

Directoras

LAURA LILIANA MARTÍN, LAURA VICTORIA UBERTAZZI
Y MARÍA NOEL COSTA

Coordinadoras

BETTINA CAROL KOCH, CAMILA BLANCO, EUGENIA CAFFERATA
Y GRACIELA GONZÁLEZ

Camino al andar.

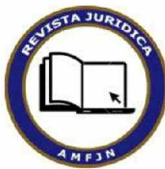
*Hacia una Justicia con perspectiva
de Género. Aportes en materia
penal y no penal.*

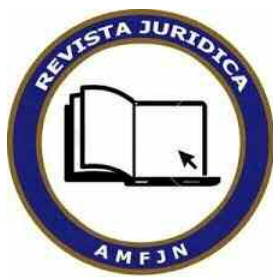
Comité Editor

LOURDES GRANCHELLI ROLÓN

Autores

BETTINA CAROL KOCH - DAMIÁN ESTEBAN VENTURA - DÉBORA EVELIA LASTAU -
ENRIQUE LILLJEDAHL - FELICITAS BIRÉ BARBERÁN Y RUTH PONCE DE LEÓN -
IGNACIO AHARGO - JAVIER SANTAMARÍA - JAVIER TEODORO ÁLVAREZ - LAURA
LILIANA MARTÍN - LUCÍA MARTÍN - MACARENA MARRA GIMÉNEZ - MARÍA LAURA
AMERI - MARÍA NOEL FERNANDEZ RIVERA - MARÍA PAMELA TENREYRO - MARÍA
VIRGINIA CHEDRESE - MARÍA VIRGINIA MIGUEL CARMONA - MELINA DE BAIROS
MOURA - NATALIA CAVIGLIA - SANDRA RUGGERI - SOFÍA INÉS HERNÁNDEZ SAINT
JEAN - VERÓNICA MICHELLI - YAMILA ABDELCADER





CAMINO AL ANDAR.
HACIA UNA JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.
APORTES EN MATERIA PENAL Y NO PENAL

DIRECCIÓN

LAURA LILIANA MARTÍN | LAURA VICTORIA UBERTAZZI |
MARÍA NOEL COSTA

COORDINACIÓN

BETTINA CAROL KOCH | CAMILA BLANCO |
MARÍA EUGENIA CAFFERATA | GRACIELA GONZÁLEZ.

COMITÉ EDITOR

LOURDES GRANCHELLI ROLÓN

Camino al andar : hacia una justicia con perspectiva de género : aportes en material penal y no penal / Andrés Fabián Basso ... [et al.] ; Director Laura LiLiana Martín ; Laura Victoria Ubertazzi ; María Noel Costa. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : IJ Editores, 2025.

392 p. ; 23 x 15 cm.

ISBN 978-631-302-070-6

1. Perspectiva de Género. 2. Derecho. I. Basso, Andrés Fabián II. Martín, Laura LiLiana , dir. III. Ubertazzi, Laura Victoria , dir. IV. Costa, María Noel , dir.

CDD 320.5622

*Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos
aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores
y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial,
la Institución, el Director ni del Comité Editorial.*

Se prohíbe la reproducción total o parcial
de esta obra sin la autorización expresa.

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

ÍNDICE

Prefacio	
Andrés Basso.....	13
Prólogo	
Laura Victoria Ubertazzi.....	17
 MIRADAS, RELATOS Y PROPUESTAS EN MATERIA NO PENAL.....	 19
Ojos que no quieren ver, oídos que no quieren escuchar.	
Realidades en primera persona	
María Virginia Chedrese.....	21
 Juzgar bajo la lupa de la perspectiva de género y la desigualdad estructural	
Lucía Martín.....	47
 Una licencia que sea para ahijar	
Melina de Bairos Moura.....	61
 Pensando el trabajo de cuidado como derecho humano fundamental y como inversión para los Estados	
Natalia Caviglia.....	73
 Perspectiva de género en el proceso civil: valoración de la prueba a la luz de un reciente fallo de la Cámara Nacional en lo Civil	
Damián Esteban Ventura.....	89
 Derecho de daños y perspectiva de género: desafíos actuales	
Javier Santamaría.....	101

Juzgar con perspectiva de género en materia tributaria: el especial caso del secreto fiscal Sandra M Ruggieri.....	125
El debate sobre la desigualdad de género por razones tributarias a la luz de la aplicación del IVA sobre productos de higiene menstrual María Laura Ameri.....	139
Modalidades del responder estatal en casos de violencia de género extrema Sofía Inés Hernández Saint Jean.....	149
Principios que rigen los sumarios por violencia laboral en el ámbito del Poder Judicial Macarena Marra Giménez.....	167
Condiciones salutaras de trabajo. Un modelo hacia el bienestar laboral Bettina Carol Koch.....	185
MIRADAS, RELATOS Y PROPUESTAS EN MATERIA PENAL.....	205
Elementos indispensables para defender, acusar y juzgar a mujeres en contexto de vulnerabilidad en causas de narcotráfico Laura Liliana Martín.....	207
Perspectiva de género y control convencional a propósito de casos de mujeres imputadas por contrabando y transporte de estupefacientes Débora Evelia Lastau.....	221

Niñas y mujeres víctimas de trata de personas: engaño, violencia y vulnerabilidad como los sellos distintivos de la trata de personas con fines de explotación sexual Enrique Lilljedahl.....	235
La fuerza expansiva de la cláusula de no punibilidad prevista en el artículo 5 de la Ley N° 26.364 María Pamela Tenreiro.....	251
Delitos sexuales en causas de lesa humanidad: un enfoque jurídico María Verónica Michelli.....	265
Situación de las mujeres que cometen delitos federales en la Provincia de Misiones Felicitas Biré Barberán Ruth María Ponce de León.....	277
Ciberacoso, sextorsión y otras violencias de género en el mundo digital María Virginia Miguel Carmona.....	291
Juzgar con perspectiva en la diversidad sexo identitaria: lineamientos para un abordaje integral de víctimas que pertenezcan a la comunidad LGTBIGNB+ Javier Teodoro Álvarez.....	309
La metafísica de la culpabilidad: tras dos décadas de Romina Tejerina Yamila L. Abdelcader.....	325
El uso de estereotipos de género en el razonamiento probatorio en el proceso penal Ignacio Ahargo.....	337

Sesgos de Género y función jurisdiccional.	
Impacto de la jurisprudencia reciente de la Corte IHD	
Romina Alicia Magnano.....	353
DERECHO Y LITERATURA.....	367
Una verdadera flor de fuego	
Ma. Noel Fernández Rivera.....	369

STAFF

PRESIDENTE

Andrés Fabián Basso

VICEPRESIDENTE ESTAMENTO JUECES

María Elena López

VICEPRESIDENTE MP FISCAL

Franco Eduardo Picardi

VICEPRESIDENTE MP DEFENSA

María Carolina Ocampo

VICEPRESIDENTE FUNCIONARIOS

Ignacio Rodríguez Berdier

SECRETARIA GENERAL

Paula Andrea Castro

PROSECRETARIO GENERAL

Marcelo Gallo Tagle

TESORERO

Marcelo Peluzzi

PROTESORERO

Maximiliano Callizo

SECRETARIO DE ACTAS

Eduardo Roberto Machín

CONSEJO DIRECTIVO

Andrés Fabián Basso
María Elena López
Franco Eduardo Picardi
María Carolina Ocampo
Ignacio Rodríguez Berdier
Paula Andrea Castro
Marcelo Gallo Tagle
Marcelo Alejandro Peluzzi
Maximiliano Alberto Callizo
Eduardo Roberto Machín
Vivian Barbosa
Javier Leal De Ibarra
Manuel Malbran
Yamile Bernan
Gonzalo Gassull
Corina Paulucci
María Fernanda López Puleio
Herman Mendel
Ariel Alejandro Ovelar
María Virginia Sansone
Néstor Pablo Barral
María Pilar Rebaudi Basavilbaso
María Mercedes Crespi
Agustín Davila Marks
María Jimena Monsalve

REVISORES DE CUENTAS

Federico Calvete
Luciano Lauría
Pablo Esteban Larriera

**AUTORIDADES COMISIÓN
DE REVISTA Y BIBLIOTECA**

PRESIDENTA

Melina de Bairos Moura

COORDINADOR

Alejandro Alé

INTEGRANTES

María Amelia Expucci

María Alejandra Méndez

Guadalupe Jantus

Pablo Ordóñez

Hemilce Núñez

Graciela González

Estela Vera Gómez Bello

Eugenia Cafferata

Manuel Álvarez del Rivero

Patricio Luxardo

Camila Blanco

Sergio Jallil

Prefacio

Andrés Basso*

Es un honor presentar a las y los lectores esta obra colectiva elaborada exclusivamente en el seno de la Comisión de Género de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, que se titula *Camino al andar. Hacia una Justicia con perspectiva de Género. Aportes en materia penal y no penal* y que recorre variadas temáticas de indispensable discusión que nos ofrecen una mirada necesaria en clave de género.

Se trata de un volumen que logra acercar un punto de vista original y primordialmente enfocado en la experiencia y vivencias de quienes sumaron su valioso aporte de notable interés académico. En este sentido, se ha logrado incorporar artículos vinculados al análisis de la situación de las mujeres que cometen delitos federales en la provincia de Misiones; sobre el juzgamiento con perspectiva en la diversidad de sexo identitaria; el uso de estereotipos de género en el razonamiento probatorio en el proceso penal; los sesgos de género y función jurisdiccional en los cuales se evalúa el impacto de la jurisprudencia reciente de la Corte IHD.

También se cuenta con temas de suma trascendencia y actualidad como el ciberacoso, sextorsión y otras formas de violencias de género en el mundo digital; la metafísica de la culpabilidad a 20 años del caso Romina Tejerina; los delitos sexuales en causas de Lesa Humanidad; sobre la fuerza expansiva de la cláusula de no punibilidad de la ley 26.364; un análisis sobre los elementos indispensables para defender, acusar y juzgar a mujeres en contexto de vulnerabilidad en causas de narcotráfico; como también un artículo sobre las niñas y mujeres víctimas de trata de personas.

* Presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.

Por su parte, se cuenta con el importante aporte de temas como los relativos al juzgamiento con perspectiva de género en materia de delitos tributarios; los principios que rigen los sumarios por violencia laboral en el ámbito del Poder Judicial; el derecho de daños con perspectiva de género; el trabajo de cuidado como un derecho humano fundamental y licencias para ahijar también en clave de género.

A su vez, se sumaron artículos que tratan sobre trascendentes temáticas como las que ofrece una perspectiva de género en el proceso civil; modalidades de responsabilidad estatal en la violencia de género extrema; el daño al proyecto de vida; el debate sobre la desigualdad de género por razones tributarias a la luz de la aplicación del IVA sobre productos de higiene menstrual; entre otros.

Finalmente, el libro contiene una propuesta de reflexión introspectiva sobre las condiciones “salutíferas” de trabajo y un modelo de abordaje para construir colectivamente el bienestar laboral, tan indispensable a propósito de las nuevas disposiciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sabemos de la imperiosa necesidad de incluir miradas con una mayor perspectiva de género dentro del Poder Judicial para afianzar así el compromiso con la consagración de los tratados internacionales en esta materia y lograr una mayor calidad en el servicio de justicia, acorde con las demandas actuales de nuestra sociedad.

Mantener y reforzar la necesidad de visualizar las múltiples temáticas que atraviesan las cuestiones de género, se presenta como un imperativo no solo de índole normativa, sino también de toda justicia y equidad. Es, en este contexto, que adquieren especial relevancia los aportes de quienes día a día, desde sus diferentes espacios, cumplen cabalmente con tal mandato.

En pleno siglo XXI, aún quedan muchas cuestiones por visibilizar y mucho más dentro del ámbito de la práctica judicial, de modo que celebro esta iniciativa como un puntapié inicial en un modo de pensarnos y trabajar en conjunto, en pos de una administración de justicia inclusiva y receptiva de las demandas de la época.

En este marco, esta edición reúne artículos que aportan una perspectiva de género a cuestiones de gran interés para los miembros del Poder Judicial y Ministerios Públicos y constituye una oportunidad singular para reconocer y difundir esta fundamental tarea, acercándonos análisis teóricos enriquecidos con experiencias cotidianas.

Merecen un especial agradecimiento las y los integrantes de la Comisión de Revista y Biblioteca por este nuevo proyecto; el Comité Editorial de la obra, las autoridades de la AMFJN y la Editorial IJ Editores, quienes todos los días hacen que este trabajo sea posible.

Bienvenido, entonces, este ejemplar, mérito de las autoras y autores que han elegido entregarnos sus diversas propuestas con un único objetivo: tener una mirada atenta para fomentar y fortalecer la incorporación de una perspectiva de género en la justicia.

Prólogo

Laura Victoria Ubertazzi*

La Comisión de Género de la AMFJN se independizó de la Comisión de Derechos Humanos a mediados del año 2021 y desde entonces HACE CAMINO AL ANDAR.

De a poco, sin prisa ni pausa, está construyendo un espacio propio. Una identidad.

Desde un comienzo con propuestas significativas de esa Primera Gestión independiente, presidida por la Dra. Alejandra Gabriela Vázquez – Jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala 1- y mucha, mucha labor, que se desarrolló junto a un gran número de asociados de todo el país, con vocación de intentar cambiar el paradigma imperante por entonces en materia de género, se consolidó un grupo humano que se sumó a colaborar y hacer, marcando el inicio de los logros que fueron generando la identidad de esta Comisión.

Una identidad que mientras pudo elaborar y poner en vigencia para nuestra Asociación un Protocolo para la prevención y abordaje de la violencia y el acoso en el ámbito laboral -el primer instrumento de esta naturaleza en el ámbito del Poder Judicial de la Nación- generó otras tantas propuestas como el libro que hoy me toca prologar.

La Dra. María Noel Costa – Jueza de Cámara y de Ejecución en el Tribunal Oral Federal 2 de Córdoba - Presidente de la Segunda Gestión de la Comisión en el año 2022, fue quien generó este espacio académico e invitó a las personas asociadas a que hicieran aportes propios en materia de género para ser publicados, promoviendo de este modo que la noble Comisión tuviera también *su propio libro*.

* Coordinadora de la Comisión de Género de la AMFJN.

Insistencia mediante de la gestión venidera, esa propuesta hoy culmina - luego de ciertos vaivenes - con este primer ejemplar del libro de género, que constituye un trabajo integrado, diverso, federal y completo, con aportes, ideas y propuestas de 23 asociados, que han escrito tanto en materia penal como no penal, conformando una obra auténtica, que nos demuestra que el recorrido es fructífero y que vamos haciendo CAMINO AL ANDAR.

Valoro en particular, y adjetivo como auténtica a la obra, porque cada escritor puso todo de sí, transmitiendo su saber y sensaciones desde el área en que cada uno se desempeña, pretendiendo aportar ideas significativas para mejorar y abrir caminos en esta materia transversal a todos.

El logro se evidencia hoy, en la Tercera gestión de la Comisión de Género a cargo de la actual presidenta Dra. Laura Liliana Martín - Defensora Pública Oficial de Primera Instancia de Paso de los Libres, Provincia de Corrientes-, quien, además de brindarnos su aporte como escritora, lideró la empresa para llegar hasta el final, la publicación del libro, que hoy podemos presentar y compartir.

Hablo en plural porque el libro contiene el empuje y trabajo de quienes integramos la Comisión de Género en calidad de Coordinadoras: la Dra. Bettina Carol Koch - abogada, mediadora y coach ontológico - quien, además, se suma con su aporte y mirada superadora en esta obra; y, por último, de quien suscribe y tiene el honor de prologar el trabajo finalizado, Dra. Laura Victoria Ubertazzi - Secretaria del Juzgado Federal de Ushuaia, Provincia de Tierra del Fuego.

La “historia” de esta publicación permite entender que el contenido de algunos artículos puede aparecer desactualizado, atento los avances más recientes en la materia; lo que en modo alguno desmerece la labor y propuestas de las obras que, finalmente, ahora se publican.

Agradezco a cada uno de los autores, valoramos su esfuerzo y la paciencia de los primeros en entregar sus trabajos.

Agradezco en nombre de la Comisión de Género por la oportunidad a la Asociación, y a la Comisión de Revista y Biblioteca.

Disfruten las propuestas. Su contenido los sorprenderá.

Mientras tanto, seguimos haciendo CAMINO AL ANDAR.

MIRADAS, RELATOS Y PROPUESTAS EN MATERIA NO PENAL

Ojos que no quieren ver, oídos que no quieren escuchar. Realidades en primera persona

María Virginia Chedrese*

*“Cuando no recordamos lo que nos pasa nos puede suceder la misma cosa,
son esas mismas cosas que nos marginan, nos matan la memoria,
nos quitan las ideas, nos queman las palabras”*

LITTO NEBIA

Abstract: A partir de la intervención de la Dra. Adriana Valinotti “De la igualdad ante la ley a la igualdad efectiva de derechos y oportunidades”¹, en el 1er Encuentro Nacional “Puertas adentro de nuestra casa. Las mujeres del servicio de Justicia hablan”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sede de la Universidad de Morón, 8 de marzo de 2022.

I. Introducción

Si bien no es costumbre, voy a agradecer públicamente la generosidad de las Dras. Adriana Valinotti y Mónica Cuñarro por la oportunidad brindada, como también a la Universidad de Morón por la hospitalidad y cariño recibidos en su casa.

* Abogada UBA, Master en DD TT y las Relaciones Laborales Internacionales. Diplomada en Negociación y Resolución Alternativa de Conflictos. Diplomada en Formas de Trabajo Remoto y Nuevas Tecnologías. Egresada y Diplomada de la Escuela Judicial de la Nación. Publicista de artículos de la especialidad. Coautora de obras de la especialidad. Docente de grado de la Universidad de Buenos Aires en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y en la Universidad de Ciencias Económicas. Secretaria en Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo.

¹ Nota: la ponencia de la Dra. Valinotti se ofrece para su lectura al final del artículo.

Siguiendo la lógica de lo que habitualmente no se hace, voy a explicar el por qué del título de este trabajo.

Tras haber tenido la oportunidad de participar del encuentro “Puertas adentro de nuestra casa. Las mujeres del servicio de Justicia hablan”, como también haber tenido la oportunidad de escuchar, ver y disfrutar de las disertaciones de las participantes, y de las preguntas y reflexiones del colectivo de compañeras, llegó a mí una nueva pregunta. ¿Por qué? Porque a veces la realidad molesta. Porque no cualquiera tiene la capacidad de ver y menos de discernir. Porque estamos frente a un cambio de paradigma en donde el respeto por la diversidad y la acción a partir de medidas positivas ya es parte de nuestro cotidiano actual.

Es por lo que, mi aporte tiene como función recordar algunas de las herramientas con las que contamos para poder abordar estas acciones positivas tan necesarias y, así, lograr resultados concretos, en donde las metas culturales, sociales y éticas, partiendo desde la democracia, sean posibles.

Ardua tarea por delante, sí. Pero, ya empezamos y no estamos solas.

II. La libertad de expresión como herramienta de cambio

El derecho a la libertad de expresión se encuentra contenido en nuestra Constitución Nacional, art. 19.1 PIDCP, arts. 14, 29, 32 CADH, 10 CEDH.

En el caso de nuestro ordenamiento constitucional, la libertad de expresión no es específicamente reconocida en un artículo en sí mismo, tal como inferí en el párrafo anterior.

Por cuanto, el art. 14 es el primero que hace referencia a este derecho fundamental. Dispone este artículo en su parte pertinente que todo habitante de nuestra querida Argentina tiene la posibilidad de “[...] publicar sus ideas por la prensa sin censura previa [...]”, conforme las leyes que reglamenten su ejercicio.

El art. 32 de la Ley Fundamental refiere que “El Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”; artículo tomado de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en donde la Primer Enmienda prohíbe al Congreso dictar leyes que limiten la libertad de expresión².

² La Primera Enmienda (Enmienda I) a la Constitución de los Estados Unidos prohíbe la creación de cualquier ley con respecto al establecimiento oficial de una religión, que impida su libre práctica, que reduzca la libertad de expresión, que vulnere la libertad de prensa, que interfiera con el derecho

La única forma de limitación a la libertad de expresión tendría espacio sólo por cuestiones de carácter general y sin poder restringirla específicamente. De más está aclarar que la limitación debe ser de carácter razonable, con todo lo que la razonabilidad implica.

Por su parte, también contamos con los artículos 1 y 33 de la Carta Magna, que describen la forma republicana y representativa de gobierno que alberga nuestro sistema de gobierno. Estos artículos resguardan la libertad de expresión por tratarse de uno de los pilares fundamentales de la democracia.

“[...] Mientras que en el primer artículo se adopta para el país la forma representativa, republicana y federal de gobierno, en el artículo 33 se afirma: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Se trata del reconocimiento de derechos implícitos que pese a no estar mencionados expresamente en el texto constitucional no pueden desconocerse por ser elementales para una república democrática. Muchos de ellos, de hecho, han sido incorporados de manera explícita a través de los tratados internacionales que han adquirido jerarquía constitucional. Otros, en cambio, fueron reconocidos por la Corte Suprema en diversos pronunciamientos o por leyes dictadas por el Congreso de la Nación [...]”³.

La moderna reforma constitucional del año 1994 introdujo en el artículo 43 un párrafo que otorga jerarquía constitucional al *recurso de amparo*. El recurso de amparo no es más ni menos que el remedio judicial expedito idóneo con el que cuenta la ciudadanía en caso de violación de algún derecho constitucional⁴.

de reunión pacífica o que prohíba el solicitar una compensación por agravios gubernamentales. Fue adoptada el 15 de diciembre de 1791, como la primera de las diez enmiendas de la Carta de Derechos. Fuente: Wikipedia.

³ Juan Antonio Travieso, director. Ed. El Dial. 1ª. Ed., año 2019. Pags. 575 y sgtes. Derechos humanos y garantías. Bases para su estudio y análisis.

⁴ Artículo 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una

Asimismo, y tal como reza la norma, se ha incorporado otro recurso, el de *habeas data*, en dónde se pone de resalto la toma de conocimiento de los datos referidos a ella y de su finalidad que consten en registros o datos públicos, o bien privados, para obtener informes. Por otro lado, reza el artículo que “No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”⁵.

El turno del artículo 68 de la C.N., que dice “Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”, es propiamente la inmunidad ante la ley otorgada por el Congreso a sus propios legisladores, para que puedan expresarse libremente sin sufrir amenaza alguna.

Por otro lado, el artículo 83 establece que, cuando una ley es vetada por el Poder Ejecutivo Nacional, es deber la publicación a través de la prensa de las objeciones, como también de los miembros del Congreso participantes de la votación.

Las nuevas incorporaciones a partir de la reforma citada, el artículo 75 conforme incisos 19 y 22, rezan: “[...] Proveer lo conducente al desarrollo humano [...] Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales [...]” y, “[...] Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Proto-

ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

⁵ In re, cita anterior.

colo Facultativo [...] la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [...] en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional” (el subrayado es propio).

Se ha definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el art. 13 CADH, como: “la libertad de pensamiento y expresión [...] comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole [...]”. Esos términos, establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales.

Se ponen así de manifiesto, las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica, también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno ⁶.

De esta manera, el derecho a la libertad de expresión posee dos dimensiones contrapuestas pero complementarias, las cuales, claramente, especificó la CIDH: “En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además e inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la

⁶ Corte Interamericana de DD. HH, opinión consultiva oc-5/85, 13 de noviembre de 1985, arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos humanos, solicitada por el gobierno de Costa Rica, prr.30.

Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier procedimiento”, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción en las posibilidades de divulgación representa, directamente y, en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente [...]”⁷.

