamos los derechos que está garantizando y hacerlos valer. Necesitamos hoy más que nunca una auténtica sororidad que nos permita que el cumplimiento del Acuerdo de Escazú sea una realidad para todas las mujeres de la región.

GDA