Asimismo, “[...] En su dimensión social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”⁸.

Desde una perspectiva local y más recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, al dictar la referida sentencia, en el caso: “Grupo Clarín AS y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otros/acción meramente declarativa”, analizó los alcances de tal derecho, y expresó que: “[...] la libertad de expresión se constituye en la exteriorización de la libertad de pensamiento a través de la cual se promueve la autonomía personal y el desarrollo de quien la ejerce como individuo libre. Entendida de este modo -como facultad de autodeterminación, de realización de sí mismo- el ejercicio de la libertad de expresión admite una casi mínima actividad regulatoria estatal, la que solamente estaría justificada en aquellos supuestos en los que dicha libertad produce una afectación a los derechos de terceros (artículo 19 de la Constitución Nacional) [...]”.

Este Tribunal ha manifestado también que, “[...] el artículo 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros [...]” (Fallos: 335:799).

Incluso, “[...] la libertad de expresión comprende el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones difundidos a través de Internet. Así ha sido reconocido

⁷ Corte Interamericana de DD. HH, opinión consultiva oc-5/85 13 de noviembre de 1985, arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos humanos, solicitada por el gobierno de Costa Rica, prr.31.

⁸ Corte Interamericana de DD. HH, opinión consultiva oc-5/85 13 de noviembre de 1985, arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos humanos, solicitada por el gobierno de Costa Rica, prr.32.

por el legislador nacional al establecer en el artículo 1° de la ley 26.032 que reza que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión [...]”.

Volviendo al ámbito convencional, y teniendo en cuenta los términos del artículo 13 de la Convención Americana, la libertad de expresión es un derecho de toda persona, que se ejerce en condiciones de igualdad y sin discriminación, por ningún motivo.

En el ámbito universal, el reconocimiento de la dignidad, inherente a todos los seres humanos, y de sus derechos iguales e inalienables, por parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, determinan la libertad de expresión (reconocida y protegida) por el artículo 19 de ambos instrumentos.

III. El rol del Estado en el cumplimiento de las normas internacionales

Ante todo, es dable atender que no estamos frente a un Estado mudo, ciego y ajeno a la realidad, sino un Estado comprometido con su rol de carácter social a partir del reconocimiento de la conflictividad existente en tiempo y espacio con el fin mismo de generar soluciones posibles, que se prolonguen en el tiempo para que sean realmente efectivas. A partir de ese compromiso por parte del Estado, se logra el acceso a la libertad real del derecho de expresión -como obviamente a los demás derechos consagrados- y no simplemente a una mera enumeración vacía de normas.

Ahora bien, la actividad por parte del Estado es atendible desde el lugar de lo público, lo general. Pero este Estado está integrado por factores intrínsecos que parten de la naturaleza y cultura de cada ser humano que habita, crece y se desarrolla en él. Por eso, es dable atender en este sentido el lugar que tienen estos factores intrínsecos en el reconocimiento de los derechos que se reclaman.

El prejuicio ante lo no conocido o ante lo diferente es un factor determinante para cercenar derechos aún legislados y vigentes dentro de este universo de individuos que forman parte del Estado. Según la Real Academia Española, prejuicio significa “acción y efecto de prejuzgar y opinión previa y tenaz, por lo general desfavorable, acerca de algo que se conoce mal”.

Por otro lado, Rebecca Cook citada por Gialdino⁹ refiere a los estereotipos y, en tal sentido, los define como “un preconcepto generalizado a partir de adscribir a las personas determinados atributos, características o roles, en razón de su aparente pertenencia a un determinado grupo social”.

Por lo tanto, si conjugamos ambos significados, llegamos a la conclusión de que, además de prejuizar, quitamos el sentido al propio derecho de expresión conforme su raíz normativa, dado que, teniendo esta actitud negativa, categorizamos arbitrariamente en detrimento de la dignidad humana generando una amenaza al universo de derechos en general.

En tal sentido, dice Gialdino que “Los paradigmas culturales dominantes que discriminan suelen estar recubiertos de varios envoltorios de mitos, tales como que la cultura es homogénea y monolítica, o apolítica y desvinculada de las relaciones de poder imperantes y de las circunstancias económicas y sociales que operan en ella. Mas en cuanto que sirven para proteger los intereses de los que monopolizan el derecho a hablar en nombre de la cultura, también desarrollan una vida por su cuenta, en la medida en que se transforman en realidades percibidas [...]”¹⁰.

Entonces, el Estado mismo, quien legisla y aplica la ley, tiene que estar al tanto de estas diferencias, a veces manifiestas, a veces ocultas, dentro del paradigma conocido y *políticamente correcto*.

El Estado debe comprender, analizar y recabar en las diferentes realidades con las que cuentan las diferentes voces, llegando así a la aplicación de la norma a partir de razones válidas y objetivas, evitando así los caprichos y prohibiciones devenidos del principio de la libertad tan aclamada.

Es entonces que, y tal como refiere el art. 75 inc. 23 de la C.N., al adherir a estos conceptos obliga al Estado inicialmente, y luego a la ciudadanía, a dar cumplimiento con el cabal respeto y el pleno ejercicio de medidas de acción positiva, conforme el “pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados vigentes sobre derechos humanos”. Por lo tanto, el Estado cuenta con una obligación plena para su cumplimiento, dando espacio para accionar directamente con relación a medidas directas y abarcativas a toda la sociedad para evitar, así, caer en derechos vacíos.

⁹ Gialdino Rolando E., Ed. Abeledo Perrot, año 2013, Derecho Internacional De Los Derechos Humanos.

¹⁰ Idem cita 10.

Proveer de recursos, garantizar, promover el ejercicio, son todas acciones accesorias para el pleno uso y goce del ejercicio de estos derechos, por cuanto este enunciado de “quitar los obstáculos” se define también en el cambio de las condiciones anteriores para dar paso a condiciones de mayor dignidad y recepción de los derechos por parte de los individuos que, en definitiva, son los que forman ese Estado comprometido.

La garantía que debe efectuar el Estado no es más que el compromiso que asume frente de sus representadas y representados a partir de la preexistencia de la humanidad que las y los antecede. Recordemos que esta humanidad es la que las y los hace acreedores de los derechos humanos que propugnamos.

En esta instancia debemos tener presente que los tratados de Derechos Humanos, tal como ya lo hemos referido, deben ser considerados como parte fundamental del derecho positivo de cada Estado. Por lo que, no pueden convertirse en derechos inalcanzables, sino que deben tener efectividad en cuanto a su cumplimiento y, por lo tanto, deben contar con un factor de prevención para que los individuos puedan obtener la eventual reparación de sus derechos ante eventuales violaciones de los mismos. Las garantías ya descriptas sirven para proteger, efectuar titularidad y ejercer los derechos descriptos ante los organismos del Estado en su carácter de detentador del poder público.

IV. Aplicación de las normas internacionales al derecho interno. Su obligatoriedad. Jerarquía de normas internacionales

Un tratado internacional puede hacerse al derecho interno de un Estado a partir de la aceptación, la aprobación o la adhesión. Por lo que, más allá de la condición aceptada por cada Estado, a partir de la entrada en vigencia de aquel, hace que el mismo Estado asuma las consecuencias por la obligatoriedad -automática o no- de las normas del mismo y por el eventual incumplimiento de estas.

A partir de estas premisas, se advierten dos condiciones: la aplicación inmediata de normas convencionales al derecho interno o la no aplicación inmediata.

La primera de éstas, la aplicación inmediata de las normas de los Tratados internacionales relativas a los Derechos humanos, determinan la aplicación directa de sus reglas en todos los Estados parte, es una de las manifestaciones del principio de efectividad de los tratados.

Se obliga a los Estados a proteger y a garantizar los derechos manifiestos en cada tratado, por cuanto la aplicación inmediata hace que se deba adaptar el derecho interno y sus prácticas previamente a la ratificación o bien a la incorporación del tratado. Ya que, de otra forma, sería violatorio del tratado internacional la no aplicación de éstas reglas, en atención al no reconocimiento de los derechos y libertades de las personas que se encontrarían involucradas.

Otra de las posturas es la entendida a partir de la no obligatoriedad de los tratados en forma inmediata con relación al derecho interno. Si bien, esta condición no está regulada en el derecho internacional -recordemos que la Convención de Viena de Derecho de los Tratados en su artículo 26 dispone "*Pacta sunt servanda*: todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe- si lo está en la norma Magna de cada uno de estos Estados".

Se podría llegar a agregar, además de la característica de la no incorporación automática, que para ser posible su aplicabilidad en el derecho interno primero deben ser incorporados a partir de normas internas. En otras palabras, debe transformarse el tratado internacional juntamente con las reglas y disposiciones que engloba el derecho interno que va a aplicarse al Estado en cuestión.

Sin perjuicio de lo mencionado supra y a partir de las reglas impuestas por la ya mencionada Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, sea que el Estado firmante adopte el sistema monista (incorporación directa) o dualista (incorporación a partir de una norma interna), la disposición *pacta sunt servanda* emanada de la mencionada dispone la obligatoriedad del cumplimiento de la normativa internacional en cualquiera de los dos casos. En otras palabras, las reglas deben ser cumplidas por el Estado firmante a partir del dar cumplimiento con el principio de buena fe que se deben entre los miembros.

Es aplicable el derecho consuetudinario para evitar abusos tanto en la reglamentación de los tratados al incorporarlos al derecho interno, como también ante la falta de aplicabilidad aduciendo la falta de incorporación constitucional. Por lo tanto, en el primer caso está vedada la posibilidad de violar la letra del tratado y, en el segundo, está vedada la posibilidad de no aplicar el mismo por falta de integración interna.

En tal sentido, es dable remarcar que los Estados están obligados a dar efectividad a los derechos plasmados en los tratados, no simplemente incorporarlos o tenerlos presente. Deben aplicarlos, deben dar cuenta de ellos en los hechos en los que es necesaria su aplicación al caso concreto.

La premisa de “deber de garantizar los derechos humanos” significa que, es el Estado, a partir de ser la suma del poder público y tener los mecanismos de compeler a los individuos al cumplimiento de las normas, el que debe hacer justicia con el fin de garantizar a los individuos el reconocimiento de los derechos y garantías aportadas por el Tratado, y con el fin de poder contar con tales herramientas ante la eventual violación de algún derecho allí descripto, ya que, como se infiere, todos son exigibles y justiciables.

Ahora bien, la obligatoriedad nos enfrenta a otro interrogante: ¿la aplicación de los tratados es directa?, no en el sentido descripto anteriormente en cuanto a la obligatoriedad sino respecto a si la regla resulta operativa o autoejecutable.

Esta dicotomía ya se planteó en la causa “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”¹¹ de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 1992 -texto anterior a la reforma Constitucional del año 1994- que, si bien consideró la operatividad de los tratados internacionales, no menos cierto es que tuvo que hacer una aclaración a su respecto para evitar -en casos similares y sólo por economía procesal y no por obligatoriedad- futuras violaciones de derechos.

Las normas son operativas y no necesitan ser reglamentadas visto que son de aplicación directa ante un hecho determinado de la realidad, so pena de violentarse los derechos allí reconocidos en pos de una formalidad que nada aporta en cuanto a la prioridad que éstos se deben a la sociedad en su conjunto.

Es más, aun cuando los tratados de derechos humanos dispongan que serán aplicables “en las condiciones que establezca la ley” (art. 14.1 de la Convención Americana de DD. HH), citado por Gialdino, la Corte Interamericana de DD. HH, cuando “traduce” lo allí mencionado, aclara que “refieren a los diversos temas jurídicos internos, integrados también por las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como la legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas”.

Luego de la reforma constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación continuó expidiéndose acerca de los derechos internacionales aplicados al derecho positivo argentino. Uno de los casos más emblemáticos fue el mentado “Vizzoti”, que adhiere plenamente a la efectividad de los derechos existentes a partir del Pacto de los Derechos Económicos y Sociales en cuanto considera que los tratados de derechos humanos particularmente tienen que tornarse efectivos y no meramente ilusorios y, en tal sentido, dice que “[...] los derechos humanos

¹¹ Fallos 315:1492.

a) no son derechos huecos a ser llenados por el legislador y b) tienen su contenido que lo proporciona la propia Constitución, siendo su determinación precisamente uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional”. Por lo tanto, las disposiciones y principios de los instrumentos internacionales, sin perder tal condición, y sin dejar de estar sometidos al control de los órganos internacionales competentes para ello, se incorporan plenamente al sistema jurídico nacional, dónde generalmente se les reconoce su supralegalidad, por disposición expresa o como consecuencia de su naturaleza. Tales disposiciones y principios primarán sobre la legislación, las costumbres o cualquier otro tipo de normas que sean menos favorables para la persona humana. La norma del *ius cogens*, denominada también norma imperativa del derecho internacional general, ha sido definida por el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados como “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Por tanto, como ya hemos alegado, las normas internacionales no pueden ser inicialmente dejadas de lado y, ahora, tampoco pueden ser modificadas por los Estados parte, a partir de lo dicho y del ya mencionado principio de *pacta sunt servanda* que define sin más que las normas están para ser cumplidas y que su cumplimiento deviene del deber de buena fe de estos Estados.

En adición a lo mencionado precedentemente, no podemos dejar de lado la relación jerárquica existente entre los tratados de derechos internacionales y el derecho interno. Es dable atender que, inicialmente, el hecho de ser humano, el principio *pro persona*, hace obligatoria la aplicación de la norma más protectora ante una eventual concurrencia entre ellas. Y, por otro lado, en letra de Gialdino¹² “[...] si excluimos de la liza los conflictos entre tratados y leyes, bien podría decirse, parafraseando el hemistiquio de Juvenal, que entre la práctica de los derechos humanos las tensiones entre preceptos convencionales y constitucionales, con *rara avis in terris* (ave rara en la tierra) [...] el derecho interno exhibe una marcada tendencia a diferenciar los tratados de derechos humanos de los restantes tratados, dispensándolos de una jerarquía privilegiada [...]”.

La mirada diferente que se aborda a partir de la aplicación de los Tratados de Derechos humanos nos hace ver al mundo en su integralidad. Dejamos de

¹² Idem cita 10

lado, entonces, la verticalidad confortable a la que estamos acostumbrados para comenzar un intercambio e interrelaciones a partir de la horizontalidad del cuerpo jurídico de los derechos humanos.

La jerarquía, desde un inicio se verifica a partir de la inclusión y no de la lucha por los espacios. Es el sentido horizontal y solidario de la norma internacional, en el sentido de la protección de la persona humana.

Ya hemos referido a la obligatoriedad como consecuencia de la existencia y subsiguiente aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Más allá de ello, no resulta vago el recordar que el Estado, que válidamente (a partir de la ratificación, firma, inclusión, etc.) ha contraído obligaciones internacionales, no tiene más opción que efectuar las modificaciones necesarias en su ordenamiento interno a fin de dar fe del cumplimiento de las obligaciones por las que ya asumió.

Se ha dicho que, desde el punto de vista del Derecho Internacional, el derecho positivo local es un mero hecho, por lo que un Estado no puede alegar contra otro Estado su propia Constitución, con vistas a evadir las obligaciones que le corresponden bajo el derecho internacional o los tratados en vigencia.

Por su parte, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2 inciso 2, observa en forma categórica en cuanto “permite a los Estados Parte que hagan efectivos los derechos del Pacto de conformidad con los derechos constitucionales internos, el mismo principio se aplica con el fin de evitar que los Estados Partes invoquen disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado”. Por lo tanto, como ya hemos dicho con anterioridad, ante algún conflicto, debe prevalecer la legislación internacional frente a la legislación interna o las prácticas “usuales” del Estado.

V. Conclusiones

No podemos tapar el sol con una mano. Es evidente que estamos transitando por un quiebre rotundo de paradigma en donde estamos deconstruyendo para volver a construir, a veces, también, sobre nuestras cenizas.

El hecho de desaprender para volver a aprehender desde una realidad no maquillada, a veces, es doloroso.

La realidad tapada que no nos era permitido ver, generada por desgano, mal intención o no conveniencia, hoy está siendo historia vieja. Una historia que necesariamente debe ser el trampolín para el reconocimiento cabal de derechos, a partir de la acción positiva tanto individual como colectiva.

Obviamente que este planteo incomoda. Es complejo aceptar la naturalización de la restricción al derecho a la libre expresión porque, tanto por acción o por omisión, somos todas y todos responsables de ello. No podemos continuar sesgando un derecho ahora que hemos tomado consciencia.

Tal como mencioné al inicio, el camino ya empezó a ser transitado. Sigamos.

Ponencia de la Dra. Adriana Valinotti

Presentación de los antecedentes académicos y laborales de la Dra. Valinotti por parte de la moderadora, y dice: Adriana Valinotti ingresó a la Justicia Nacional del Trabajo en el año 1989 y, desde entonces, viene ascendiendo a todas las categorías por concurso o escalafón. Se encuentra actualmente trabajando como secretaria Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la Secretaría de Justicia Laboral 6. Ella es egresada de la Universidad de Buenos Aires, en donde continuó desempeñándose en la Facultad de Derecho como docente e impartiendo cursos de posgrado en distintas universidades nacionales y extranjeras; además, es Magister en Derechos Humanos por la Universidad de Andalucía y, ahora, le cedo el micrófono porque le da pudor su propio desempeño (...).

Intervención y ponencia de la Dra. Adriana Valinotti: “No me da pudor... Buenos días a todos, todes y todas y espero que lo haya dicho bien, porque si no las chicas nos retan y dentro de un ratito las tenemos en la plaza. (A la moderadora) La interrumpí porque esa es la parte más importante de mi trayectoria para las que no me conocen y porque refleja lo mucho que nos cuesta a las mujeres llegar a los cargos jerárquicos. Yo transité más de veinticinco años hasta que pude acceder a un cargo jerárquico. Cuando un varón accede refleja el talento, cuando una mujer de la misma edad concursa, si tenés tiempo podés es-

perar, o los chicos tienen que crecer o tenés que ocuparte de los padres que también tenés a cargo. La parte más importante de mi trayectoria era esa, era mostrar lo que pasamos las mujeres, porque de eso vinimos a hablar hoy aquí. Nos convertimos... Pasamos de ser operadoras del sistema jurídico y tomamos la voz como usuarias del sistema de justicia. O sea que, de lo que queremos hablar hoy y nos convocamos es qué nos sucede al interior de los Poderes Judiciales y los Ministerios Públicos. Dicho esto, y antes de comenzar con lo que había pensado compartir con ustedes, agradecer a la Universidad de Morón, que rápidamente Mónica (Cuñarro) hizo referencia cuando dió las palabras de apertura (...) fue muy duro conseguir un lugar para este evento, fue muy difícil encontrarse con que no quieran a un colectivo de mujeres y menos si son mujeres del servicio de administración de justicia hablando de lo que ocurre puertas adentro, y la Universidad de Morón, en 48 hs, nos dió el espacio, nos aseguró todo lo que ustedes están disfrutando hoy, hasta los medios tecnológicos con los que contamos, así que, nuestro agradecimiento a las autoridades, al Dr. Jorge Rodríguez, a Connie que la veo por ahí y que tanto ha trabajado. El homenaje, como también ha dicho la Dra. Caamaño "la figura de Carmen Argibay ha trascendido la historia". Yo quiero dedicar también mi intervención, que no va a ser de la estatura que ha adquirido ella, pero quiero dedicarla también a quien fue su mano derecha, a quien llevó adelante y organizó la Oficina de la Mujer, llevó a todo el país el trabajo, y que tiene -además de ser una mujer inteligente como pocas hemos conocido-, una capacidad de trabajo y compromiso que nos debe guiar. Vaya mi afecto y mi recuerdo a Flora que ha padecido tantas cosas por ser feminista y animarse a cambiar las estructuras del Poder Judicial (aplausos). Bueno, de que vamos a hablar. Por supuesto se supone que los feminismos son disruptivos y que hay que hablar de lo que no se puede. Un tema el que no siempre tenemos presente es la colisión, porque fue un impacto, entre la perspectiva de género y todo el andamiaje de los DD HH. A primera vista, uno podría pensar que la protección de la mujer estaba/está en ese conjunto de instrumentos llamados a tutelar a la persona, sin embargo, cuando buscamos en la historia de todo el desarrollo de los derechos humanos en el plano normativo, nos encontramos que comenzaron siendo contruidos sin perspectiva de género. Entonces, la pregunta es: ¿cómo aplicamos un ordenamiento que nació sin hacerse cargo de la discriminación y la desigualdad de las mujeres y del género en general? La primera observación que se me ocurría es: ¿qué es la perspectiva de género? Es-

tamos muy acostumbrados a manejarnos en el plano normativo. Afortunadamente, la Argentina cuenta con uno de los ordenamientos más completos en materia de género. Tenemos también legisladoras como las que nos han acompañado, que impulsan y promueven esto. El convenio 190 de la OIT - estamos dentro de los países en ratificarlo y darle fuerza normativa- pero, al momento de aplicar en los textos y los desarrollos, tenemos dificultades. La perspectiva de género impone necesariamente repensar las construcciones sociales y culturales. Repensar construcciones sociales y culturales, Berger y Luckmann diríamos, “la construcción social de la realidad, no hay nada natural, no hay nada dado”. Toda la vida social y nuestro lugar en estas sociedades complejas viene construido de distintas maneras. ¿Pero qué es lo que repensar? Hay que decirlo. Lo que se está cuestionando de la perspectiva de género es la distribución de poder entre hombres y mujeres, esto es una lucha de poder, en definitiva. Centrar el debate, como muchas veces ocurre, en la no discriminación, es resignar el derecho a la igualdad. Cuando lo vemos en términos de distribución de poder, lo vemos en términos de igualdad. Si no cuestionamos, si no ponemos en tensión esas estructuras que nos han asignado determinados roles y nos dificultan el avance, nos conformamos con la no discriminación. Lo voy a decir en una manera casi cruenta, hay que dejar de reclamar guarderías para empezar a reclamar paridad. Esta es la gran diferencia con la no discriminación. No es la incorporación de la mujer al mundo del trabajo lo que resuelve la paridad con los hombres, lo que resuelve es que esté en idénticas condiciones con los hombres en ser incorporada. Todos son avances. Combatir la no discriminación es un avance, pero el objetivo es la igualdad y la igualdad es un derecho, no es un principio. La igualdad se sostiene en la ausencia de diferencias, la no discriminación es atender a la diferencia de los sujetos. Las secciones positivas se instalan en el terreno de la no discriminación, pero no garantizan la paridad. No apuntan ni consolidan una sociedad igualitaria en materia de género. La perspectiva de género es una herramienta conceptual, este es un punto importante, un enfoque teórico que viene dado por fuera de lo que son los planos normativos, incluso los de DD. HH. Los precede, es un presupuesto, como herramienta conceptual y práctica. Decía Habermas, y acá lo traigo a lo que nosotras vivimos como operadoras, “el derecho es un sistema empírico de acción” y definía al derecho. Estamos muy acostumbrados a Ihering, a la teoría jurídica clásica. Cuando lo vemos desde el plano de la teoría social, el derecho se advierte como un sistema

empírico de acción. Todo lo que hacemos cada día como operadores o como usuarias. Hoy nos hemos colocado mucho más cerca de la plaza que a las tres de la tarde se va a reunir para conmemorar y construir. Una de las características de este movimiento es que cada año trae una nueva reivindicación. Cada año, señala una nueva falencia. Nos colocamos más cerca del usuario del servicio de administración de Justicia que del operador. Ahora, como operadoras y entendiendo el derecho de este lugar, como un sistema empírico de acción, tenemos la capacidad de reproducir las prácticas sociales o de producir nuevas prácticas sociales. Veo algunas de las que están aquí y otras que también nos acompañan en modo virtual, que en sus sentencias incorporan la capacitación en los ámbitos de trabajo, condenan. Y esto es importante también. Los que leemos una sentencia sabemos lo que es. Pero para el destinatario, para los justiciables y para nosotras mismas, tomar conciencia. Condenan. Ejercen el imperio del Estado condenando a capacitarse en materia de género. Condenan porque no fueron los agresores, pero permitieron la agresión, porque tuvieron a disposición las herramientas para reparar, pero no eligieron reparar, eligieron separar a la víctima o crear condiciones. Miren que paradoja interesante se da con nosotras, ¿no? Cuando relevaban las chicas la casuística. Nos invitaban a contar que nos pasó en nuestra carrera. Si fueran jueces laborales o jueces civiles y en el ámbito laboral hay una mujer que sufre de hostigamiento, violencia, acoso, se separa al agresor del ámbito laboral. Si fuera un juez civil, se separa del ámbito familiar. Cuando son mujeres las que forman parte del servicio de Justicia, a las que se separa es a la víctima. Ella pierde su lugar de trabajo, su entorno social y queda estigmatizada con una licencia psiquiátrica en su legajo y se le corta la carrera. Denunciar tiene el precio de perder la vida que fueron construyendo. Es el único ámbito en donde pasa esto. Ni en el penal, ni en el civil ni en el laboral se va a estigmatizar a la víctima y se considera una falla del sistema la revictimización. Pero nunca se la separa de su entorno. El que debe salir es el agresor. En el sistema de administración de Justicia es exactamente al revés. Es la víctima la que sufre primero el hostigamiento y la violencia y luego una nueva violencia que es perder su trayectoria, su aspiración y su lugar de trabajo. La perspectiva de género es más una visión inclusiva. ¿Por qué? Por qué habla de necesidades. ¿Necesidades de mujeres? Si, pero también de hombres. Este es un aspecto que es relativamente reciente. ¿Qué pasa con los hombres que forman parte y ven que tienen que tolerar entornos dónde se ejerce violencia de género? La necesi-

dad no es sólo de la mujer. También está en la construcción de las relaciones sociales entre hombres y mujeres, la necesidad y la perspectiva del varón a tener un medio libre de violencia. Este es el gran hallazgo de Convenio 190 (...) salimos de la víctima en concreto, que es la víctima de violencia de género, para ir a la violencia laboral como patología. Establecer la interdicción de la violencia laboral. Una de esas posibilidades de violencia, es la violencia de género, está contemplada. Pero la gran amenaza a la salud social, a las relaciones sociales sanas, es el contexto mismo de violencia en el marco de subordinación. Doy el ejemplo de laboral porque soy laboralista, como muchos saben, así que me van a ver volver muchas veces a casa. Si lo tenemos como marco, como un enfoque teórico que precede, y es un presupuesto y debe tener consecuencias metodológicas. ¿Qué quiere decir consecuencias metodológicas? Que debo tener estrategias de abordaje, tengo que poder tener estrategias de prevención, de análisis de la casuística, y, a partir de eso, desarrollar protocolos de actuación y estrategias de resolución y reparación. No es la capacitación el corazón de la perspectiva de género. ¿Por qué? Porque es *praxis*. Apunta a cambiar estructuras sociales. El tiempo de la capacitación que inició con Carmen Argibay y su enorme paciencia para ir construyendo con tenacidad, tiene que sucederse en acciones concretas de sanción y reparación en los casos de violencia de género. Reducirlo a dar cursos de capacitación no es sólo resignar el objetivo de la igualdad, sino simular que estamos instrumentando políticas. Todas hemos pasado por entornos en donde los varones y las mujeres comparten estas prácticas, porque hay muchas mujeres que toleran y participan de las prácticas discriminatorias de género; esto también hay que decirlo, que se resisten a aplicar las perspectivas de género, aunque tengan un mandato legal y constitucional. Incluso para los más reticentes con el tema de los DD, HH, yo digo, bueno tienen el 75 inc. 23, o sea, tienen que dar amparo y deben tener políticas porque es un grupo protegido constitucionalmente y, sin embargo, hay mucha reticencia todavía. Hay que tomar a la perspectiva de género como herramienta conceptual y práctica y tener en cuenta que el marco normativo es de los más completos en Argentina. Pero hay que tener en cuenta de la lectura de los elementos fundamentales, que muchos instrumentos no reconocían la perspectiva de género. Hay un fuerte sesgo de masculinidad -se dice en la teoría general- que limitó enormemente la aplicación y el desarrollo. En definitiva, integrar la perspectiva de género es una decisión inclusiva de la sociedad, de las necesidades de derechos, tanto de hombres

como de mujeres, y la aplicación de estos instrumentos permite identificar inequidades, diferencias y, sobre todo, la falta de neutralidad de la normativa. Este es un debate que en lo cotidiano lo tenemos, no se da tanto en lo académico o en los espacios (...) que pocos se animan a escribirlo. Muchas veces se percibe en esta reticencia avanzar en la perspectiva de género, que el derecho pierde neutralidad, y es verdad que pierde neutralidad. ¡Claro que pierde neutralidad! Porque la neutralidad no reconoce la perspectiva de género. La norma no se aplica igual para hombres y mujeres, porque estamos frente a un colectivo vulnerable y porque la manda del 16 (de la CN), la manda del derecho a la igualdad que presupone en estas interpretaciones una neutralidad del sistema jurídico, del sistema normativo, es una manda pensada, con este contenido normativo, para el SXIX. Es el 16 del SXIX, no es el 16 enclave de derechos fundamentales y con perspectiva de género. Hay algunos errores comunes en la utilización y aplicación de la perspectiva de género. Yo les quiero reconocer que, da mucho temor en el lenguaje ingresar en todas las cuestiones de género, porque estas chiquitas que vamos a tener a las tres de la tarde en la plaza son de temer (risas de las asistentes). Yo intenté dar una clase de lenguaje inclusivo, pasé cinco días escribiéndolo, traté de memorizarlo y me señalaron no menos de veinte errores y juro que puse todo el esfuerzo porque daba clases para Guatemala y digo, vamos a llevar el lenguaje, pero es imposible. Hablan otro idioma realmente, porque piensan otro mundo. El lenguaje estructura la psiquis y el pensamiento. También el lenguaje es relación de poder simbólico, como decía Beatriz Lavandera “hay quien tiene el poder de decir y construir con ello la realidad en la que vamos a estar inmersos”. Ellas están construyendo un mundo distinto. Nosotras tratamos de acompañar, vamos acercándonos. Primera cuestión que es importante para la perspectiva y para la aplicación de los derechos fundamentales desde este posicionamiento, la palabra “género”, muchas veces de manera explícita o de manera implícita, se utiliza como sinónimo de mujer. Cuando hablamos de género y diversidad, estamos superando esa visión que reduce toda la perspectiva de género a la problemática de la mujer y no como un tema de relaciones. Vuelvo al principio en lo que decía, lo que estamos discutiendo y poniendo en tela de juicio, relaciones y como se distribuye el poder en las sociedades, entre hombres y las diversidades que también reconocemos. Muchas veces se entiende como una variable, y esto lo vemos en el quehacer del Poder Judicial, tanto de los Ministerios Públicos como de la administración de Justicia.

Es una variable más. Esto se interpreta así, pero, como estamos con perspectiva de género, se dice: no, es una perspectiva de análisis, porque si no partimos de ello como presupuesto, no modificamos. Y la ley no tiene una existencia más allá del acto hermenéutico que le da contenido. La ley, como reconocía Kelsen al final de su larga trayectoria -la mayoría lee al primer Kelsen, a mí me gusta leer al último Kelsen-, “[...] la ley es una ficción, porque el derecho es praxis social [...]”. Puedo tener el mejor marco normativo y puedo tener operadores judiciales que destrazan el marco normativo y que reproducen relaciones de poder simbólico, con discriminación y con violación del derecho de la igualdad. Así que, el punto es tomar a esta perspectiva como unidad de análisis, como punto de partida para los análisis. ¿Cuál es la diferencia de tomarlo como variable y como perspectiva de análisis, como posicionamiento teórico? Que cuando vemos a la cuestión de género como una variable más, terminamos -digo yo- agregando a las mujeres a determinados ámbitos, a las reuniones, al derecho a la información, a que voten, le damos un cupo, se capacitan, pueden trabajar, esto es la perspectiva como una variable que no modifica las relaciones de poder, no modifica la distribución de la renta en las relaciones de poder. La intención de un abordaje desde la perspectiva de género es reconceptualizar y efectuar relecturas de la realidad social. Vamos a poner en crisis permanentemente determinadas relaciones, incluso muchas de nuestras propias prácticas. Muchas de nuestras propias prácticas. Por eso, decía también hace un rato, hay muchas mujeres que se resisten a las perspectivas de género. Hay un empoderamiento de la mujer al interior del ámbito familiar -esto también es así-, cederle el lugar al varón, no es algo que todas las mujeres compartan. Las licencias parentales se reclaman para que acompañe a la mujer y hay licencias parentales que en realidad es del cuidado del niño, no de la mujer. Es el niño, cuando uno piensa la excedencia, la excedencia... y hay modelos comparados... yo sé que es políticamente incorrecto decir estas cosas, pero bueno, estamos charlando entre nosotras y no nos ve nadie, así que.... La licencia por excedencia la puede tener tanto el varón como la mujer. No todas las medidas..., sino caemos en una ley de contrato de trabajo del año 1974, donde todo esto está en el capítulo de la mujer. Hoy hay varones que reclaman la paridad y acompañan el tema de la incorporación de la mujer, pero la acompañan como sujetos. La perspectiva de género obliga también. Utilizarlo como variable es, además, adaptar a la mujer al mundo del trabajo. Esto pasó mucho en el mundo laboral. Recordarán

en la época del 90' cuando se produjo una reforma en la Ley de Contrato de Trabajo que permitió el trabajo nocturno de las mujeres, como un avance de derechos. En verdad, el trabajo nocturno violenta la integridad biológica de varones y de mujeres, no es un avance trabajar en minas, por ejemplo. Hay un caso famoso de la OIT (Organización Nacional del Trabajo) dónde se consideró discriminatorio la prohibición de que las mujeres trabajaran en la actividad minera, es una actividad insalubre. ¿Y qué estamos pensando? Adaptar a la mujer al mundo laboral. La perspectiva de género obliga a repensar las relaciones y también las relaciones laborales. Afortunadamente, de aquel modelo extractivista, si se quiere, de las potencialidades de trabajadores y trabajadoras, hoy hay un gran debate sobre el mundo laboral como un lugar de bienestar. No hemos avanzado demasiado, pero el *work play* es un objetivo, las jornadas flexibles, la flexibilidad horaria... esto no de la perspectiva de género sino de la perspectiva de los trabajadores y las trabajadoras y han resignificado el mundo laboral. Pero lo cierto es que, hasta ahora, el gran esfuerzo es adaptar a las mujeres a esta estructura. Es en definitiva un trabajo intenso, arduo, en el que hay que entrenarse y tener una gran voluntad. Es muy difícil la perspectiva de género. Nosotras cambiamos estructuras que adoptamos de muy chicas. Hay que desprenderse en lo personal y en lo laboral de los mitos, los estereotipos... Hoy se va a hablar a lo largo de la jornada de cómo impacta todo esto en la situación de la mujer al interior del servicio de Justicia y, también, de visiones y conocimientos sesgados. Decía Heuser en la década del 70', que las sociedades contemporáneas, se refería a las occidentales, atravesaban una crisis de la razón, lo que se había perdido era la racionalidad, y, que todo el mundo de los derechos fundamentales que iniciaba en esa década, en la década del 80' y que va a tener gran desarrollo en el 90' y sobre todo en el inicio del milenio, pretendía dar a las sociedades esta razonabilidad o racionalidad perdida. Como a través del derecho, esa tensión permanente y que tiene el servicio de administración de Justicia, que se le reclama que repare a veces lo imposible, que sea rápido, que sea efectivo, que sea una construcción social de una realidad distinta. Lo que fracasa, cuando fracasa el sistema político, cuando fracasamos como sociedad en la construcción, se apela a la administración de Justicia, ¿para qué?, porque en el Derecho descansa esa racionalidad perdida. Nos encontramos cuando vemos el tema de género, que esa racionalidad de los derechos fundamentales se construyó sobre la base de estereotipos, roles y distribución de poder que perjudica específicamente a

uno de los colectivos, que es el colectivo de toda la problemática de género. Digo, a esa racionalidad de los DD. HH sin perspectiva de género, hoy hay que reformularla al aplicarle la normativa (Risas y comentarios respecto del tiempo de la exposición). No es políticamente correcto decir “los Derechos Humanos no tienen perspectiva de género” pero la verdad es que fue así. La Declaración Universal termina ampliando el término “derechos humanos” por el enorme esfuerzo que hicieron las mujeres. Intervención, “para que no diga de los hombres”. Responde Valinotti, “Exactamente, como ocurrió con la Declaración Americana de los derechos del hombre. En realidad, el texto original era aquel”. ¿Qué ocurrió? Las mujeres que acompañaban en las delegaciones, estaba Eleanor Roosevelt también -el enorme poder de la ex primera dama del país del norte- y una dominicana, la vamos a recordar también hoy. Yo pensaba que mujeres podemos traer a la mesa... Minerva Bernardino fue el gran artífice para que la Declaración Universal fuera finalmente de Derechos Humanos. Pero lo que puso en evidencia esta crónica, este derrotero, es que los derechos fundamentales se pensaban desde la masculinidad. Eran derechos que no contemplaban salud reproductiva, derechos sexuales, un universo que quedó fuera. Luego vino la etapa de la incorporación con las Convenciones específicas de las que seguro nos va a hablar Eleonora (Slavin). Pero lo cierto es que esa realidad nos pone en alerta a que no todos los instrumentos están pensados en clave de perspectiva de género y no todos respetan el tema de la igualdad, no todos nos van a llevar a la paridad de género si no hacemos un esfuerzo al momento de interpretar y aplicar, y por eso el método con el que se aborde todo el plexo de derechos y del Derecho Internacional de los DD. HH. tiene que incorporar la reproducción más reciente de los órganos específicos para este sistema. En buena medida, tenemos que trasvasar el peso en otra dirección. El mundo recuerda frecuentemente a aquel pastor protestante que tenía el don de la palabra, que lideró uno de los movimientos de los derechos civiles más importante en los EE. UU., todos recuerdan su liderazgo. Pocos recuerdan quien dio inicio a ese movimiento, y que fue una mujer. Rosa Parks no es una figura que se traiga frecuentemente, sin embargo, ella, y con una sola palabra, disertó un cambio trascendente, una enmienda constitucional, terminó en una enmienda constitucional. Ella solo dijo “no” a una situación de violencia. Y dijo “no” a una norma que consagraba y consolidaba, cristalizaba, la superioridad de los hombres sobre las mujeres y de los blancos sobre los afrodescendientes. Cuando tomamos esos instrumentos,

las palabras del pastor protestante van a servir, pero la actitud de Rosa Parks es la que va a hacer la diferencia. No trata solo de literatura sino de tomar una actitud militante (...) Ya dije que no tenemos el capítulo de los derechos específicos. Hablamos de que no hay neutralidad, doy por superado el tema. Recordar que la no discriminación como un principio transversal tiende a las diferencias. El eje tiene que estar puesto en el derecho a la igualdad, como principio normativo. Eso es lo que realmente nos lleva al destino de la paridad de género. Muchas veces se los identifica o se los subsume como una categoría única (...) sobre todo desde el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos que tiene un artículo específico para el derecho a la igualdad, el 26. El principio de no discriminación forma parte de todos los instrumentos, pero no supera más que el trato diferenciado. Nos sirve para las acciones positivas, no nos sirve para la paridad de género. En definitiva, la perspectiva de género no se resigna a la discriminación, a superar o a conjurar la discriminación, sino a llegar a la igualdad. Cuando llevamos todas estas ideas a nuestros ámbitos de trabajo, a nuestras trayectorias, a las memorias que vamos recolectando, eran lugares privilegiados aquellos, o los reconocemos como lugares privilegiados, luego de haber visto otras situaciones, aquellos en los que no se discriminaba a las mujeres. Yo solo transité en uno donde la paridad era un mandato. Sólo recuerdo uno que reclamaba a los varones por qué no estaba en su casa cuando el chiquito estaba con sarampión. ¿Por qué se había quedado los diez días cuidándolo la madre? El resto, el resto es apenas evitar la discriminación. De lo que vamos a hablar en gran parte de la jornada es de prácticas persecutorias, de hostigamiento, de acoso, de limitación de derechos de las mujeres, de paridad. Hasta que no tengamos un protocolo de actuación y pasemos de la capacitación a la sanción y reparación, ni siquiera podemos plantearlo. La paridad está muy lejos en el horizonte, y vamos a estar solamente por el principio de no discriminación (por eso tenía que explicar lo anterior Deborah, no es que hablaba de más... Risas). Me quiero detener en un ámbito en el que está tan naturalizado (...) Solo voy a detenerme en uno, en uno que es el menos evidente y que por suerte lo trajo la Dra. Caamaño en su intervención como problemática general para la cuestión de género. Es la libertad de pensamiento, la libertad de opinión y la libertad de expresión. Tratamos de que nos reconozcan en los ascensos en la carrera, tratamos de que la situación y esto lo van a ver y van a coincidir en los Ministerios Públicos y en el servicio de administración de Justicia: mujeres que ejercen las tareas en cargos superio-

res, pero nunca se les concede el ascenso, no vi ningún varón que le pasara eso. En general los varones son jóvenes talentosos a los que hay que promover para que se capaciten. Nosotras tenemos que capacitarnos (...) Si, mucho potencial, hay mucho potencial (risas) ¿Pero es la verdad, no es así? ¿No es así? Son jóvenes talentosos a los que hay que corregirle el trabajo y tienen la posibilidad de capacitarse en el puesto. Y no está mal. No está mal que a los talentos se los promueva, lo que está mal es que el trabajo lo haga alguien al que no se le paga por esa labor. Esto es lo que está mal. Lo que está mal es que las mujeres supervisen y sean madres de sus compañeros para que avancen rápidamente (Risas). Esto es lo que está mal. Esto lo hemos visto y lo hemos padecido todas. Las preguntas inadecuadas, inadecuadas digo sin llegar al grado de la violencia, del acoso. “¿Cuál es su proyecto de vida?” A ningún varón se le pregunta. “Si se casa o no se casa”, porque está presupuesto que eso no es un impedimento en su vida. Esto construye, construye las relaciones cotidianas de estos modelos. Quiero detenerme en esta otra cuestión que es el ejercicio de los derechos de libertad de expresión del pensamiento. Hay en esta estructura patriarcal que caracteriza el servicio de administración de Justicia un presupuesto, que es el derecho a ejercer el control sobre lo que pensamos, sobre lo que decimos y como actuamos. Tenemos un ejemplo reciente con la resolución mordaza de la Procuración General destinada exclusivamente a un grupo de mujeres. Los hombres pueden acudir a los ámbitos políticos, pueden expresarse sin ningún tipo de condicionamiento, pero si se trata de un grupo de mujeres, por resolución podemos decirle “Pida autorización”. Esto, si buscamos, es una de los primeros aspectos que se trataran en materia de libertad de pensamiento de opinión y de expresión, (...) lo digo por el tema del acceso, lo traigo no porque sea el gran desarrollo ni el más importante basado en el artículo 3 de la Convención Americana y tomando las fuentes de la CEDAW y las opiniones de las presentes que fueron hablando, claramente se estableció tanto por el Comité de DD. HH como en el ámbito Interamericano, que las mujeres -y lo voy a decir así como lo pusieron-, no tienen que pedir autorización para pensar, para expresarse, para opinar. Sorprendentemente chicas (al público presente), ¿alguien cree en el mundo que no tenemos?, en el marco de una relación estrictamente subordinada como la que supone el servicio de administración de Justicia vertical necesariamente -porque hay que tener presente que la delegación que ejercen los jueces sobre los fiscales supone un control férreo de la estructura como servicio de administración-, que

es de cara al usuario. Ahora esto se proyecta a todos los ámbitos de la vida de las mujeres y termina condicionando o atribuyendo el derecho a resolver quién puede hablar y quién no, quién puede decidir y quién no y en qué ámbito. No cabe ninguna duda sobre esto, “no pudimos ir a Salta que era el lugar en donde teníamos que estar hoy, no pudimos ir porque nos cerraron todos los lugares posibles”. Estamos acá compartiendo todo este evento (...). Espero haber traído alguna de las reflexiones. Todas, la gran mayoría que están, acá son especialistas en materia de género. Si alguna tiene un diccionario inclusivo, se lo agradecería por el desafío, dado que un día voy a dar una clase en lenguaje inclusivo. Muchas gracias por la atención (Aplausos).

Juzgar bajo la lupa de la perspectiva de género y la desigualdad estructural

Lucía Martín*

Abstract: Por el presente trabajo busco reflexionar sobre los conceptos de “igualdad formal”, “desigualdad estructural” y “perspectiva de género”, a través del análisis de un caso de jurisprudencia, fallado en el fuero contencioso administrativo federal, en el cual el Estado Nacional, con su accionar arbitrario provocado por una visión sesgada de la situación, puso en jaque los derechos de la mujer, la niñez y la familia -entre otros derechos fundamentales- y la decisión judicial, con una mirada atravesada por la desigualdad estructural y la perspectiva de género, intentó brindar la protección necesaria para frenar la vulneración de los derechos en juego.

I. Igualdad formal, desigualdad estructural y perspectiva de género

El avance de los enfoques relacionados con la desigualdad estructural y la perspectiva de género por sobre el concepto de “igualdad formal” permite poder advertir con mayor claridad las situaciones en las cuales, a simple vista, pueden hacernos creer que nos encontramos ante una “igualdad de condiciones”, lo que permitiría aplicar una “igualdad de trato”, pero, si se profundiza la mirada y se amplía el contexto, aquella igualdad de condiciones no es tal.

* Abogada (egresada de la UBA - Facultad de Derecho), Secretaria Federal del Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 12; docente de la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ) -Seminario Acción de Amparo y Acción Declarativa de Inconstitucionalidad-; docente y disertante del Curso de Capacitación del fuero contencioso administrativo federal; replicadora del Programa “Talleres de Trabajo para una Justicia con Perspectiva de Género” de la Oficina de la Mujer de la CSJN para el fuero indicado y socia de “Red de Mujeres para la Justicia”.

Así, resulta primordial abordar casos como el presente con un enfoque de perspectiva de género y teniendo en cuenta la desigualdad estructural que padecen muchos sectores de la sociedad -en el caso, el de las mujeres-, para no fallar de forma sesgada y poder alcanzar una solución que garantice el respeto de los derechos humanos.

Para repasar un poco, en cuanto a la “igualdad formal” o “igualdad como no discriminación”, podemos decir que el art. 16 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes del país son iguales ante la ley, lo cual no significa que no pueda realizarse ningún tipo de distinción -ya que las leyes pueden establecer tratos diferentes hacia las personas-, pero en el estudio de esos conceptos se busca identificar criterios que ayuden a diferenciar las distinciones permitidas por la CN de aquéllas que no lo son.

Es decir, el Estado tiene la facultad constitucional de tratar a las personas de modo diferente, siempre y cuando se funde sobre un criterio justificado. Lo que resulta a veces difícil de determinar es, justamente, la idoneidad de esa justificación.

Si bien hay mucho escrito sobre ello, podría resumirse que igualdad ante la ley implica igualdad de trato en igualdad de circunstancias, sumado a que debe calificarse la circunstancia seleccionada como relevante para realizar la distinción que el Estado desea llevar a cabo al regular el ejercicio de un derecho. A modo de ejemplo, permitir el ingreso a una universidad a todas las personas que hubieran terminado el colegio secundario resulta relevante para el trato diferenciado respecto de los que no lo hicieron, pero no así si se pusiese como condición “ser varón”, ya que ese factor no provee fundamento alguno para dicha diferenciación.

En palabras de Roberto Saba, a la formulación del principio de “igualdad de trato en igualdad de circunstancias”, debemos agregar un segundo estándar que prescriba que esas circunstancias deben ser razonables, en el sentido de que guarden una relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el fin buscado por la norma y el criterio o categoría escogido para justificar el trato diferente¹.

Entonces, tenemos que esta visión de la igualdad ante la ley, que algunos han dado en calificar de individualista -porque analiza la situación del individuo independientemente de la situación del grupo que este integra-, genera la posi-

¹ SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, Buenos Aires, Editores Siglo veintiuno, 2016, pág. 27.

bilidad de hacer distinciones basadas sobre criterios razonables, es decir, aquellos que logran establecer una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Su objetivo primordial es impedir que el Estado tome decisiones sobre la base de prejuicios o ideas estigmatizantes de las personas y dé lugar a tratos arbitrarios.

Ahora bien, en un punto más avanzado, surge el concepto de “desigualdad estructural” que apunta a incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática al que están sometidos amplios sectores de la sociedad. Se apoya en la idea de que el derecho no puede ser completamente ciego a las relaciones existentes en determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas de una comunidad².

Esta mirada, parte de la base de que existen en nuestras sociedades colectivos de personas que, a causa de esa misma pertenencia a determinados grupos, carecen de acceso a ciertos empleos, funciones, actividades, espacios físicos o a la práctica del autogobierno, dada la situación de sometimiento que padecen; y aquellas no se autoexcluyen en forma voluntaria y autónoma, sino que para ellas alcanzar ciertas metas queda solo en palabras, ya que en los hechos existe una constante exclusión social provocada por complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias.

Esta lectura estructural de la desigualdad y su consiguiente visión de la igualdad ante la ley no se vincula con la irrazonabilidad disfuncional o la no instrumentalidad del criterio escogido para realizar la distinción, sino 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 y que se perpetúen esas condiciones³.

Finalmente, en cuanto a la “perspectiva de género” se dice que es el enfoque teórico de análisis que facilita repensar las construcciones sociales y culturales de la distribución del poder entre mujeres y hombres, que afectan de manera directa e indirecta las formas de relacionarse de las personas en todos los ámbitos, y que han derivado en discriminación, falta de equidad, poco acceso a oportunidades y al desarrollo, así como escaso conocimiento de sus derechos⁴.

² SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, Buenos Aires, Editores Siglo veintiuno, 2016, pág. 22.

³ SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, Buenos Aires, Editores Siglo veintiuno, 2016, pág. 37.

⁴ IIDH, 2008:11.

Este enfoque resulta una herramienta fundamental para magistrados y magistradas, quienes al momento de tomar decisiones deben poner especial atención en los factores sociales y culturales que establecen diferencias entre personas de distintos sexos y que terminan justificando la desigualdad social; ello, a fin de aportar una solución lo más justa posible.

II. Jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal. Caso “R., A.M. c/ EN-PSA”

Hecha esta breve introducción sobre los conceptos en examen, tenemos que en la causa “R., A.M. c/ EN- PSA s/AMPARO LEY 16.986” (N.º 13.491/22)⁵ la actora, como agente dependiente de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, demandó al Estado Nacional -Ministerio de Seguridad-PSA - a fin de que se dejara sin efecto el traslado que había sido ordenado por sus superiores a la Unidad Operacional de Seguridad Preventiva de Río Grande, cita en la Ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

La Sra. R., A. M. era una mujer, madre de un niño (de 10 años), trabajaba en la Unidad Operacional de Seguridad Preventiva Metropolitana, cita en el Aeropuerto Jorge Newbery, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y había iniciado el trámite reglamentario para solicitar su traslado a la ciudad de Mar del Plata, ya que tenía a su hijo viviendo en Miramar al cuidado de sus abuelos, quienes, a su vez, eran personas mayores y uno de ellos se encontraba en un estado de salud delicado. Cabe destacar que con el padre del menor no tenía relación, y éste no cumplía con su responsabilidad parental, sumado a que existían varias denuncias por violencia de género.

Encontrándose en trámite tal pedido de traslado, y teniendo informes de las distintas dependencias de la fuerza que aconsejaban admitir el pase en cuestión, la agente informó a sus superiores sobre un nuevo embarazo, generándose a los meses de dicha comunicación un cambio de rumbo en la resolución de su petición.

En efecto, sin brindar respuesta sobre la admisión o denegación respecto del pase a Mar del Plata, mientras la agente cursaba su licencia por maternidad -a raíz del nacimiento de su segundo hijo-, le comunicaron desde la PSA que el

⁵ Juzgado Contencioso Administrativo Federal N.º 12, Secretaría N.º 23 y Sala I de la Excma. Cámara de apelaciones del fuero.

Director Nacional había dispuesto su traslado a la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Sin bien apeló dicha decisión en la instancia administrativa, ante la falta de respuesta y la obligación de cumplir de forma inminente con el traslado ordenado, inició una acción de amparo a fin de que se dejara sin efecto el pase a Tierra del Fuego y se resolviera el pedido de traslado a Mar del Plata, solicitando, a su vez, como medida cautelar, que hasta tanto se dictara sentencia, se suspendiera el cambio de destino en cuestión.

Resumiendo el contexto, se trataba de una mujer, que se hacía cargo sola de su hijo de 10 años, que cumplía funciones como agente de PSA en CABA y había solicitado su pase a Mar del Plata para poder coordinar mejor su vida familiar con sus obligaciones laborales, y pese a ello, encontrándose cursando su licencia por maternidad (con un bebe de 2 meses), la fuerza empleadora le notificó que debía trasladarse a Tierra del Fuego por “razones operativas de servicio”, es decir que, la agente debía mudarse sola, con sus hijos, a más de 2.800 km de su residencia y del sitio donde habitaban sus padres, que colaboraban con la situación familiar descripta.

Tanto en primera como en segunda instancia la acción de amparo fue admitida y, en consecuencia, se declaró la nulidad del acto administrativo que había dispuesto el traslado a la Provincia de Tierra del Fuego. Asimismo, se ordenó a PSA que arbitrara las medidas pertinentes a efectos de evaluar nuevamente el pase solicitado por la Sra. R., A.M. debiendo: “[...] ponderar las necesidades del servicio, así como la situación de vulnerabilidad estructural denunciada y la normativa nacional e internacional que rige en materia de género en el empleo público”⁶.

Cabe destacar que, si bien existe jurisprudencia de la C.S.J.N. -que en reiteradas oportunidades es aplicada por el fuero contencioso administrativo federal- mediante la cual se afirma que la situación de ser personal de las Fuerzas Armadas y de Seguridad presupone el sometimiento a las normas de fondo y forma que estructuran la institución policial, ubicándola en una situación especial dentro de la Administración Pública, en tanto dicho estado implica la sujeción al régimen de ascensos, traslados y retiros por el cual se confiere a los órganos específicos la capacidad de apreciar la concreta aptitud para ascender,

⁶ Juzgado Contencioso Administrativo Federal N.º 12, “R., A.M. c/ EN PSA s/ amparo ley 16.986”, Causa 13.491/22, sentencia del 23 de diciembre de 2023.

conservar el grado, trasladar o pasar a situación de retiro⁷, en esta oportunidad, la magistrada interviniente resolvió que aquella normativa debía aplicarse con una visión sociológica de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la mujer.

En efecto, resaltó que para evaluar la razonabilidad del acto impugnado (traslado a Tierra del Fuego), y más allá del sometimiento como agente policial a las normas que rigen en la PSA y de encontrarse en una supuesta “igualdad de condiciones” con los restantes agentes, correspondía tener en cuenta las circunstancias personales y familiares que fueron expuestas por la actora; y aclaró que la cuestión debía ser examinada con “perspectiva de género”, a fin de determinar si la potestad discrecional del Estado conculcaba, en el caso, los derechos de la mujer, a la luz de la normativa convencional y legal aplicable.

En función de ello, señaló que, además de las pautas del derecho administrativo clásico que rige la relación entre las partes, el enfoque debía integrarse con normativa que también resultaba aplicable a las circunstancias de la causa, como son la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida por sus siglas: CEDAW) –la cual ostenta rango constitucional a resultas del art. 75, inc. 22 de nuestra Ley Fundamental–, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará) y la Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, n° 26.485.

Asimismo, trajo a colación lo señalado por la Comisión Internacional de Derechos Humanos, en cuanto ha identificado a las mujeres como un sector tradicionalmente discriminado en el goce y ejercicio pleno de sus derechos económicos, sociales y culturales, y ha relevado la importancia y necesidad urgente de que los Estados adopten nuevas y diversas acciones de promoción y protección de la igualdad, a fin de garantizar dicho goce y ejercicio de derechos sin discriminación alguna.

Expresamente recordó que:

La citada Comisión ha señalado que el respeto y garantía del derecho al trabajo de las mujeres -libre de toda forma de discriminación y en condiciones de igualdad- es un componente clave para la erra-

⁷ Fallos: 302:1584; 311:1191, entre otros.

dicación de la pobreza, el empoderamiento y la autonomía de las mujeres⁸.

En lo que hace a la maternidad, destacó que no podía dejar de mencionarse lo dispuesto por el art. 4 inc. 2) de la CEDAW en cuanto a que la adopción por los Estados Partes de medidas especiales encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.

Con relación al accionar de la demandada, en la sentencia se afirmó que:

[...] no sólo no se tuvo en cuenta las razones familiares de cuidado que se invocaron para dar curso al procedimiento reglado por cambio de destino a Mar del Plata, pese a contar con dictamen favorable a la solicitud, sino que -haciendo caso omiso de las razones familiares invocadas como sustento de la petición de traslado-, la Fuerza decide su pase a la provincia de Tierra del Fuego, con fundamento en necesidades operativas, decisión que adopta y comunica a la interesada a través de un mensaje de la aplicación WhatsApp, mientras cursa su licencia por maternidad⁹.

Se puede advertir como en la decisión judicial se resalta la falta de visión sociológica en la conducta de la PSA, ya que, si bien se tiene en cuenta que posee facultades para disponer traslados de los agentes de la fuerza por razones de servicio, y éstos se encuentran obligados a cumplirlos, dichas facultades no pueden ser ejercidas bajo una mirada de igualdad ante la ley como no discriminación, sesgada de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la mujer en cuestión.

Puntualmente, se destacó que:

[...] la actora invoca una situación de vulnerabilidad estructural, en cuanto requiere su traslado para laborar en la unidad de Mar del Plata, a fin de cuidar a su hijo y sus padres y, a su vez, la dificultad material de ejercer su empleo simultáneamente con el cumpli-

⁸ Juzgado Contencioso Administrativo Federal N.º 12, “R., A.M. c/ EN PSA s/ amparo ley 16.986”, Causa 13.491/22, sentencia del 23 de febrero de 2023.

⁹ Juzgado Contencioso Administrativo Federal N.º 12, “R., A.M. c/ EN PSA s/ amparo ley 16.986”, Causa 13.491/22, sentencia del 23 de febrero de 2023.

miento de las tareas de cuidado, siendo que -según alega- el padre de su hijo no se responsabiliza de sus deberes parentales. Sin embargo, todas estas circunstancias de vulnerabilidad multidimensional expuesta al momento en que aquélla solicitara su pase a la ciudad de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires no sólo no han obtenido respuesta oportuna al planteo en sede de la Institución, de conformidad con el procedimiento allí previsto, sino que fueron absolutamente omitidas al disponer su traslado a más de 2.800 km. de distancia del sitio requerido¹⁰.

Cabe advertir que, de haberse utilizado el principio de igualdad ante la ley en iguales circunstancias, considerando como “razonables” los estándares que prevén en general las fuerzas militares para que un/a agente sea trasladado/a a otro destino, podría alegarse que no se verificaría un trato discriminatorio para con la Sra. R., A.M; e incluso podría decirse que ella al ingresar se sometió a las reglas que rigen en su lugar de trabajo, sin posibilidad de un posterior cuestionamiento.

Ahora bien, si miramos el caso bajo la lupa de la “perspectiva de género” y la “desigualdad estructural”, y tenemos en cuenta que en general es a las mujeres a quienes se les presentan mayores obstáculos en los ámbitos laborales, quienes generalmente asumen solas la responsabilidad y manutención de los hijos, haciéndose cargo de la mayoría de las tareas domésticas -entre otras situaciones-, es fácil advertir que el accionar de la PSA, que omite tener en cuenta la situación estructural en la que se encontraba la actora, resulta claramente desprovisto de cualquier principio de igualdad y razonabilidad.

A pesar del intento de la autoridad estatal de acreditarlo como válido en virtud de la normativa que rige en la fuerza militar, y con el fundamento de que cualquiera de sus agentes puede ser trasladado porque así lo establece el reglamento, se vislumbra el trato discriminatorio ejercido, al no tener en cuenta la situación de vulnerabilidad estructural en la que se encontraba sometida la involucrada.

Esto fue expresamente destacado por la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo Federal al momento de confirmar el fallo¹¹, señalando que la

¹⁰ Juzgado Contencioso Administrativo Federal N.º 12, “R., A.M. c/ EN PSA s/ amparo ley 16.986”, Causa 13.491/22, sentencia del 23 de febrero de 2023.

¹¹ CNCAF, Sala I, causa N.º 13491/22, sentencia del 10/7/2023.

conducta cuestionada “[...] revela un ostensible desapego por parte de la PSA a la perspectiva de género”.

En ese sentido, en tal sentencia de Alzada se asentó que:

[...] no puede soslayarse la protección de las mujeres trabajadoras cuando están embarazadas, que ha sido incluida en el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, que encomienda al Congreso Nacional que establezca regímenes de protección que, en cuanto aquí interesa, cubran a las madres durante el embarazo y la lactancia, ni, tampoco, puede obviarse la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que fue ratificada mediante la ley 23.179, y tiene jerarquía constitucional con arreglo al artículo 75, inciso 22, de la Ley Fundamental, ni la ley 26.485 de protección integral a las mujeres, en tanto aseguran la especial protección a la situación de maternidad.

Paralelamente, se entendió que se hallaba configurado un supuesto de violencia laboral en los términos del artículo 6, inciso ‘c’, de la ley 26.485 y del artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en los términos del Convenio sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo aprobado mediante la ley 27.580.

Y se concluyó que la PSA desconoció “los principios y las reglas que presiden, en el ordenamiento jurídico de los derechos humanos, tanto nacional cuanto internacional, la protección especial en favor de las trabajadoras embarazadas”.

Considero de suma trascendencia la mirada de este fallo, ya que nos invita a un mayor compromiso para con las temáticas de género y desigualdad social, a fin de alcanzar soluciones integrales.

Es que, también, tenemos decisiones que omiten este abordaje y mantienen el criterio según el cual la especialísima función de las fuerzas militares que requiere de la disponibilidad de los agentes para los traslados a cualquier otro destino sólo puede ser objetada “[...] con la seriedad que la gravedad de la situación merece”¹², desestimando así planteos similares a los del caso “R.A.M”.

¹² CNCAF, Sala IV, “Incidente N° 1-ACTOR: A.D.M. DEMANDADO: EN M° SEGURIDAD-PNA

El interrogante que surge es qué criterio resulta válido para determinar el nivel de gravedad que debe presentarse para tener por configurado un accionar arbitrario por parte del Estado en situaciones como las narradas.

En el caso “A.D.M.” (causa N° 11.244/2023), antes citado, la Sala IV de la Cámara Contencioso Administrativo Federal revocó la medida cautelar que había sido otorgada en primera instancia, al considerar que prevalecía la no injerencia del Poder Judicial en el ámbito de actuación de otros órganos del Estado, en pos del respeto al principio cardinal de división de poderes, cuando las circunstancias que se invocaban no cobraban relevancia a los fines pretendidos.

En dicha oportunidad, se trataba de una mujer que peticionaba permanecer en su destino actual (sede de la Boca del Riachuelo) y evitar el traslado a la Prefectura de Comahue, provincia de Neuquén, a más de 1000 km de distancia de su centro de vida. Las circunstancias invocadas se relacionaban con ser madre de un niño de 6 años y que, por una situación de violencia de género por parte del padre de su hijo, se había mudado a la casa de su madre y su abuela en Guernica, afrontando los gastos de las modificaciones habitacionales y el cambio de escuela para el niño.

Pese a ello, se entendió que no se advertía como tales circunstancias cobraban relevancia a los fines de suspender el traslado, o como afectaban o imposibilitaban su efectivización, si se tenía en cuenta que la demandante había conseguido una amplia protección judicial contra los actos de violencia física y psíquica ejercidos por su expareja y que no existían constancia que permitieran inferir que se hubieran reiterado los hechos de violencia. Por otro lado, se destacó que no se advertía el perjuicio del traslado a Neuquén, siendo que se encontraría más alejada de su agresor.

Ahora bien, poniendo el foco en el fenómeno de la violencia de género, podríamos concluir que la falta esporádica de hechos de violencia no implica que el conflicto haya cesado; y tampoco se puede tomar como una solución que la víctima se traslade a largas distancias del agresor para no sufrir sus acosos, debiendo cambiar el centro de su vida actual, alejándola de sus familiares más cercanos y modificando a su vez la vida de un menor.

En otro orden, se destacó que:

C/ INCIDENTE DE APELACIÓN”, causa N° 11244/23, resolución del 20/2/2024.

[...] una solución diferente –como la adoptada en autos por la magistrada de la instancia previa- importaría en el caso no solo convalidar una excepción de la regla general sin hallarse debidamente justificada, afectando así el normal desenvolvimiento de una fuerza de seguridad federal y la –enorme- trascendencia de su cometido, sino también dar lugar a una eventual situación de desigualdad contraria a la regla del art. 16 de la Constitución Nacional respecto de la situación de otras tantas mujeres con hijos menores de edad, también integrantes de la PNA¹³.

Desde otro ángulo de análisis, cabe destacar el voto en disidencia del Dr. Rogelio W. Vincenti, quien sostuvo que la revisión de la decisión sobre el destino de la allí actora requiere de un estudio de las normas que rigen la materia, debidamente integradas con aquellas que protegen la situación de vulnerabilidad vinculada con la violencia de género, a fin de precisar su debido alcance y modalidad.

Así consideró que la disposición que dispuso el traslado “[...] habría omitido analizar la eventual aplicación al caso de las normas que tutelan a la mujer en una situación de violencia de género, así como la modalidad y alcance de esa protección”.

Asimismo, tuvo en cuenta en tal decisión mencionada que la desestimación de la tutela implicaría una mudanza provisoria para, luego, volver a cambiar de destino, en la hipótesis de que su demanda resulte finalmente admitida, señalando que:

Además de provocar un perjuicio evidente a la parte actora y a su hijo, por la inestabilidad de su situación personal y familiar, en la que también se encuentra comprometido el interés superior del niño, también iría en desmedro del interés público por los gastos involucrados en cada traslado.

Finalmente, realizó un equilibrio entre el gravamen que provocaría el otorgamiento de la tutela al interés público y el de la actora ante su desestimación y concluyó que:

¹³ Idem cita 13

Este balance arroja un saldo favorable al otorgamiento de la tutela, ya que su denegatoria tiene un alto impacto personal en cabeza de la actora, mientras que la concesión de la cautelar no tiene igual repercusión en el ámbito de la Prefectura Naval Argentina, ni tampoco se advierte la posibilidad de una afectación grave del servicio.

En ese sentido, dejó sentado que cuando las exigencias del interés público involucradas en la ejecución del acto resultan de gran intensidad, sólo perjuicios de más elevada consideración aún podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto; mientras que, cuando la suspensión tenga bajo impacto en el interés público bastarán perjuicios de menor intensidad.

III. Conclusiones

Juzgar bajo la lupa de la perspectiva de género y la desigualdad estructural consiste en identificar los factores de fondo que generan desventajas sociales, económicas y estructurales para los grupos vulnerables -y en el caso puntual para las mujeres-, impidiéndoles alcanzar una igualdad sustantiva de derechos, y reparar, dentro de las posibilidades del caso, los derechos conculcados.

Para dicha tarea, es preciso que la magistratura ponga una especial atención, ya que no siempre las situaciones estructurales de desigualdad pueden apreciarse a primera vista, lo cual puede provocar que las decisiones se encuentren atravesadas por los mismos sesgos que generaron la conculcación de derechos que se reclaman.

Debe asumirse como un objetivo del Derecho, el de aportar soluciones judiciales que contribuyan a la disminución de la desigualdad estructural y trabajar en pos de una igualdad real.

Además, y en lo que hace al fuero contencioso administrativo federal, encargado de examinar la legalidad del accionar del Estado Nacional y en donde en reiteradas oportunidades se encuentra involucrado el “interés público”, corresponde hacer un adecuado balance con los derechos en juego, que permita distinguir cuando efectivamente dicho interés se encuentra comprometido, a fin de que no sea utilizado como una fórmula genérica en el marco de la defensa del Estado.

Para concluir, y en lo que respecta a la temática puntual de los fallos comentados, además del compromiso de quienes ejercen la magistratura de juzgar con los enfoques en estudio, estimo que deviene imprescindible la integración de la perspectiva de género y del principio de igualdad como no sometimiento en las reglamentaciones de las fuerzas militares que hacen a las relaciones de los/as agentes con el Estado, a fin de salvaguardar los derechos humanos de quienes trabajan en dicho ámbito.

Una licencia que sea para ahijar

Melina de Bairos Moura*

Abstract: El artículo que aquí se presenta tiene el objetivo de poner de manifiesto cómo las prácticas patriarcales también se dan en cuestiones vinculadas a las denominadas “licencias por maternidad y/o paternidad” en el Poder Judicial de la Nación.

I. Introducción

Al leer las reglamentaciones vigentes sobre licencias por maternidad y paternidad para los miembros del Poder Judicial de la Nación, se puede advertir una diferencia sustancial en el tiempo otorgado a las mujeres y a los hombres. Cuando se hace hincapié en la distinción entre sexos para tales interrupciones laborales, lo que se pone en evidencia es que las últimas reformas, en lo que a este tema respecta, no han estado a la altura de los cambios sociales, que exigen una mirada con perspectiva de género.

En el presente trabajo me propongo poner foco sobre los criterios que se evalúan a la hora de otorgar este tipo de licencias en el ámbito de la Justicia Nacional Argentina; y la necesidad de tener una posición crítica que abra el espacio para la concreción de resultados deseados sobre la materia y que evite consecuencias negativas que se encuentran soslayadas en prácticas instaladas desde hace muchos años.

Entiendo que, ocurre tal escenario porque se han naturalizado exigencias sobre las mujeres en la forma en la que ejercen la maternidad que trae conse-

* Abogada egresada de la UBA. Especialista en Derecho Penal por la UBA. Diplomada en Gestión e Innovación Judicial Tecnológica en la Universidad de Champagnat. Directora de la Oficina Judicial de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional.

cuencias severas en su proyección laboral y que nos recuerda la vigencia de posicionamientos patriarcales en el asunto.

A su vez, la falta de cambios significativos para modificar estas circunstancias ha colaborado en afianzar estos modelos, contrariando las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo y de la CEDAW sobre el tema.

El análisis que aquí realizo está exclusivamente vinculado a la reglamentación vigente en la Justicia Nacional, sin entrar a considerar aquellas dictadas por Cortes provinciales. No obstante, arroja un panorama sobre cómo se ha puesto en práctica e invisibilizado la asignación de tareas domésticas y parentales en las mujeres trabajadoras, como también su impacto en el desarrollo y crecimiento laboral en función del género de quien la solicite.

II. Antecedentes reglamentarios

Para comenzar, es necesario traer a cuenta un *racconto* de la reglamentación dictada para aplicar al ámbito de la Justicia Nacional Argentina en materia de licencias para ahijar.

El primer reglamento fue aprobado el 17 de diciembre de 1952 bajo el título “Embarazo y Parto” y dejó establecido el modo en el que las mujeres trabajadoras deben gozar su licencia a la hora de ahijar a un/a niño/a. En su artículo 26, este documento reguló que: “Las mujeres tendrán derecho a una licencia especial de doce semanas distribuidas en dos períodos iguales, uno anterior y otro posterior al parto, con goce de sueldo”.

Tuvieron que pasar casi 25 años para que, el 27 de diciembre de 1977, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictara la Acordada 34/77, mediante la cual se regula actualmente el régimen de licencias para todo/as los empleado/as y funcionario/as que trabajan en la Justicia Nacional y Federal del país. En tal documento de mayor especificidad está prevista la licencia por maternidad y lactancia, de la siguiente forma:

Art.20. Maternidad. Los agentes del sexo femenino tendrán derecho a una licencia especial de 90 días por parto, debiendo acreditar, con la suficiente antelación, mediante certificado médico, la fecha prevista para aquél. En caso de anormalidad en el proceso de gestación o posterior al parto podrá concederse la licencia establecida en los arts. 22 y 23, según corresponda. Las agentes goza-

rán de la licencia a que se refiere el párrafo anterior en 2 periodos iguales, uno anterior y otro posterior al parto. Sin embargo, acreditando autorización médica, podrán solicitar la reducción del período previo hasta 20 días, en cuyo caso se extenderá proporcionalmente el período posterior. Este criterio se aplicará también cuando el parto se adelante respecto de la fecha prevista.

Art.21. Reducción horaria y cambio de tareas por maternidad. La agente madre del lactante tendrá derecho a la reducción horaria prevista en las leyes vigentes, y la que con motivo de su embarazo sufra una disminución de su capacidad de trabajo, debidamente acreditada con certificado médico, a un cambio de tareas o a una acorde reducción horaria.

Mientras tanto, tal Acordada establecía en su artículo 34 que los hombres tenían el goce de inasistencia justificada con percepción de haberes por causal de nacimiento de un hijo/a por dos días laborales. Esa concesión venía de la mano de la previsión relativa a la ausencia del hombre en su puesto de trabajo, ya que la madre tenía una licencia por maternidad y no era necesario que el padre se ausentara por más tiempo que lo aquí establecido.

Luego, el 5 de abril de 2016, mediante la aprobación de la Acordada 11/2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación incorporó al régimen de licencias anteriormente señalado el artículo 20 bis, titulado “Paternidad”, que modifica los dos días de ausencia justificada previstas en el artículo 34 antes reseñado y establece que los agentes judiciales hombres pueden gozar de una licencia por “quince (15) días corridos, incluyendo el del nacimiento”.

En paralelo, el régimen de licencias vinculadas a la adopción de un niño/a fue incluido el 29 de agosto de 2017 a través del dictado de la Acordada nro. 27/17 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que incorporó el artículo 20 ter al reglamento vigente, con el siguiente párrafo:

Guarda con fines de adopción: se concederá licencia especial, con goce de haberes, por un término de noventa (90) días corridos, quien acredite que se le haya otorgado la guarda de un/a niño/a adolescente, con fines de adopción. El plazo se computará a partir del día hábil siguiente al de haberse dispuesto aquella. Si se tratare de adopciones múltiples, la licencia se ampliará en diez (10) días, por cada menor. En el supuesto de adopción conjunta, si ambos adoptantes se

desempeñarán en el Poder Judicial de la Nación, el/la otro/a adoptante tendrá derecho a una licencia de 15 (quince) días corridos, a partir del día hábil siguiente a la fecha de otorgamiento de la guarda.

En suma, el régimen actual que regula las licencias para ahijar a niños/as es de 90 días corridos para las mujeres y 15 días corridos para los hombres, excepto en los casos que se trate de adopciones, pues allí no efectúa distinción alguna de género. En este último caso, asume que uno de los padres tendrá bajo su carga la tarea doméstica y/o de cuidado de mayor peso y, evidentemente, por tal motivo, le otorga la posibilidad de gozar de 90 días corridos, mientras que al restante le concede solo 15 (intentando igualar las condiciones establecidas para maternidad y paternidad biológica).

Todo esto parece confirmar que, la diferencia de tratamiento en la cantidad de días otorgados a las mujeres y hombres en sus respectivas licencias de maternidad y paternidad radica en atribuir una mayor responsabilidad a la mujer (o a uno de los integrantes de la pareja en el caso de la adopción) en la carga de las tareas domésticas y/o de cuidado de los/as hijos/as.

III. Un tipo de licencia que cuente con perspectiva de género

Para comenzar, es importante recordar que estas reglamentaciones aprobadas fueron el resultado de años de reclamos y luchas de las empleadas y funcionarias mujeres a propósito de la afectación de derechos que traía aparejada. La asignación de 90 días de licencia por maternidad fue, sin dudas, una conquista en su momento. No obstante, hoy esos resultados quedan desfasados en el tiempo y deben ser reevaluados bajo el prisma de los derechos laborales con una perspectiva actual de género, incluyendo los cambios que se han dado socialmente y el reconocimiento que ello ha traído.

No se trata de echar por tierra lo conquistado. El período de licencia por maternidad ha sido en su momento una lucha ganada en favor de los derechos de las mujeres, fundamentada en cuestiones relativas al cuerpo, en punto a una maternidad vista desde las implicancias que trae el puerperio y, además, la necesidad de recuperación física y de lactancia, como, también, la concesión a la mujer de la oportunidad de ejercer ambos roles en simultáneo (ser trabajadora y madre).

Aun así, lo que antes fue una conquista hoy resume una desigualdad notoria y puede corregirse fácilmente. El logro relativo a que la mujer parturienta necesita un tiempo para su recuperación física, como también a que la lactancia trae aparejada en el niño/a una dependencia que debe respetar como mínimo 90 días (según estos reglamentos), puso sobre el tapete el hecho de que la mujer tiene que ejercer un rol intransferible que le suma responsabilidades que no le permitirán un descanso adecuado.

Hasta ahí lo ganado. Pero la circunstancia de que el hombre cuente con un tiempo menor que la mujer para ahijar nos muestra la existencia de prácticas invisibilizadas de trabajo no reconocido (llamado trabajo reproductivo) y que agrega aún más dificultades para el pleno desarrollo de la proyección laboral (trabajo productivo) de las agentes judiciales mujeres.

La pregunta que se instala hoy está vinculada a estar un paso más adelante, pues ya no es suficiente garantizar el reconocimiento de que una mujer tiene un vínculo con su hijo/a recién nacido que es intransferible e indispensable, sino que requiere de su compañero/a una colaboración sustancial para llevar a cabo esa tarea. Es que fuera de la idea romántica del compañerismo parental, lo cierto es que la participación de ambos integrantes en condiciones de igualdad en la organización familiar es el punto de partida para luego poder materializar una proyección laboral con las mismas oportunidades (cuanto menos en lo que a este tema respecta).

Es necesario, entonces, instalar la pregunta: ¿cuál es el fundamento para que un hombre tenga menos días de licencia que una mujer?

Volvemos en el tiempo y recordamos que otrora el hombre cargaba con la responsabilidad de concretar algunos trámites, de allí el argumento de tan solo tener a disposición unos pocos días, suficientes para ir al Registro Nacional de las Personas y anotar a su niño/a. Mientras tanto, la mujer se ocupaba exclusivamente del cuidado del hijo/a y de las tareas domésticas.

Recién poco tiempo atrás, en el año 2016, se avanzó con tales premisas y se implementó la licencia para los hombres de 15 días corridos. Los motivos que llevaron a mantener la desigualdad en la cantidad de tiempo que le es otorgada a varones y mujeres no está explicitado, pero está claro que sigue siendo considerablemente menor la licencia que se le da a los primeros. Sigue sin entenderse el motivo cuando las responsabilidades a la hora de ahijar a niños/as tienen que ser de ambos progenitores por igual.

La práctica que debe ser traída a discusión, y que subyace, es que la mujer, a causa de esta reglamentación, es reducida a la función exclusiva de trabajo reproductivo mientras sea a ella a quien únicamente se le dé licencia por mayor tiempo; y es así porque se toma como punto de partida un modelo androcéntrico en el que el varón simplemente cubre un rol de colaboración, pero no se pone el foco en una parentalidad compartida.

No es un detalle menor, porque lo que queda oculto es que los hombres en su rol de padres tienen que tener los mismos compromisos que las mujeres y deberían cuidar al nuevo integrante de la familia en un pie de igualdad con su pareja y realizar todos los quehaceres cotidianos necesarios a la par de la mujer. Eso no puede materializarse si el hombre debe regresar a sus actividades laborales a los 15 días de nacer su hijo/a.

Tampoco puede pasarse por alto que la mujer, además de no contar con esa ayuda indispensable que podría aportar el hombre estando de licencia, es encorsetada en la función de cuidado, instalando rótulos en vínculos intrafamiliares, en los que por contar con tiempo de licencia extendida tiene la obligación de cumplir con el rol doméstico y de cuidado, mientras que el hombre puede reintegrarse a sus funciones laborales y desentenderse de esos menesteres. El formato de pareja con relación a lo parental que promueven estas reglas tiene un punto de vista patriarcal al asumir que la mujer debe abandonar su rol de trabajadora/profesional para sumirse exclusivamente en su función de madre.

Idéntica problemática se presenta en las licencias en caso de adopción de niños/as, ya que también hacen una distinción de 90 y 15 días. Lo inexplicable es el fundamento de tal distinción, si no hay en este caso una dependencia corporal con el/la niño/a adoptado/a como sí ocurre con un/a recién nacido/a biológicamente (por los propios condicionamientos naturales del nacimiento). Ambos progenitores deberían contar con el mismo tiempo de licencia.

La perspectiva que aquí se pone de resalto afianza el estereotipo de mujer disponible y habilitada únicamente para un trabajo reproductivo durante toda su vida y justifica socialmente que el hombre esté habilitado a desentenderse de esos quehaceres y se aboque al trabajo productivo. La distinción de oportunidades está con esta reglamentación especialmente regulada: mientras la mujer debe dedicarse al ámbito privado, cuidando a sus hijos y su casa, el hombre sale a la vida pública a ser exitoso profesionalmente.

Las consecuencias inevitables de las prácticas expuestas es que el hombre que ejerce su paternidad en estas condiciones tiene un futuro prominente dentro de su escalafón del Poder Judicial Nacional, ya que tendrá suficiente tiempo para dedicarse a su profesión. Por su parte, la mujer que decide convertirse en madre debe ausentarse de su trabajo como mínimo 3 meses y realizar solitariamente todas las tareas, no sólo las vinculadas a la crianza sino también aquellas actividades domésticas y cotidianas de cuidado familiar, simplemente porque tiene el tiempo suficiente para soportarlo.

Debo mencionar, además, que la mujer, al regresar de su licencia, tendrá que hacer frente al prejuicio de que ese rol de madre que ha adquirido recientemente le quitará disponibilidad para su trabajo y ya no será una trabajadora re-dituable.

El impacto negativo que tiene esta reglamentación en la proyección laboral de las mujeres trabajadoras es enorme. Existe una demanda menor de contratación de aquellas que se encuentran en una franja etaria hormonalmente productiva para la maternidad que de varones en igual edad, pues para el empleador significa luego la concesión de ausencias justificadas en el cuidado familiar que no están dispuestos a tolerar.

Ya en el año 2009, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dictó la resolución relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), indicó que las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar interesan a los hombres y a las mujeres e instó a los gobiernos a formular políticas adecuadas que permitan equilibrar mejor las responsabilidades laborales y familiares, incluir la licencia de paternidad y/o parental, así como prever incentivos para que los hombres las aprovechen (Resolución relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente, adoptada por la 98.a reunión de la CIT, 2009, Ginebra, párrafos 6 y 42).

Aun pasados tantos años de los parámetros dados por la Organización Internacional del Trabajo, seguimos sosteniendo una situación que trae aparejadas consecuencias no solo en el ámbito laboral y en las oportunidades de crecimiento en puestos de alto rango (conocido como techo de cristal y/o piso pegajoso¹) sino también a nivel personal, pues genera que muchas mujeres se sientan

¹ Términos que dan cuenta de las desigualdades de género en el ámbito laboral. Techo de cristal: acuñado en la década del '70 por Marilyn Loden, consultora laboral en Estados Unidos, se refiere a la segregación laboral a través de la cual se discrimina y obstaculiza el alcance de la mujer en puestos de decisión y autoridad dentro del mundo laboral. Piso pegajoso: afecta a las mujeres que se en-

obligadas a optar entre desarrollar su vida profesional o ser madres, como si ambos aspectos no pudieran compatibilizarse. Estas son disyuntivas que los hombres ni siquiera tienen en consideración.

Si vamos un poco más allá, las implicancias laborales de una licencia por paternidad/maternidad también afectan el entorno íntimo, porque reproducen sistemas de sometimiento en los núcleos familiares, sociales y políticos afianzando una cultura machista.

Aquí viene a cuento recordar la manda prevista en el artículo 5 de la Convención Internacional Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que establece “la obligatoriedad de modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias de cualquier índole que estén basados en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. Y es así, porque la mirada vinculada a los quehaceres domésticos, de cuidado de los/as hijos/as y otros menesteres relativos a la familia, no debe sostenerse en que el hombre ayuda a la mujer (como un mero colaborador de una función que no le corresponde asumir); se trata de afianzar el trabajo como equipo en el que ambos progenitores trabajan a la par para lograr satisfacer las necesidades de todo el grupo familiar. Desde esta perspectiva, se presenta inexplicable que el hombre no se encuentre en pie de igualdad con la mujer en el goce de licencias para sostener esa propuesta distributiva de familia.

Lo que está en juego no es el ejercicio efectivo de derechos laborales de un grupo reducido de personas sino poner en consideración una manera arraigada y patriarcal de evaluar la maternidad/paternidad y las responsabilidades parentales en todas las reglamentaciones relativas al ejercicio de tal derecho laboral. Hay que recordar que la Recomendación General nro. 33 de la CEDAW, en su artículo 26, señala la obligación de los Estados Parte para tomar acciones que contribuyan a la sensibilización con el objetivo de desnaturalizar los estereotipos presentes en operadores judiciales; no obstante, la reglamentación que aquí se critica se presenta como retroceso en materia de derechos laborales al fomentar relaciones asimétricas de poder.

cuentran en el extremo socioeconómico y educativo más bajo y enfrentan mayores obstáculos al insertarse en el mundo laboral o solo acceden a ocupaciones precarizadas. Fuente: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA).

Aún más, el ámbito en el cual se genera esta práctica desigualitaria es un escenario que es visto socialmente como modelo a seguir, pues se trata de uno de los poderes del Estado que proyecta el cumplimiento de la ley, de lo que es socialmente entendido como justo, de lo que debe ser. Tanto es así que, se ha dictado la Ley 27.499 “Micaela García”, la cual propone, con gran acierto, la capacitación obligatoria en cuestiones de género a todas las personas que integran los tres poderes del Estado.

En particular, esta ley, según el informe realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2019, permite “fortalecer y ensalzar el carácter y el alcance de las medidas implementadas para la capacitación de funcionarios públicos, en todos sus niveles, en materia de derechos de las mujeres, aun cuando no se encuentren involucrados en el procesamiento de casos de discriminación y violencia en tanto conlleva a lograr prontamente intervenciones más eficientes y a generar un quiebre en los estereotipos negativos que afectan los derechos de las mujeres”².

Es así porque las instituciones que integran el Estado, al igual que aquellas de carácter privado, son generadoras de un efecto expansivo que al replicar prácticas desigualitarias logran que estos estereotipos tengan un impacto aún mayor y duradero en las generaciones venideras. Es por ello que, no solo es necesaria la aplicación de la perspectiva de género en el derecho sustantivo y el procesal, también es indispensable garantizar su cumplimiento puertas adentro de las instituciones.

La discriminación estructural en asuntos de género ha sido definida como el conjunto de prácticas, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, en que hombres y mujeres se enfrentan a distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y a diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida, debido al hecho biológico de ser hombres o mujeres (Cfr. Corte IDH. Caso González y otras “Campo Algodonero” Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205).

Por tanto, el Poder Judicial de la Nación debe replantearse el dictado de nuevos reglamentos vinculados a este asunto, pues no puede sostener una posición contradictoria. En un punto, cumple con la Ley Micaela y exige en sus

² “Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, pág. 22.

integrantes la concreción de capacitaciones y participación constante en espacios de discusión sobre las prácticas de desigualdad que se reproducen en los casos que se traen a conocimiento de quienes ocupan funciones en la magistratura, pero a su vez cuenta con este tipo de regímenes que no hace más que reproducir tales estereotipos en perjuicio de sus mujeres trabajadoras.

Finalmente, entiendo interesante pensar en cómo la discriminación siempre se mira desde el prisma de negación de derechos. Tal vez lo más interesante de esta propuesta es que, lo que aquí se propone no consiste en reconocer el goce de derechos de las mujeres que no eran efectivos, se trata de ampliar el acceso a los derechos de paternidad de los hombres. De esta forma sí podrá ser concreta la posibilidad de convocarlos a una participación activa y comprometida en las cuestiones parentales que han sido históricamente delegadas en las mujeres.

Lo que aparenta ser una licencia por un motivo de felicidad como ahijar a niños/as, viene de la mano de un sistema opresivo que refracta continuamente el prejuicio de que la mujer se debe al ámbito privado y el hombre a la esfera pública. El surgimiento en favor de la mujer de licencias como estas, que garantizan el derecho a contar con el tiempo suficiente para transitar el primer momento de la maternidad junto con su niño/a, es ahora, y a causa de nuevas perspectivas en materia de género, un sistema de licencias que afianza desigualdades sociales en perjuicio de las mujeres y que puede ser modificado de manera simple como sí lo ha hecho el Consejo de la Magistratura para sus integrantes hombres, otorgándoles 90 días de licencia por motivos de paternidad.

En definitiva, la opción de que ambos progenitores gocen de una licencia extendida por igual tiempo, en este caso 90 días, para cualquier tipo de ahijamiento, genera la oportunidad de acomodarse a las necesidades propias de una familia extendida con una distribución de roles equitativa. Se trata de un derecho laboral que debe ser gozado por igual tiempo y por ambos padres en simultáneo, sin destacarse el tipo de parentalidad que se trate (biológica, por adopción o bien por técnicas de reproducción humana asistidas) ni el género con el que se identifique el solicitante.

IV. Conclusión

Como se expuso a lo largo del trabajo, considero que existe una forma simple de resolver una práctica arraigada y que genera desigualdad en el trato y proyección laboral de las mujeres trabajadoras del Poder Judicial de la Nación.

Se trata, sin dudas, de ofrecer una licencia para ahijar niños/as por un período igual -se estima 90 días, pero podría considerarse más tiempo-, sea en beneficio de una mujer, hombre o cualquier integrante de la comunidad LGBTIQ+ y desde el momento que comienza a ejercerse ese rol.

A su vez, me interesa afianzar la idea de hablar de licencias para ahijar y desterrar los conceptos de maternidad o paternidad. Es interesante preguntarnos cuál debería ser el verdadero fundamento de estas inasistencias justificadas; porque podemos poner el foco en la *maternidad* y *paternidad*, vista en función de los géneros de quienes ejercen ese hermoso acto, o podemos destacar que lo verdaderamente importante es *ahijar*, darle lugar a un/a niño/a en una familia.

Me parece que poner énfasis en los niños/as, en su cuidado y protección, en considerar lo que en verdad necesitan, nos habilita a pensar en los reales motivos por los cuales nos ausentamos de nuestras actividades laborales y permite desarmar aquella mirada encubierta de una asignación de roles signada por cuestiones de poder patriarcal.

Porque, en definitiva, de lo que se trata es de contar con el tiempo y la libertad suficiente para formar una familia.

Pensando el trabajo de cuidado como derecho humano fundamental y como inversión para los Estados

Natalia Caviglia*

Abstract: El presente texto tiene como objetivo colaborar a que el trabajo de cuidado sea considerado como un derecho humano fundamental, como un trabajo y sustraerlo de la idea que lo coloca como una tarea que las mujeres hacemos por amor u obligación natural. Y, por último, desde la perspectiva de los Estados, considerar al trabajo de cuidado como una inversión y no como un gasto.

I. Introducción

A la hora de armar mi currículum siempre comienzo diciendo que trabajo de madre. El cuidado es, sin lugar a dudas, un trabajo. Pese a que no esté remunerado, es uno de los más exigentes. Con este artículo, me propongo hacer un aporte para visibilizar esta cuestión que abarca todos y cada uno de los aspectos de la vida.

La idea de este artículo, surge de recoger (y revisar) una anécdota personal. A mis veintitrés años, al conocer a quien luego sería el progenitor de mis hijos, me dijo: *-Para mí, “los hijos son de la madre”*. Y yo, que tenía una mirada sumamente patriarcal de las relaciones sociales, y me había comprado entera la novela de Susanita, sintiéndome plena y enamorada..., pensé: *¡Qué hermoso esto que me dice!* Aún no sabía que aquella expresión era absolutamente literal.

* Secretaria del Juzgado Federal N° 2 de La Plata. Replicadora de la Oficina de la Mujer de la CSJN. Secretaria y docente de la Escuela Judicial de la AMFJN. Consejera del consejo directivo de la AMFJN. Ex docente de Derecho Constitucional y Administrativo en la F.C.E. y F.C.J. y S. de la U.N.L.P.

Durante veinte años y hasta el tiempo en que se escriben estas líneas, las consecuencias de su puesta en práctica han dado como resultado que aquél no ha cuidado ni un día y que, en sentido inversamente proporcional (esto es, de cero a cien), todo el trabajo de cuidado ha recaído en “la madre de los hijos”.

Es sumamente importante reflexionar sobre las frases que se dicen, los discursos y personajes que compramos, porque eso construye sentidos y edifica realidades. Por supuesto que este trabajo *full time* de ser cuidadora sola, repercutió en mi progreso profesional.

Las infancias merecen y necesitan que ambas partes, que han decidido elegir como proyecto de vida materner/paternar, estén comprometidas a hacerlo. Es muy pesado cuidar sola. Nadie ve las consecuencias disvaliosas en la salud física y mental, tanto de las personas que cuidan solas como de las infancias que solo tienen una persona realizando ese trabajo. Cuando me divorcié sentí mucho alivio. Dije: “*acá hay algo que me pesa menos*”. En vez de sentir que me faltaba alguien para hacer ese trabajo conmigo, sentí un alivio enorme. Creí que era algo particular de mi realidad. Pero me movilizaron las preguntas y me puse a estudiar sobre los cuidados y los roles históricamente asignados a las mujeres y leí una estadística que me dio la razón: lo que sentía contaba ahora con aval científico. Las encuestas revelaron que las mujeres que tienen hijos y viven con su pareja dedican más horas de trabajo de cuidado que las mamás que viven solas con sus hijos. Es decir que, también realizan tareas de cuidado en torno a una persona, adulta y autónoma, que podría cuidarse sola; la otra parte que debería hacer el trabajo de cuidado en igualdad de condiciones, porque existe una norma legal que lo ordena: la corresponsabilidad parental que regula el Código Civil y Comercial de la Nación, aunque la realidad nos muestre que falta mucho para llegar a eso.

II. Implicancias del trabajo de cuidado

El trabajo de cuidado es un trabajo que está desvalorizado, invisibilizado, que no es remunerado e impacta en la inserción y en el ascenso laboral de las mujeres de todos los estratos sociales y en todo el mundo. Hablamos de la inserción, porque el 50% de las mujeres que tienen hijos menores de tres años está fuera del mercado laboral. O sea, de diez mujeres que tienen niños menores de tres

años, cinco no trabajan. Es imperioso hablar, también, de la carga mental. Porque es común escuchar que ahora todo es diferente y que los hombres se involucran más en el trabajo de cuidado.

Cuando invito a las mujeres a las capacitaciones o encuentros académicos, la mayoría explica: “*no puedo, tengo que cuidar a los chicos*”; “*no puedo, tengo que cuidar a mis nietos*”; “*no puedo, tengo que cuidar a mi papá*.” En cambio, cuando invito a los hombres siempre tienen que trabajar, cursar un posgrado o jugar al fútbol. Se trata de una realidad tan evidente que ni siquiera la vemos. Algunas amigas me dicen “*...pero mi marido se re hace cargo de un montón de cosas*”. Es muy difícil que exista una relación en la que el trabajo de cuidado se reparta 50-50 entre hombres y mujeres. Esto no significa ni tiene que ver con que sean buenos o malos compañeros aquellos que asumen sus obligaciones de cuidado o no, simplemente fueron educados en un mundo -casi siempre por una mujer- que los preparó con otro objetivo y para otro destino: para trabajar, proveer y progresar. Si profundizamos, seguramente podamos afirmar que ha habido transformaciones positivas y evoluciones en el pensamiento y en los comportamientos sobre la división sexual de las tareas dentro del núcleo familiar en los últimos cincuenta años. Sin embargo, la carga mental sigue estando en el mismo lado de la relación, sobre la misma persona ¿Quién es la que sabe cuánto calza el niño? Así como, también, sabe si le queda chico el pantalón, si hay que comprarle una remera, si hay que sacar turno para el pediatra, si están todas las vacunas al día, si le compraron el regalito para el cumpleaños del amigo. Se trata de una infinidad de cuestiones propias de la vida cotidiana de cualquier niño o niña, y que, por más que haya una persona al lado nuestro ocupándose de hacer la comida, no quita la carga mental que igual sigue siendo nuestra. Esto tiene que ver con un patrón cultural muy arraigado que lleva miles de años y que no va a ser fácil desbaratar de un día para el otro.

Con la intención de colaborar a que esto empiece a cambiar, lanzo la pregunta: ¿cómo llegamos las mujeres a los concursos para juezas? En la jurisdicción federal de la justicia platense hoy sólo tenemos a una mujer jueza que, además, es subrogante. ¿Cómo llegamos las mujeres a esos concursos? La mayoría de mis amigos judiciales de mi edad hoy ya son camaristas o jueces de tribunales orales. En cambio, la mayoría de mis amigas siguen siendo secretarias. Existen datos precisos de esta situación gracias al mapa de género que elabora cada año la Oficina de la Mujer de la C.S.J.N. El 60% del funcionariado judicial

está desempeñado por mujeres y sólo el 30 % de los cargos de magistrados está ocupado por mujeres. Del grupo de personas que se presentan a concursar en el Consejo de la Magistratura de la Nación, las mujeres somos sólo el 30%. Cuando se analizan los antecedentes de los postulantes, en general los hombres tienen cuatro libros escritos, tres posgrados en el exterior, doctorados, carrera docente ¿Y qué estábamos haciendo nosotras cuando estos muchachos hicieron todo esto? Seguramente estábamos cambiando pañales, llevando hijos e hijas a la escuela, ocupándonos de las tareas extracurriculares, observando si estaba triste, si tiene amigos, si va bien con sus calificaciones, etc. Es decir que, el trabajo de cuidado a cargo mayoritariamente de las mujeres impacta en forma directa en las dificultades en el ascenso en la carrera judicial. Para modificar este escenario son fundamentales las medidas de acción positiva y los cupos en los órganos judiciales colegiados. La reforma al reglamento para concursos del Consejo de la Magistratura de la Nación es un avance significativo, en tanto estableció la obligatoriedad de que cada terna que se postule sea integrada por una mujer. Es notable que tenemos que ir por más.

III. El rol del Estado y la perspectiva de Derechos Humanos

En ese sentido, me interesa establecer tres grandes cuestiones. Considerar al trabajo de cuidado como un derecho humano fundamental, para que sea abordado desde los parámetros internacionales de los derechos humanos. Considerar al cuidado como un trabajo y sustraerlo de la idea que lo coloca como una tarea que las mujeres hacemos por amor u obligación natural (para eso es imprescindible que se cuantifique y pague una retribución en dinero). Y, por último, desde la perspectiva de los Estados, considerar al trabajo de cuidado como una inversión y no como un gasto.

La realidad nos indica que, en el mundo, conforme la encuesta del 2018 de la Organización Internacional del Trabajo, las mujeres dedican 3 horas diarias al trabajo remunerado y 4,4 horas diarias al trabajo no remunerado. Los hombres dedican al trabajo remunerado 5,4 horas y a las horas de trabajo no remunerados 1,4. En Argentina, tenemos dos grandes estadísticas. Una es la de 2013, la encuesta anual de hogares, que estableció que los hombres realizaban 2

horas por día de trabajo no remunerado y las mujeres 5,7 horas por día.³ En el 2021, se hizo la primera encuesta nacional de uso del tiempo.⁴ Esta encuesta, concluyó en que las mujeres dedican 6,3 horas del día al trabajo no remunerado y los hombres 3,4. Es decir que, creció la cantidad de horas dedicadas al trabajo no remunerado para los dos sexos, pero la brecha sigue siendo la misma.

En esta sintonía, resultan demostrativos los resultados de un estudio local que realizamos en el Juzgado Federal N°2 de La Plata. Nos propusimos analizar, en los últimos 5 años, qué cantidad de mujeres y qué cantidad de hombres habían hecho uso de la licencia para cuidar, -la Licencia para Atención de Familiar Enfermo- como se denomina en el Poder Judicial de la Nación. Obtuvimos como resultado que el 85% de los pedidos fue de mujeres y solo el 15% fue de hombres. Es un dato que también ayuda para probar la realidad invisibilizada de lo que se denomina “escaleras rotas” y que repercute en el crecimiento y ascenso de las mujeres en cualquier organización laboral.

La ley crea subjetividades. La norma nos crea una idea del deber ser. Un país como el nuestro, en donde se reconoce a las mujeres (con trabajos registrados) noventa días de licencia por maternidad, y en el que al hombre solo se le otorgan dos días de licencia por paternidad, es claramente una ley, y un Estado, que nos está diciendo que somos las mujeres las que tenemos que cuidar, y que el hombre tiene que salir a recaudar para proveer. Ese estereotipo, esa división sexual del trabajo, además, perjudica tanto a hombres como a mujeres.

De los datos brindados por la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) podemos extraer que, en el año 2021, el 32% de los hogares de América Latina eran monoparentales y estaban a cargo de una mujer, mientras que sólo el 3,2 % de los hogares se hallaban a cargo de un hombre.

Los Estados que mayor paridad de género han alcanzado, y, a mi modesto entender, ese es el camino que tenemos que seguir en nuestro país, son los que orientan el otorgamiento de licencias hacia el trabajo de cuidado a ambos progenitores o corresponsables (en la letra del Código Civil y Comercial de nuestro país) con igual cantidad de días a ambos. Incorporar a los hombres al trabajo de cuidado es un gran desafío que debemos alcanzar si queremos lograr

³ INDEC 2014 *Encuesta sobre el trabajo no remunerado y el uso del tiempo*. Consultado en [https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/tnr_07_14.pdf]

⁴ Instituto Nacional de Estadística y Censos. *Encuesta Nacional de Uso del Tiempo 2021: resultados definitivos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Ed. Instituto Nacional de Estadística y Censos, libro digital, 1ª edición, 2022.

una vida más justa y beneficiosa para ambos géneros. La velocidad con la que las mujeres salimos al mundo de lo público y empezamos a ocupar lugares de poder, trabajar “afuera” y conquistar la esfera de lo público, no tuvo la misma intensidad que aquella en la cual los hombres se empezaron a incorporar al trabajo de cuidado. En gran medida, por la falta de leyes que así lo permitieron. El gran desafío es brindar herramientas para que los hombres (o ambos cuidadores) puedan cuidar en paridad. Tenemos que dar desde el Estado esas herramientas.

Pensar a los cuidados como un derecho universal implica reconocerlos y valorizarlos como una necesidad humana vital y esencial para la reproducción y el sostenimiento de la vida, y, por lo tanto, una atribución inherente a todos los seres humanos -sin distinción alguna- por su mera condición de persona. El derecho al cuidado, entendido como el derecho a recibir cuidados, a cuidar y al autocuidado, forma parte de los derechos humanos ya reconocidos en los pactos y tratados internacionales de los que gozan todas las personas.⁵ El derecho al cuidado implica, además, el reconocimiento del valor del trabajo, la garantía de los derechos de las personas que brindan cuidados y la superación de los estereotipos que reproducen la afirmación sobre la responsabilidad exclusiva para las mujeres en la tarea de cuidado.

Más allá de la diversidad de situaciones económicas, culturales e institucionales, en todos los países de la región resulta fundamental diseñar sistemas integrales de cuidados que tengan como horizonte la universalización del acceso a los servicios, y de su calidad, la coordinación e intersectorialidad de las políticas, la sostenibilidad financiera y la corresponsabilidad social y de género.

En relación a ello, en el año 2023 Argentina fue el primer país en enviar una solicitud de Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este tema. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) recibió 129 *amicus curiae* vinculados a la solicitud de Opinión Consultiva 31 referida a “El contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos”, presentada por nuestro país. La solicitud pretende que se establezcan los alcances para considerar a los cuidados en tanto derecho humano. En consecuencia, también implica la determinación de

⁵ PAUTASSI. “El cuidado como derecho. Un camino virtuoso, un desafío inmediato”. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Ciudad de México. Ed. UNAM. Número 272. Tomo LXVIII. 2018. Pág. 734.

aquellas obligaciones que son exigibles a los Estados parte, todo lo cual tiene por objeto acrecentar las políticas públicas en la materia y contribuir a disminuir la brecha de la desigualdad de género en la región. Actualmente, se está a la espera de las conclusiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esto también nos lleva a otro de los aspectos que quiero desarrollar, me pregunto: ¿qué pasa con el tema de la invisibilización del valor económico del trabajo de cuidado? ¿qué significa entender al trabajo de cuidado como una inversión para los Estados? Nancy Folbre,⁶ economista y feminista, se plantea: ¿Trabajo por amor o trabajo por dinero? La citada economista dice que, esa es una dicotomía con la que tenemos que romper. ¿Por qué? Porque quien trabaja por amor tiene también el derecho a tener un salario. Y quien trabaja por dinero también lo puede hacer con amor. El trabajo de cuidado es un trabajo que se hace de manera directa, es cara a cara, hay una interacción física, vincular, y hay un vínculo emocional con esa persona a la que se cuida. Ese vínculo emocional genera una desventaja por la cual es muy difícil negociar, por ejemplo, un aumento del salario. Porque la persona que tiene que negociar la cuestión salarial no puede decir, o no le sale decir: *“si no me pagas esto, yo me voy”*. Esa sería para Folbre una de las causas de por qué son tan bajos los salarios en el rubro cuidados. El cuidado obra como un seguro social comunitario e informal; porque las mujeres cuando no podemos ejercer en forma directa ese trabajo, enseguida solucionamos con otras mujeres, con la abuela, la tía, la amiga. Eso obra como un seguro social comunitario que Folbre plantea que debe ser calculado económicamente. En una de sus conferencias, la economista relata que en Estados Unidos se mide una tasa de empoderamiento de las mujeres, pero esta tasa mide solo la inserción de las mujeres en lo público, y no mide la inserción de los hombres en lo privado. Asimismo, problematiza la lectura sobre las dinámicas de vida de quienes cuidan y enfatiza que los índices de calidad de vida son esenciales para elaborar políticas públicas, pero estos no tienen nunca en cuenta los insumos y los gastos del trabajo de cuidado no remunerado. Para ejemplificar, relata:

[...] en Estados Unidos hay dos familias que ganan, supónganse, 50.000 dólares al año. Las dos familias son padre-madre y tienen

⁶ FOLBRE Nancy. *Conferencia magistral género y trabajo de cuidado*. Consultado en [<https://www.youtube.com/watch?v=xlQdqBuOgAM>]

dos hijos de las mismas edades. Para la economía, la calidad de vida y el nivel de riqueza o de pobreza de esa familia es idéntico. Sin embargo, una de esas dos familias es más pobre que la otra. ¿Por qué? En una familia los dos trabajan fuera de la casa la misma cantidad de horas para obtener esos 50.000 dólares y en la otra familia solo trabaja fuera de la casa el hombre y obtiene solo esa remuneración de 50.000 dólares y la mujer se queda haciendo todos los trabajos de cuidado que no son remunerados. La primera familia necesita contratar servicios de cuidado para los hijos, contratar transporte, comprar comida preelaborada, porque no tienen tiempo para elaborar esa comida e infinidad de otros gastos que la segunda familia no tiene. Eso invisible es lo que la economía tiene que empezar a contabilizar.

En la Ciudad de La Plata, capital de la Provincia de Buenos Aires, no hay ninguna escuela pública que tenga ocho horas de duración. Tampoco hay ninguna guardería o jardín maternal público y gratuito. Lo que sí existe en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la Provincia de Buenos Aires no existe. Esto es en lo que hay que invertir: en la creación de maternales públicos y en escuelas públicas con doble jornada, que permitan a las mujeres el acceso y ascenso laboral sin tener que vivir con una eterna dicotomía entre elegir priorizar la maternidad o el trabajo. La escuela no es el ámbito donde debería ejercerse el trabajo de cuidado, pero la mayoría de las familias se apoyan en el sistema educativo para que todos sus miembros adultos puedan trabajar afuera del hogar. Ahora bien, las escuelas públicas tienen en la Provincia de Buenos Aires una jornada de cuatro horas, ¿y qué trabajo existe que sea de cuatro horas de jornada laboral? ¿Cómo puede, con esta realidad, una mujer que sufre violencia doméstica y que se quedó haciendo las tareas de cuidado salir de esa situación de violencia?

Por eso necesitamos invertir en cuidado. Necesitamos jardines maternales públicos, escuelas estatales con jornadas de ocho horas y comedor y licencias para cuidado igualitario para ambos progenitores. Si el Estado invierte y emplea gente para llevar a cabo los servicios y políticas de cuidado, permite que las mujeres puedan salir a trabajar. Las mujeres que tienen a su cuidado niños, niñas menores de tres años, que hoy no pueden trabajar, podrían hacerlo si tuvieran

un jardín o un maternal público y con jornadas de ocho horas. Esto colaboraría con reducir el desempleo y lograría la formalización del mismo.

A su vez, esto repercutiría en la reducción de la pobreza: llegan ingresos a los estratos de los sectores más necesitados. Aumenta el consumo interno, aumenta la capacidad de consumo de bienes y servicios necesarios para estos cuidados. Se da la reactivación de la economía, aumenta la actividad económica en los barrios. Aumenta, por ende, la recaudación por parte del Estado. Crece la recaudación tributaria. Y se da así un círculo virtuoso.

El proyecto de Ley “Cuidar en Igualdad”, que se encuentra en tratamiento en el Congreso, establece que el Ministerio de Infraestructura dedicaría hasta el 8,5% de su presupuesto todos los años en inversión para políticas de cuidado. Es importante destacar que la consideración del cuidado como un trabajo que debe ser valorado económicamente, como un derecho humano fundamental y como una inversión para el Estado, tiene respaldo y recepción en nuestra jurisprudencia.

IV. Análisis jurisprudencial

El Poder Judicial, como uno de los poderes del Estado llamado a juzgar y resolver conflictos e interpretar las convenciones y las leyes, está avanzando a través de una serie de fallos que nos brindan a los operadores judiciales herramientas valiosas para dar pasos firmes en el sentido que expongo en esta publicación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos: “Echeverry Juan Bautista y otros c/ Estado Nacional s/Amparo Ley 16986”⁷, del 21 de octubre del año 2021, confirma la sentencia de la Cámara y le ordena al Poder Ejecutivo Nacional que reglamente el artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo. El referido artículo establece que las empresas con más de determinada cantidad de empleados deben proveer el servicio de guarderías, además de establecer la manera en la cual debe abonarse al trabajador dicho servicio si las mismas no se establecen. Dicha norma legal dejaba en manos de la reglamentación varios requisitos, sin los cuales la norma no era operativa. El artículo de la LCT establece que “en los establecimientos donde presten servicios el número mínimo

⁷ CSJN. Autos: “Echeverry Juan Bautista y otros c/Estado Nacional s/Amparo Ley 16.986”. Sentencia de fecha 21/10/2021. CAF 49220/2015/1/RH1.

de trabajadoras que la reglamentación establezca, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías hasta la edad que la reglamentación disponga”. El artículo 179 en cuestión, no fue reglamentado durante 48 años. En consecuencia, las empresas no cumplían ni podían cumplir con esa obligación tan valiosa en términos de trabajo de cuidado. La Corte, en el citado fallo y por medio de una acción positiva, le ordena al Poder Ejecutivo que proceda a reglamentarlo. Éste efectivamente lo hace el 22 de marzo del año 2022 con el dictado del pertinente decreto reglamentario, en cumplimiento del fallo de la Corte. Dispone, así, que los establecimientos que tengan más de 100 personas (deja de hablar sólo de mujeres) deberán ofrecer espacios de cuidados para la niñez de entre 45 días y 3 años que estén a cargo de los trabajadores de esas empresas. Establece, asimismo, que la manera en que la empresa otorga estos servicios puede ser: brindando la guardería directamente; al asociarse con otras empresas que estén a menos de 2 km de distancia; al subcontratar espacios de cuidados, haciendo un convenio con alguna guardería cercana; o puede, también, a través de una negociación colectiva, hacer un pago de una suma no remunerativa en concepto de gastos de cuidado.

Entre sus fundamentos, el fallo de la Corte dicta, a mi entender, pautas sobre cómo deben interpretarse las cuestiones relativas al trabajo de cuidado. En uno de los fundamentos sostiene:

Se impone a los estados nacionales la obligación de adoptar medidas adecuadas que permitan erradicar el perimido patrón sociocultural que pone exclusivamente a cargo de las mujeres, las tareas domésticas y la crianza de los hijos. Por lo cual, es evidente que para cumplir con tal cometido, el estado debe facilitar, incentivar y apoyar la participación de los hombres en estas tareas, y una imprescindible medida de facilitación y apoyo al efecto, es la de protegerlos de la discriminación laboral de la que puedan ser objeto a la hora de asumir, en pie de igualdad con las mujeres, los compromisos propios del ámbito doméstico y también lo es la de proveer servicios comunitarios que les permitan desempeñar un empleo sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales (voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

En otra parte de los fundamentos esgrime:

Así, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer cuando refiere al fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños, aclara expresamente el objetivo de la norma, ya que enuncia que se dicta con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar.

Es de suma trascendencia institucional que nuestro máximo tribunal haga una indicación directa al trabajo de cuidado y a cómo debemos considerarlo; que indique que se debe erradicar el perimido patrón sociocultural que pone a las mujeres a hacerse cargo del cuidado y que los hombres tienen que colaborar en un pie de igualdad con dicho trabajo. Es una directriz concreta y una guía para resolver en ese sentido. Es una herramienta de interpretación poderosa que puede y debe ser utilizada para lograr la paridad en este tema trascendental, para lograr la igualdad real entre géneros.

En otro interesante fallo, “Luna René Oscar c/ Gendarmería Nacional s/ amparo”, se le otorga un beneficio a un Gendarme de género masculino, para que pueda hacerse cargo en pie de igualdad con su mujer del trabajo de cuidado de la hija de ambos. Elegí este caso para colaborar en cuestionar la lógica que a veces impregna en algunas sentencias, donde se cree que fallar con perspectiva de género es resolver siempre a favor de la mujer. Esa interpretación superficial y simplista no hace más que conspirar en contra de las conquistas que se pretenden en favor de la igualdad.

En el citado caso, se le ordena a la Gendarmería que en el plazo de tres días le conceda un traslado a Luna René Oscar a la provincia de Formosa para que pueda acompañar a su esposa e hija en las tareas de cuidado familiar. Al fallecer la madre de la esposa del Sr. Luna, ella tiene que ir a Formosa a hacerse cargo de sus hermanos menores. Tienen en común una nena de tres años, por lo que él solicita el traslado a la Gendarmería. El citado organismo le rechaza el traslado fundado en que no se evidencian patologías que afecten a su esposa, por lo que no se encuentran motivos que requieran su asistencia, y que, si bien el informe socioambiental sugiere la contención familiar, en definitiva, se trata de una

responsabilidad que debe asumir la esposa del actor. Fundado en su potestad discrecional, la Gendarmería decidió que el cabo Luna debía buscar otras estrategias en el seno familiar que le permitan dar solución a la situación planteada, sin descuidar su compromiso con la institución, y le rechazan el pedido. Luna acude a la justicia. El fallo del Juzgado N°10 en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital se basa en el artículo 14 de la Constitución Nacional, en la protección integral de la familia. Cuando hablamos del cuidado como derecho humano fundamental debemos considerar también la perspectiva de los derechos de las infancias. En ese sentido, tanto la Convención Internacional que protege a las niñeces y el Código Civil y Comercial de la Nación, establecen que el niño tiene derecho a ser cuidado por sus dos progenitores. La sentencia establece que la decisión del organismo afecta a la hija y a la esposa de Luna, que hay que abordar el caso con una perspectiva de género y declara el acto administrativo irrazonable, porque se hace en base a prácticas estereotipadas de la demandada (poniendo al hombre en el lugar de proveedor y a la mujer en el lugar de cuidadora, lo cual resulta discriminatorio), y ordena a la Gendarmería a que disponga el traslado requerido.

Asimismo, quisiera citar y comentar dos sentencias del Juzgado Nacional en lo Civil N° 92, a cargo de la doctora Famá. Ambos casos referidos a la compensación económica, y que reafirman el postulado de que el cuidado es un trabajo que, en tanto tal, debe tener una contraprestación económica. El primero es un caso que está confirmado por la Cámara Civil, en donde se dispuso que un hombre debía pagarle como compensación económica a la ex mujer ocho millones de pesos porque ella dejó de lado su profesión de Licenciada en Economía para ocuparse de los quehaceres hogareños⁸. La mujer, de setenta años de edad, estuvo casada con un hombre conforme el plan de vida que eligieron como pareja, que implicó que él fuera quien se dedicara a desarrollar profesionalmente su vida y ella quien iba a hacerse cargo exclusivamente del trabajo de cuidado familiar. Ellos se casaron en el año 1982 y ella postergó su carrera como Licenciada en Economía para dedicarse a realizar el trabajo de cuidado. La pareja se separó en el 2009. Al establecerse el divorcio vincular, estando aún vigente el Código de Vélez, la ex esposa recibió una cuota alimentaria de 10 mil pesos. Con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil

⁸ Juzgado Nacional Civil N° 92. M. L., N. E. c/ D. B., E. s/ *Fijación de Compensación Arts. 524 y 525, CCCN*. 18/12/2018.

y Comercial, el Sr. reclama que quede sin efecto la cuota alimentaria. Eso hace que la mujer se quede sin dicha cuota, por lo que solicita la compensación económica prevista en la norma de fondo, logrando así una compensación económicamente significativa, con fundamento en la solidaridad familiar.

El fallo reviste especial interés, en tanto que hace una clara descripción de lo que es la compensación económica. No tiene que ser confundida con la cuota alimentaria ni con la cuestión alimentaria, tiene que ser tenida en cuenta como una cuestión basada en el principio de solidaridad familiar. Por ello, debe ser diferenciada también de la indemnización por daños y perjuicios y del enriquecimiento sin causa. Cuando yo estudié Derecho no tuve ni una materia con perspectiva de género, pero me acuerdo que la profesora de familia decía, para explicar el fundamento de los bienes gananciales, que en un matrimonio, para que un hombre pueda ir a trabajar afuera, tiene que haber una mujer que sostenga el hogar, los vínculos, no solo la cuestión de hacer los quehaceres domésticos, también el sostenimiento de los vínculos que mantienen a la familia. Que el hombre haya podido progresar en lo económico se debe a que hubo una mujer que estaba criándole los hijos e hijas, y eso tiene que tener una compensación económica.

Por último, también en el Juzgado Nacional en lo Civil Número 92, se dictó una sentencia que se refiere ya no a un matrimonio disuelto sino al final de una convivencia.⁹ La mujer acude a la justicia a reclamar que se le otorgue el 50% de un vehículo que estaba inscripto a nombre del hombre. Ella reclama solo el 50% de ese vehículo como compensación económica. Ellos convivieron y tuvieron dos hijos en común, ella dejó de trabajar a petición de él para hacerse cargo de las tareas del hogar, lo que le permitió a él progresar dentro de la empresa y tener una jornada completa. El conviviente abandona el hogar cuando nace el segundo hijo y no realiza ningún aporte económico. La mujer tuvo que recurrir a familiares para que le prestaran dinero. Ella tiene que mantener la media jornada porque tiene que cuidar a los hijos y se organiza contratando guarderías. Evidentemente, era un plan de vida basado en estereotipos en donde el cuidado tenía que estar exclusivamente a cargo de la mujer. La Dra. Famá hace un análisis sumamente interesante. Como resultado del juicio, le otorga a la mujer el auto en su totalidad, no solamente el 50% que pedía. O sea, el 50% que pedía se lo

⁹ Juzgado Nacional Civil N° 92. H., R. H. c/D' A., H. D. s/ fijación de compensación económica. 28/10/2022.

dio usando la figura de la interposición de persona, es algo así como un testaferro. Y se analiza que, si los dos colaboraban en el sostenimiento del hogar y una colaboraba en las tareas de cuidado, lo que compraron es de los dos. Entonces, el 50% del vehículo tiene que estar a nombre de ella. Pero, además, como compensación económica le va a dar el otro 50%, porque el trabajo de cuidado estuvo a cargo exclusivamente de la mujer. La Dra. Famá plantea que el género es una categoría sospechosa frente al contexto de discriminación y que, entonces, impone la existencia de desequilibrios entre los sujetos del proceso; en donde hay que repartir bien la carga probatoria, hay que tener en cuenta la carga dinámica de las pruebas que se establecen en los casos en los que hay, además, violencia y discriminación. Hay que compensar esos desequilibrios. Dice, también, que el trabajo no remunerado de cuidado tiene un valor económico y esto es lo que tenemos que empezar a ver en todas las sentencias: dimensionar que se trata de una parte ineludible del sistema de producción capitalista, en tanto es condición esencial para la reproducción social de la fuerza del trabajo. El trabajo de cuidado es esencial para la reproducción del sistema, para crear buenos trabajadores, buenos ciudadanos.

V. Conclusiones

Para ir concluyendo, es importante destacar que tenemos algunas herramientas legislativas a las que necesitamos reforzar con nuestro trabajo: el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 660, establece que las tareas cotidianas que realiza el progenitor que asumió el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención. Reconociendo, así, que las tareas cotidianas de cuidado tienen que ser compensadas y tienen que ser medidas económicamente.

En la ley nacional N° 27.555, que regula el contrato de teletrabajo, encontramos específicamente un supuesto para el trabajo de cuidado. En su Artículo 6 dispone:

Tareas de cuidados. Las personas que trabajen bajo esta modalidad y que acrediten tener a cargo el cuidado de personas menores de trece (13) años, personas con discapacidad o adultas mayores que convivan con la persona que trabaja y que requieran asistencia específica, tendrán derecho a coordinar con el empleador, en tanto no afecte lo requerido de su trabajo, horarios compatibles

a la tarea de cuidado a su cargo y/o la interrupción esporádica de su jornada, compensado dichos períodos de tiempo de manera acorde con las tareas asignadas. El presente artículo no será de aplicación cuando el empleador abonare alguna compensación legal, convencional o contractual relativa a gastos por tareas de cuidado. Mediante negociación colectiva o en el ámbito de los contratos de trabajo podrán establecerse pautas específicas para el ejercicio de este derecho.

El Poder Ejecutivo Nacional creó hace unos años una herramienta que es la calculadora de cuidado, en ella se solicita información de la persona interesada en realizar el análisis, como por ejemplo características de cuál es su nivel educativo, nivel de trabajo, qué tareas hace, si ella es quien le compra la comida a las mascotas, quién saca a pasearlas, quién lleva a los chicos al colegio, etc.

Pienso que las mujeres no vemos la cantidad de cosas que hacemos. Realizar el ejercicio de preguntarnos, revisar y, en concreto, calcular el valor económico de nuestro trabajo de cuidado es una forma de hacer visible lo invisible, incluso para nosotras mismas, y, al mismo tiempo, es una herramienta valiosa para el poder judicial cuando es llamado a resolver conflictos de este tipo.

Existen en nuestra cultura, en lo dicho y lo no dicho, en las películas, en las canciones, en las propagandas, miles de señales que trabajan a nivel inconsciente para que creamos firmemente que el trabajo de cuidado es un trabajo que naturalmente nos corresponde a las mujeres y que tenemos que hacerlo por amor y solas. Lo natural no es natural en este caso. Lo que se interpreta como natural es absolutamente cultural y patriarcal. El sistema capitalista necesita de esta estructura formada a lo largo de miles de años para que las mujeres hagamos de manera gratuita un trabajo que debería pagar el empresario o el Estado. La concepción de que el trabajo de cuidado debe estar a cargo de las mujeres y debemos hacerlo de manera gratuita y, además, estar felices y agradecidas, es una concepción creada y sobreestimada por el propio sistema capitalista. Porque si ese trabajador no tuviera una mujer que le cuida y adoctrina a los futuros trabajadores del sistema, el capitalista debería pagar al trabajador por ese servicio para que pueda cumplir con su trabajo. Son tan invisibles y sutiles los métodos que el sistema usa para que no veamos la realidad y sigamos atadas a la creencia de que el cuidado es algo naturalmente asignado a las mujeres que, por ejemplo, hace unos días escuchaba a una youtuber que estaba hablando de inteligencia artificial, del chat GPT, y un invitado le pregunta: ¿por qué la inteligencia artificial tiene voz femenina? Ella responde: *“porque es una tarea de*

asistencia, así como el GPS, el Siri son voces femeninas porque están asociados a tareas de ayuda y cuidado”.

Por último, no puedo dejar de citar el proyecto de ley “Cuidar en Igualdad”, que ingresó en el Congreso en el año 2023. Es un proyecto interesantísimo, bastante parecido al de Uruguay, porque tiene en cuenta la universalidad y tiene en cuenta que las mujeres no somos un colectivo hegemónico. Somos un colectivo diferente, un colectivo en donde hay mujeres pobres, mujeres aborígenes, mujeres transgénero, mujeres transexuales. El proyecto de ley eleva la licencia de la persona no gestante de manera progresiva para que sea más equitativo, así como aumenta la cantidad de días para la licencia de la persona gestante. La licencia de quien lleva adelante la gestación la lleva a 126 días (hoy es de 90) y la licencia de la persona no gestante a 90 días, progresivamente. A la vez, establece licencias para adoptantes y formula los aspectos de financiamiento. Además, crea una asignación por el mismo plazo de las licencias para monotributistas sociales y para autónomos.

Observemos cómo, las nuevas organizaciones familiares empujan a las convencionales a que se tengan que hacer estos cambios que son clave. Necesitamos sí o sí que los hombres tengan la herramienta para poder cuidar. No la tienen. Están privados, además, de poder disfrutar de lo que es cuidar, porque el cuidado también es disfrute. Se genera un vínculo con las infancias, incluso con los adultos mayores, que es irremplazable. ¿Y por qué los hombres se van a privar de poder cuidar, de poder generar este vínculo? ¿Notaron cómo les cuesta a los hombres, cuando se divorcian, generar un vínculo ellos solos con sus hijos e hijas? Algunos lo logran, otros no lo logran porque no fueron educados para cuidar. La sociedad no les dijo que ese era su rol, no saben cómo, no tienen las herramientas y es algo muy triste.

Para finalizar, dejo un interrogante: ¿qué pasa con las mujeres que cuidan solas durante veinte o treinta años? ¿Cuál es la sanción para el progenitor que nunca cuidaba y se fue? Hay muchas familias monomarentales. ¿Alcanza el embargo del 20% del sueldo y listo? Él hace su vida, tiene su tiempo y puede hacer con su tiempo lo que quiera... Mientras que, las que cuidan solas no pueden tener una porción de ese tiempo, a menos que cuenten con una amiga que les da una mano, una madre, una abuela ¿Cuál es la sanción? Creo que hay que pensarlo. Se trata de una omisión al deber legal de cuidar y eso tiene que ser sancionado y reparado.

Perspectiva de género en el proceso civil:
valoración de la prueba a la luz de un reciente fallo de la Cámara Nacional en lo Civil

Damián Esteban Ventura*

Abstract: Análisis del fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “C”, en autos “A. L. C. E. C/A. A. D. s/DAÑOS Y PERJUICIOS” (nro. 30859/2014). Valoración de la prueba con perspectiva de género en el proceso civil de contenido patrimonial. Deber de diligencia asumido por el Estado Argentino, aplicado en materia probatoria. Criterio amplio y sana crítica.

I. Introducción

Se ha definido a la “perspectiva de género” como una categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma teórica, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad¹.

Ya en septiembre de 1995, en la IV Conferencia Mundial de Mujeres, celebrada en Beijín, comenzaron a acuñarse y consolidarse conceptos esbozados en las anteriores, realizadas en México, Copenhague y Nairobi, tales como las llamadas acciones afirmativas, la noción de género y empoderamiento, todo lo que a la postre resultó útil para el desarrollo de una mirada feminista sobre la realidad y con ello comenzar un camino que permitiese erradicar desigualdades ge-

* Abogado, especialista en Administración de Justicia (Universidad de Buenos Aires). Juez del Juzgado Nacional de primera instancia en lo Civil N° 53.

¹ UNICEF, *Comunicación, infancia y adolescencia: Guías para periodistas* (Communication, Childhood and Adolescence) ISBN: 978-92-806-4892-8, Primera Edición, mayo de 2017.

neradas a partir de las diferencias de género. Surge de la declaración su pretensión de promover los objetivos de igualdad, desarrollo y paz para todas las mujeres del mundo, en interés de toda la humanidad. Puede decirse, también, que en su plataforma de acción quedó plasmada la noción de perspectiva de género, la que resulta necesaria para revertir y extirpar las desigualdades existentes.

Dicho ello, y sin pretender realizar un estudio del desarrollo normativo nacido a partir de allí, es indudable en la actualidad la obligación de los tribunales de atender con dicha mirada los numerosos casos de violencia que se suscitan a diario, derivado de la tutela protectora de las mujeres consagrada en distintos tratados y convenciones internacionales de derechos humanos (tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - “Convención de Belem do Pará”), incorporados a nuestro ordenamiento legal mediante el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

En ese orden, la Ley de Protección Integral a las Mujeres que lleva el número 26.485, sancionada en el año 2009, establece en su art. 16 que:

“[...] deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: [...]: b) A obtener una respuesta oportuna y efectiva; c) A ser oída personalmente por el juez y por la autoridad administrativa competente; d) A que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte; [...] i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos [...]

De esta norma, se desprende una directiva generalizada hacia los organismos del Estado para intervenir con un enfoque amplio en toda contienda promovida por mujeres que apunte, entre otros aspectos, a prevenir y eliminar no

solamente la violencia física, sino también psicológica, sexual y económica o patrimonial.

Por otra parte, es dable señalar que el Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado mediante Ley 26.994, que entrara en vigencia el 1 de agosto del año 2015, ha reafirmado un orden de prelación normativa respecto de las fuentes de derecho, resultando claro que no existe la posibilidad de disociación entre la Constitución Nacional y las normas inferiores. Ello es así, pues se establece en su artículo primero que los casos a decidir “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”, agregando que, a tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Lo que conduce a afirmar que el derecho privado no puede mantenerse al margen de la tutela constitucional referida, sino antes bien debe acudir a sus preceptos al momento de resolver las controversias que pudieran suscitarse en el marco de aquél². Ello es así, sin perjuicio de señalar que una adecuada interpretación del sistema con anterioridad a la reforma del código civil conduciría a un mismo resultado, toda vez que en ningún caso una norma de jerarquía inferior podría contrariar preceptos establecidos en la Carta Fundamental. De todas formas, desde antiguo hay quienes entienden que no resulta ocioso realizar estas afirmaciones en las leyes inferiores, ya que también cumplen una función didáctica.

Sobre la base de los lineamientos brevemente expuestos, un reciente fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil invita a analizar la utilización de la perspectiva de género en el marco de un reclamo de daños y perjuicios derivados de un hecho de violencia familiar, concretamente respecto del *standard* de valoración de la prueba aplicado para adoptar la decisión final.

II. El caso “A. L. C. E. C/A. A. D. s/DAÑOS Y PERJUICIOS” (nro. 30859/2014) y la solución de primera instancia

Entre la noche del 13 y la madrugada del 14 de noviembre del año 2013, se desarrolló una discusión con contacto físico entre la parte actora y el demandado, en la propiedad de este último, en la que residían desde el año anterior.

² Conf. LORENZETTI, Ricardo Luis; “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Santa Fe, 1º Ed., Rubinzal – Culzoni, Tº I, págs. 29 y ss.

Según la versión brindada por la accionante, el demandado comenzó a agredirla sin sentido, con embestidas verbales que rápidamente alcanzaron lo físico, y a fin de evitar seguir siendo golpeada se encerró en el baño bajo llave hasta el arribo de la Policía, que la trasladó hasta una comisaría cercana, a la cual asistió personal de asistencia familiar, siendo finalmente acompañada a un organismo de violencia familiar. Desde ese momento, no volvió a residir en el inmueble del demandado.

Por su parte, el accionado explicó que el incidente se produjo cuando le comunicó a la actora su intención de finalizar la relación y que en virtud de ello debía mudarse, dado que el departamento en que vivían era de su propiedad. Luego, mientras se encontraba cenando con un vecino del edificio, recibió un llamado de su hermana, diciéndole que la actora la estaba llamando a ella y a su madre diciéndoles que él le quería pegar. Frente a tal situación volvió a su departamento y la actora salió corriendo rápidamente hacia el balcón en medio de un colapso nervioso, gritando que le estaban pegando y pidiendo ayuda. Ante el temor de que pudiera arrojarle por el balcón, la tomó de su cuerpo abrazándola y la ingresó nuevamente al interior del departamento. Que luego la actora se encerró en el baño hasta el momento en que llegó la policía. Posteriormente, la accionante le promovió una denuncia penal, habiéndose resuelto su sobreseimiento en el mes de mayo de 2014.

Las pruebas relevantes que fueran ponderadas con perspectiva de género por la jueza de primera instancia involucraron a los informes interdisciplinarios y médicos, brindados en el marco de las actuaciones labradas ante la Oficina de Violencia Doméstica, y el testimonio del vecino del edificio con quien el demandado se encontraba cenando cuando se desencadenó el hecho.

La corroboración del contacto físico a partir del testimonio del testigo, la inmediatez de las lesiones constatadas en el informe médico -apenas horas después de sucedido el evento- y los indicadores de violencia doméstica descriptos en el informe interdisciplinario, condujeron a la magistrada a condenar al demandado a abonarle a la víctima una suma de dinero, discriminada en diversos rubros, a saber “incapacidad sobreviniente y gastos por tratamiento”, “daño extrapatrimonial o moral” y “gastos de asistencia médica”, en los términos del art. 1109 del Código Civil, de aplicación en virtud de la época en que se sucedieron los hechos y lo dispuesto por el artículo 7° del nuevo ordenamiento civil, aplicado a la luz de diversos lineamientos establecidos en la “Declaración Americana

de los Derechos y Deberes del Hombre”, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, “Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer” y ley 26.485 de protección integral a las mujeres.

III. Confirmación de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala “C”):

En los fundamentos del recurso de apelación interpuesto, el demandado encontró inexplicable que resulte condenado cuando la Sra. Jueza de la causa penal que intervino inmediatamente después de producido el hecho dictara su sobreseimiento por falta de prueba.

También se agravió del análisis del informe médico, al considerar que nada dice acerca de quién le efectuó esas lesiones a la actora, sugiriendo que pudo haber sido ella misma quien se las infligiera.

Por último, criticó el encuadre del hecho como un episodio de violencia familiar y la aplicación de la normativa vigente relacionada a la protección contra la violencia de la mujer, porque no se acreditó que haya ejercido violencia alguna sobre la actora.

El tribunal mantuvo el encuadre del hecho en el marco de las leyes protectorias contra la violencia de género, sosteniendo que:

La necesidad de enfocar el análisis de casos de violencia contra la mujer desde la “lente” de los derechos humanos, influye necesariamente en la apreciación y valoración de la prueba. En esta dirección, se ha explicado que, en los procesos judiciales vinculados con esta problemática, la prueba de los hechos denunciados por la víctima no es una tarea simple y ello es así porque se trata de hechos que normalmente transcurren en la intimidad o en circunstancias en las que sólo se encuentran presentes la víctima y el agresor. Es por tal razón que, en estos supuestos, resulta fundamental el testimonio de la víctima, siempre que se efectúe con las debidas garantías, de manera tal que el involucrado pueda desvirtuar el relato de la denunciante.

Recordó, también, que el sobreseimiento en sede penal no tiene efectos de cosa juzgada en sede civil, destacando que, en el particular, el mismo fue dictado sobre la base de que el hecho investigado no encuadró en ninguna figura legal; lo cual permite que se evalúe la existencia de un hecho generador de responsabilidad civil, máxime teniendo en cuenta lo expresamente establecido en el art. 35 de la ley 26.485 en cuanto a que la parte damnificada puede reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia.

En este sentido, sostuvo el tribunal que:

El hecho que la Sra. Juez de instrucción no le haya dado crédito al relato [...] a fin de tener por acreditado que [...] le profirió frases amenazantes, no alcanza para desplazar la certeza acerca de la ocurrencia de un episodio de violencia lo suficientemente importante, que incluso llegó a la agresión física, aunque no califique como delito del derecho criminal.

Con respecto a la prueba, profundizó sobre el resultado de los informes médicos realizados a ambos involucrados en el marco de la causa penal, del que se desprendían lesiones contemporáneas con el hecho, tanto en la actora como en el demandado, y compatibles con el relato formulado por la accionante. También sobre las propias afirmaciones del demandado de haberle quitado por la fuerza el teléfono de línea a la actora para que “deje de molestar” a su familia, brindadas al momento de prestar declaración indagatoria.

Según los jueces, dichas pruebas constituyeron indicios ciertos, precisos y concordantes que llevaron a considerar verosímil que las lesiones fueron producidas como consecuencia de la acción física del demandado sobre el cuerpo de la actora.

Dichas presunciones sirvieron, también, como fundamento de la desestimación de las causas de justificación invocadas por el demandado (evitar que la accionante salte por el balcón). En este sentido, afirmaron los magistrados que el agente que ocasiona un daño para evitar uno de mayor entidad no encuentra apoyo en esa causa de justificación si su conducta ha provocado deliberadamente esa circunstancia; lo cual precisamente consideraron que aconteció, debido al estado de vulnerabilidad en el que colocó a la actora al comunicarle

en horas de la noche que ya no quería continuar la relación y que debía abandonar la vivienda con su hijo menor sin tener a dónde ir.

En consecuencia, verificada la existencia de las lesiones desarrolladas en el marco de un episodio de violencia familiar y la falta de prueba sobre alguna causa de justificación, resolvieron la confirmación del pronunciamiento.

IV. Amplitud probatoria, sana crítica y perspectiva de género

Es sabido que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas en los juicios, sino sólo aquéllas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones³; y deben formar su convicción respecto de las mismas de conformidad con las reglas de la sana crítica, concepto al que reiteradamente alude el Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación⁴.

Por citar breves ejemplos ilustrativos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha explicado al respecto que:

Si bien el estado de incertidumbre se desarrolla en el fuero interno de los magistrados, ello no puede reposar en la pura subjetividad, sino que, por el contrario, esa especial situación debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso, tarea que no puede abandonarse en aras de supuestas exigencias del sistema probatorio⁵.

También, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha señalado que:

Las ‘máximas de experiencia’ integran, junto con los principios de la lógica, las reglas de la sana crítica a las que el juzgador debe ajustarse para apreciar la prueba. Son los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científico verificables, que actúan como fundamentos de posibilidad y realidad⁶.

³ Fallos: 333:526; 300:83, 535; 302:676, 916, 1073; 303:235, 1030; 307:1121.

⁴ Artículos 163, inc. 5, 386, 456, 477 y cctes., del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación.

⁵ Fallos: 323:213.

⁶ SCBA LP Ac. 71624 S 15/03/2000, juba.scba.gov.ar.

Actualmente, el referido concepto ha cobrado mayor relevancia en nuestros tribunales civiles en casos de violencia de género, atenuando la exigencia derivada del principio general de la carga de la prueba sobre la actora (“*onus probandi incumbit actori*”), que muchas veces conduce al dictado de soluciones injustas en perjuicio de la víctima, derivadas de un excesivo rigor formal. Por supuesto que el libre convencimiento de quienes deben decidir no significa que se encuentran facultados a ser discrecionales o arbitrarios, sino a la posibilidad de que formen convicción racional respecto de la prueba producida a partir de la lógica, el sentido común y la experiencia sobre las conductas frecuentes de los individuos.

Ya en el año 2015, el “Comité Para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer” exhortó a revisar las normas sobre carga de la prueba, para asegurar la igualdad entre las partes en todos los campos en que las relaciones de poder priven a las mujeres de la oportunidad de un tratamiento equitativo de su caso por la judicatura⁷. También el “Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará” (MESECVI), al indicar que los procedimientos de investigación pueden obstaculizar el acceso a la justicia de las víctimas cuando se dirigen a evaluar la conducta de la víctima en lugar de considerar el contexto de coercibilidad en que ocurrieron los hechos, así como las evidencias indirectas⁸.

En esta orientación se ha expresado nuestro cimero tribunal, principalmente en materia penal, al sostener que la violencia contra la mujer tiene características específicas que deben permear en el razonamiento judicial y que la persistencia de los estereotipos y la falta de aplicación de la perspectiva de género podría llevar a valorar de manera inadecuada el comportamiento⁹.

Tal como se señala en el pronunciamiento objeto del presente comentario, los hechos que configuran casos de violencia de género suelen ocurrir en un contexto de intimidad que difícilmente puedan acreditarse a través de una única prueba concluyente. Sobre dicha dificultad gravita la perspectiva de género, que apela a la sana crítica, exigiendo un estándar de valoración probatorio más fle-

⁷ Ministerio Público de la Defensa, *Recomendación CEDAW/C/GC/33*, consultado en [https://www.mpd.gov.ar/index.php/documentos-t/317-recomendaciones-generales-del-comite-para-la-eliminacion-de-la-discriminacion-contra-la-mujer-de-las-naciones-unidas/2966-recomendacion-general-n-33-2015#:~:text=El%20derecho%20de%20acceso%20de,de%20Discriminaci%C3%B3n%20contra%20la%20Mujer.]

⁸ MESECVI, *Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos*, Montevideo, Uruguay, 2014.

⁹ “R. C. E’ s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 63.006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV”, número CSJ 733/2018/CS1, del 29 de octubre de 2019.

xible, con especial atención en el testimonio de la víctima y la utilización de presunciones a partir del análisis de informes médicos e interdisciplinarios.

Sin ánimos de entrar en debate con el sector de la doctrina y la jurisprudencia que consideran a la perspectiva de género como una ideología de tinte netamente político que condiciona el recaudo de imparcialidad en los pronunciamientos judiciales, en tanto excedería largamente el objeto del presente comentario, lo cierto es que, tal como se ha dicho al comienzo, existen numerosos tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional y diversas normas de derecho interno que intensifican el estándar de valoración de la prueba bajo esta óptica; y ella resulta de aplicación a los procesos judiciales bajo el ya conocido “deber de debida diligencia reforzado” asumido por el Estado Argentino (art. 7, inc. b, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – “Convención de Belem do Pará”).

Además del art. 16 ya citado, el art. 31 de la ley 26.485 establece expresamente que rige el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos de violencia de género, debiéndose evaluar las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica y considerándose las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por intermedio de la “Oficina de la Mujer”, ha elaborado los “Principios generales de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres para la adecuada implementación de la ley N° 26.485” -publicado en el mes de julio del año 2021-, del cual surgen recomendaciones específicas para garantizar la debida diligencia en los procesos judiciales, tanto civiles como penales.

Así, se afirma que:

Se debe juzgar con perspectiva de género: en el caso de que un incidente de violencia concreto tenga lugar en el contexto de un patrón general de violencia contra la mujer, la obligación de la debida diligencia tiene alcances más amplios. La prueba producida debe valorarse teniendo en cuenta la vulnerabilidad de la víctima. Quienes desempeñan funciones en el sistema de justicia (que incluye ministerios públicos) deben actuar libres de estereotipos y teniendo

en cuenta las particularidades de los episodios de violencia de género. En la mayoría de los casos no existen personas que no sea la propia víctima que pueda dar testimonios sobre los hechos. En muchos otros casos las niñas, niños y adolescentes son las únicas personas que los presencian, por lo que se debe garantizar su no revictimización y que sean tratadas como sujetos de derechos. A fin de valorar la prueba con perspectiva de género es necesario conocer las características de este tipo de violencia, los efectos sobre las mujeres cis, trans y travestis víctimas de violencia y las particularidades de los varones violentos. El principio de amplitud probatoria es aplicable a todos los casos de violencia de género¹⁰.

Si bien las pautas en cuestión no buscan exonerar a la víctima de la prueba del hecho, no caben dudas de que resultan útiles para alivianar la carga procesal en casos de violencia de género, en concordancia con los deberes internacionalmente asumidos en la materia por nuestro país. Incluso, colocan a la magistratura del fuero civil en un rol más activo que en el común denominador de los juicios de contenido patrimonial, pudiendo disponer las medidas que fueren necesarias para indagar los sucesos, rigiendo el principio de obtención de la verdad material (art. 30 ley 26.485).

Aunque los esfuerzos de las políticas públicas deben concentrarse en la prevención y disminución de conductas violentas, lo que, según la propia declaración y plataforma de acción elaborada por la ya mencionada Conferencia de la Mujer celebrada en Beijing, no podrá alcanzarse en sociedades surcadas por la pobreza sistémica, una herramienta útil para conjurar tales comportamientos es la necesaria respuesta idónea que la justicia debe brindar, ponderando las complejidades que naturalmente presenta la problemática en cuestión, acudiendo a las figuras procesales existentes en nuestro código de forma, tales como las presunciones.

De esta manera, y como ha quedado visto a lo largo de estas líneas, resulta elemental el modo en que se valora la prueba cuando se reconoce, en primer término, que estos casos de violencia contra las mujeres comprenden la afectación de derechos humanos, lo que torna ineludible la armonización de la pers-

¹⁰ CSJN, Oficina de la Mujer, *Principios Generales de Actuación en Casos de Violencia Doméstica contra las Mujeres*, consultado en [<https://www.csjn.gov.ar/om/verNoticia.do?idNoticia=5402>]

pectiva de género con las normas procesales vigentes en aras de arribar a una solución conforme a derecho.

No se puede pasar por alto que, el 19 de diciembre del año 2018, el Congreso sancionó la ley 27.499 -“Ley Micaela”, así denominada por la joven que fuera asesinada por un hombre con antecedentes penales de violación-, estableciendo 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, incluyéndose tanto al Poder Ejecutivo y Legislativo como al Poder Judicial de la Nación.

Ello muestra la clara intención del legislador de consagrar definitivamente a la perspectiva de género como una herramienta necesaria para todos los integrantes del Poder Judicial, en la búsqueda de sentencias adecuadas, teniendo como norte tanto la prevención como la reparación de los daños producidos como consecuencia de desigualdades naturalizadas desde siempre entre hombres y mujeres, extremo que indudablemente resulta comprensivo del estándar de valoración de la prueba.

El fallo analizado constituye un aporte valioso para el camino de adaptación que ha comenzado a transitarse en el Poder Judicial de la Nación.

Derecho de daños y perspectiva de género: desafíos actuales

Javier Santamaría*

Abstract: En el presente artículo se aborda la temática relativa a la perspectiva de género en el derecho de daños, a partir de las distintas implicancias que nos llevan a considerar los criterios y pautas a aplicar en relación a esta materia de derecho civil patrimonial.

I. Desarrollo

Si bien he tenido la oportunidad de reflexionar sobre algunos presupuestos de la responsabilidad civil¹, celebro este nuevo desafío de abordar cuestiones relativas al daño resarcible, su cuantificación y la perspectiva de género que debe ser tenida en cuenta especialmente para evitar desigualdades e injusticias.

* Juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil n° 15. Docente de UNPAZ en las materias *Obligaciones Civiles y Comerciales* y *Tercer Seminario de Daños y Seguros*. Docente en carrera de grado de UBA y UMSA. Docente de posgrado en UCA y UCES. Director de proyecto de investigación PITTS en UNPAZ.

¹ AGUIRRE, Pablo y SANTAMARÍA, Javier, “La responsabilidad objetiva en el Ordenamiento Jurídico” en “Responsabilidades especiales (Homenaje al Dr. Ameal)”, Buenos Aires, Errepar, 2016; Comentarios a los artículos 739/742, 746/761, 825/849 y 1716/1719 Del Código Civil y Comercial de la Nación en AMEAL Oscar J. (dir.), COMPIANI, María E. (coord.) y SANTAMARÍA Javier (coord.) “Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial”, Buenos Aires, 2017, T. 3, pág. 75/90, 107/155, 300/363 y AMEAL Oscar J. (dir.), MARTÍNEZ GARBINO, Carolina (coord.) y ROMANO, Elisa (coord.) “Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial”, Buenos Aires, 2017, T. 6, págs. 42/94; “El principio general de reserva del Art. 19 de la Constitución Nacional. Su importancia en el derecho de daños y connotación actual a la luz del anteproyecto de Reforma del Código Civil en “Principios Generales del Derecho”, Carlos Ghersi (dir.), Buenos Aires: La Ley. 2013. págs. 133 - 153. isbn 978-987-03-2560-4.

Intentaré, así, dejar algunas líneas de abordaje sobre una cuestión que resulta trascendente: la aplicación de la perspectiva de género al derecho de daños².

Para ello, resulta un punto de partida básico la última reforma constitucional sancionada en el año 1994, que otorgó jerarquía suprema a varios tratados internacionales de derechos humanos y, de este modo, incentivó leyes de vanguardia en el ordenamiento jurídico argentino. Se incorporó así la noción -con mandato constitucional- de tutelar a sectores y colectivos más vulnerables.

En tal dirección, entonces, el Código Civil y Comercial de la Nación, con vigencia desde el 1° de agosto de 2015, tuvo en miras estos avances y las pautas constitucionales, lo que se refleja en los fundamentos del anteproyecto³. Se dejó en claro que la idea radicaba en promulgar un código de igualdad real, “desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables” y con un paradigma no discriminatorio, a fin de eliminar la tradición histórica donde el sujeto de derecho privado era el hombre y pensar en “términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza. En los textos proyectados aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento”⁴.

Ello fue fruto, también, del desarrollo de principios y miradas activas que toda nueva legislación no podía desoir, silenciar o esconder, entre los que se

² Derecho de daños, Responsabilidad civil o Responsabilidad por daños serán utilizados indistintamente.

³ Al respecto, en el Anteproyecto se expresa claramente: “La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

⁴ Estos avances se ven, por ejemplo, en la nueva regulación del matrimonio (libro Segundo, título I del CCCN), la cual fue fundamentada en el Anteproyecto de la siguiente manera: “La igualdad es un principio constitucional que campea el régimen jurídico matrimonial y su ruptura. El título da inicio aludiendo a él como eje rector de las normas y de su interpretación. En este sentido, se veda toda discriminación en razón de la orientación sexual de sus integrantes (como surge de la ley 26.618) y del género (como lo dispone la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 75, inc. 22).”

cuenta la perspectiva de género, derivada -reitero- de los compromisos internacionales y nacionales asumidos hace tiempo y reforzados con la sanción de la ley 26.485 de protección integral a las mujeres.

Entre los compromisos internacionales asumidos por Argentina, resulta fundamental la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)**, adoptada en el marco de Naciones Unidas, en la que se definió a la “discriminación contra la mujer” como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera⁵.

Debemos mencionar, también, la **Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará”**, que tiene como finalidad máxima combatir cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado⁶.

Sostiene Roberto Saba que, si bien es posible identificar la propuesta constitucional de 1853 con el ideal de igualdad ante la ley expresado en el artículo 16, sin embargo, establecer con claridad el significado de este ideal normativo no es tarea sencilla y, citando al juez White, expresa: “[...] Las clasificaciones legales realizadas sobre la base del género requieren un estándar más alto de revisión. Ese factor generalmente no provee ningún fundamento relevante para un trato diferenciado. Lo que diferencia al sexo de otros criterios no sospecho-

⁵ La República Argentina se comprometió así a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

⁶ La Convención se firmó en el año 1979 y fue suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980 y ratificada el 15 de julio de 1985.

sos, tales como la inteligencia o la discapacidad física [...] es que el sexo frecuentemente no guarda ninguna relación con la habilidad para desempeñarse o contribuir con la sociedad. En lugar de basarse en consideraciones de alguna significancia, las leyes que distribuyen beneficios o cargas entre los sexos de modo diferente muy probablemente reflejan nociones anacrónicas acerca de las capacidades relativas de hombres y mujeres. Una clasificación basada en el género no se sostiene a menos que ella se encuentre sustancialmente relacionada con un interés sustancialmente importante del gobierno [...]”⁷.

Tras un meduloso análisis, en el que trata la cuestión de las “categorías sospechosas”, Saba afirma que, si, por ejemplo, las mujeres han sido históricamente excluidas y postergadas de los ámbitos de la política, el mercado laboral o la educación superior, entonces se podría argumentar, desde esta visión de la igualdad y de las categorías sospechosas, que la imposición del sexo como justificación de tratos diferentes entre personas, que resulte en un perjuicio hacia las mujeres y perpetúe su exclusión, debería ser tratado como una categoría sospechosa de modo de volverlo presuntamente inconstitucional y así protegerlos de ese trato excluyente⁸.

En definitiva, podemos afirmar que la pauta clásica que se plasmara dos siglos atrás en el artículo 16 de la Constitución Nacional, fue intervenida por el varias veces referido inciso 23 del artículo 75 de esa misma constitución en octubre de 1994. Desde entonces, las acciones positivas y las políticas compensatorias son, lisa y llanamente, un mandato constitucional.

II. Perspectiva de género y su aplicación específica en el Derecho de Daños

En este marco, el “Derecho de Daños” (o “Responsabilidad Civil”, o “Responsabilidad por daños”) se encuentra atravesado por esos profundos cambios referidos y, dado el mandato constitucional, resulta ineludible articular la legislación al cumplimiento de tales pautas.

Es por ello que, la reflexión que propongo y sobre la que profusamente se ha trabajado -y se trabaja- puede sintetizarse de este modo:

⁷ “Cleburne vs. Cleburne Living Center *in re* Inc.” (473 U.S. 432 (1985)).

⁸ SABA, Roberto, en SABSAY, Daniel A. (dir.) y MANILL, Pablo L. (coord.), “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, Tomo 1, página 620.

¿Qué implica perspectiva de género en “Derecho de Daños”?

¿De qué hablamos cuando hablamos de perspectiva de género en “Derecho de Daños”?

¿Se cuantifica el daño resarcible con perspectiva de género?

Reflexionar sobre estos interrogantes nos lleva a revisar una vez más algunas de las consideraciones expresadas en la *IV Conferencia Mundial de la Mujer* (1995)⁹, en las que se estableció que la perspectiva de género implicaba, entre otras pautas:

Identificar estereotipos de género que implican discriminación o violencia.

Reconocer las desigualdades estructurales que generan.

Modificar las condiciones que los promueven o perpetúan.

Pensar -o repensar- el “Derecho de Daños” con perspectiva de género nos lleva, necesariamente, a ampliar lo ya reflexionado sobre la igualdad y extenderlo hacia el desafío de la no discriminación.

El principio de no discriminación, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, radica en que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio, o que, a la inversa, por considerarle inferior, reciba un trato con hostilidad o cualquier forma que permita discriminarle del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No admite crear diferencia de tratamiento entre seres humanos que no se corresponda con su única e idéntica condición¹⁰.

Sbdar afirma que se trata de pensar y sentir la Constitución Argentina con el acuerdo que establece bases para vivir con libertad y en la igualdad de una sociedad que progresa. En palabras de Alberdi: “la Nación tendrá siempre un camino seguro con sólo volver sus ojos hacia ella y seguir el camino que le traza”¹¹.

⁹ ONU MUJERES, *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*, consultado en [https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/CSW/BPA_S_Final_WEB.pdf].

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”. Opinión Consultiva OC-4/84, enero 19-1984, Serie A, N° 4, citado por SBDAR, Claudia B., “Bases constitucionales de la perspectiva de género”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2022, Tomo I, página 14.

¹¹ SBDAR, Claudia B., “Bases constitucionales de la perspectiva de género”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2022, Tomo I, página 36.

Graciela Medina asevera que la Corte Interamericana de Derechos Humanos pone especial hincapié en la educación como herramienta eficaz para superar los estereotipos de género que establecen desigualdad y contribuyen a generar violencia contra la mujer, y es por ello que, en las sentencias siempre establece condenas a aumentar la formación de todos los operadores jurídicos y de la población en general en aras de conocer eficazmente las formas de proteger a las mujeres de la violencia de género en todos los ámbitos en los que se desarrollen sus relaciones interpersonales¹². Y el conflicto jurídico es, ni más, ni menos, uno de esos ámbitos.

A raíz de la visibilización de la necesidad de proyectar el enfoque de género a las distintas políticas y espacios, la Comisión de Naciones Unidas sobre la Situación de la Mujer adoptó lo que se llama “la transversalización de la perspectiva de género”, entendida por tal la estrategia tendiente a alcanzar una respuesta integral al Poder Judicial de la Nación, proceso de evaluación de las implicaciones para mujeres y hombres de toda acción proyectada, incluida la legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Sólo con esa mirada y a través de fallos que erradiquen estereotipos, el Poder Judicial podrá transformar la realidad y compensar las desigualdades que padecen las personas que se encuentran en posición cada vez más vulnerable por cuestiones de género, eliminando toda forma de discriminación contra las mujeres, garantizando el ejercicio de sus derechos en las mismas condiciones que los hombres¹³.

Tal como venimos expresando en estas líneas, se han configurado, así, en el derecho interno, los avances legislativos obligados que se han afianzado en los últimos años auspiciados por la doctrina internacional de los Derechos Humanos; es decir, el impacto en el Derecho argentino de la jerarquización constitucional de varios tratados internacionales de derechos humanos en la reforma de 1994, lo cual ha sido un punto de partida básico que incentivó leyes de vanguardia que el ordenamiento jurídico argentino muestra, como la ley de identidad de género (26.743).

El Código Civil y Comercial con vigencia desde agosto de 2015 aporta una mirada distinta en su articulado, al punto que se ha sostenido que “las modifi-

¹² MEDINA, Graciela, “Bases constitucionales de la perspectiva de género”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2022, Tomo I, página 98.

¹³ ALONSO, Ana C. y FERNÁNDEZ ANDREANI, Patricia, “Noción de perspectiva de género” en “Bases constitucionales de la perspectiva de género”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2022, Tomo I, páginas 105 y 115/116.

caciones que se observan [...] permiten afirmar cómo la perspectiva de género no ha estado ajena en esta necesaria y trascendental transformación del Derecho Privado argentino”. El código tiene “cara de mujer”, ya que está presente con fuerza “la perspectiva de género en cumplimiento -y obligada, por cierto- de los compromisos internacionales y nacionales asumidos hace tiempo y reforzados tras la sanción de la ley 26.485 de protección integral a las mujeres”¹⁴.

De ello se desprende que no sólo se buscó un “código para una sociedad multicultural”, sino que al mismo tiempo se incorporó el concepto de “diálogo de fuentes” (capítulo I¹⁵), a partir del cual las convenciones y tratados de DDHH, la Constitución Nacional y las leyes que se sancionan a consecuencia y como tutela de los principios allí reconocidos, deben ser aplicados más allá de su mención expresa en el articulado del código de fondo.

Por ello, una primera aproximación nos permite expresar que, si la “Responsabilidad civil” en todas sus funciones (resarcitoria, preventiva, precautoria y sancionatoria)¹⁶ tiene entre sus finalidades atender a la reparación y prevención

¹⁴ HERRERA Marisa, en La Ley “El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género”, consultado en [<http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/MH.-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial-perspectiva-de-g%C3%A9nero.pdf>] agrega: “La consolidación del acceso de las mujeres al mercado del trabajo, el retraso en la maternidad, los avances en la anticoncepción efectiva y segura, el aumento de la tasa de divorcio y su mayor aceptación y no estigmatización, la expansión de la familia monoparental y otras configuraciones familiares como la familia ensamblada, el reconocimiento jurídico de las llamadas uniones convivenciales, el desarrollo de la biotecnología permitiendo el nacimiento de niños sin el requisito del acto sexual, por señalar algunas consideraciones fácticas elocuentes, transversalizadas por el principio de igualdad y no discriminación en razón de la orientación e identidad sexual y el género; hacen evidente la necesidad de contar con un nuevo entretejido legal que dé respuesta a conflictos jurídicos muy diferentes y más complejos a la vez”.

¹⁵ En este sentido, la Dra. ZABALZA, Guillermina, en “El diálogo de fuentes como expresión del desafío de la complejidad”, consultado en [<https://www.unicen.edu.ar/content/el-di%C3%A1logo-de-fuentes-como-expresi%C3%B3n-del-desaf%C3%ADo-de-la-complejidad#:~:text=Este%20di%C3%A1logo%20es%20una%20teorizaci%C3%B3n,de%20especificidad%2C%20o%20de%20jerarqu%C3%ADa.>] expresa “El Código Civil y Comercial asume las características de la Constitucionalización del Derecho, plasmándose una normatividad con una creciente presencia de reglas indeterminadas, principios y directrices. En su título preliminar -capítulo 1- inaugura su texto con lo que se ha denominado su columna vertebral (Herrera-Caramelo), enmarcado en un nuevo sistema normativo que proyecta el diálogo de fuentes como una de las perspectivas del funcionamiento de las normas, conjuntamente con la preeminencia de los principios y valores axiológicos que emanan de las normas constitucionales y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos”.

¹⁶ AMEAL Oscar J. (dir.), MARTINEZ GARBINO, Carolina (coord.) y ROMANO, Elisa (coord.) “Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial”, Buenos Aires, 2017, T. 6, pág. 23/42: “Tradicionalmente, la responsabilidad civil por daños tenía una función resarcitoria, ya que el límite de la indemnización encontraba su límite en la cuantía de un daño cierto y no podía ser fuente de beneficios para la víctima. Sin embargo, en el CCyCN la responsabilidad civil es llamada a cumplir no sólo está tarea, sino antes bien la de prevención de daño.

en la causación de daños, deberá así tenerse especialmente en cuenta a los colectivos más vulnerables y atender los casos con perspectiva de género, de modo tal que permita en todas sus funciones la aplicación efectiva del derecho vigente. En otros términos, en tanto la responsabilidad civil atiende a la reparación y/o prevención de los daños cometidos contra las personas o sus bienes, la perspectiva de género, en este contexto, se refiere a la consideración de las desigualdades y discriminaciones que pudieran surgir o persistir.

Al día de hoy, aún, las mujeres deben enfrentar barreras en el acceso a la justicia y a la indemnización adecuada cuando sufren daños debido a la discriminación de género -a veces expresa, en otras velada- en la sociedad y en el sistema legal. Además, se ven perjudicadas en la valoración de sus daños, como los daños emocionales, que a menudo son minimizados en comparación con los daños sufridos por los hombres.

Por ello, es de suma importancia abordar estas desigualdades y discriminaciones de género en la aplicación del “Derecho de Daños”, para garantizar una justicia igualitaria y sin distinción en las personas.

Esto puede incluir, entre otros aspectos, la sensibilización sobre la perspectiva de género en la formación de las juezas/jueces y abogadas/abogados, así como la inclusión de criterios de género en la valoración de los daños. Asimismo, sería valioso considerar las desigualdades y discriminaciones de género en la definición del daño resarcible y su cuantificación. Por ejemplo, reconocer que las mujeres pueden sufrir la pérdida de oportunidades laborales debido a la discriminación de género, y que estos daños deben ser compensables bajo el “Derecho de Daños”; los casos de brechas económicas preexistentes; las dificultades probatorias.

En efecto, con la idea de abordar esta problemática, resulta importante atender los siguientes desafíos:

Evitar la discriminación por género en materia de cuantificación de daños, excluyendo, p.ej., estereotipos para la admisibilidad/rechazo de rubros indemnizatorios.

Existe consenso en que se debe prevenir antes que resarcir y que existen ilícitos que por su particular gravedad sobrepasan el perjuicio individual, de manera que las consecuencias para el dañador no deberían agotarse en la reparación de ese menoscabo. En definitiva, conforme dispone el art. 1710 y art. 1716, existe la obligación de reparar el daño que se causa y, con carácter prioritario, el deber de evitar causar el daño”.

Visibilizar los diferentes tipos y modalidades de violencias contra mujeres, niñas y adolescentes, reconociendo los problemas probatorios y flexibilizando los recaudos exigidos para la efectiva prevención del daño en estos casos.

Incorporar y aplicar estándares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en materia de responsabilidad civil del Estado por violencia de género.

El análisis, planteo y decisión de los casos deben necesariamente tener en cuenta todas las fuentes, por lo que no cabe ceñirse estrictamente a las disposiciones de un código de fondo, sino antes bien ampliar el panorama a toda la normativa nacional e internacional protectoria.

En el presente trabajo no pretendo agotar la aplicación específica del “Derecho de Daños” con perspectiva de género, sino tan sólo ejercitar la mirada en relación a los tópicos señalados.

Por ello, al sólo y único efecto de aportar a la reflexión que propongo, entiendo importante compartir los antecedentes que seguidamente recapitulo, que dan cuenta sobre el ejercicio actual de la magistratura con una mirada de perspectiva de género.

III. Algunos antecedentes jurisprudenciales en materia de igualdad de género y sus problemas probatorios

Como hemos dicho, la igualdad de género y la no discriminación son principios fundamentales en el derecho y deben ser reflejados en todas las áreas de la justicia, incluida la responsabilidad civil.

Ahora bien, en muchos casos las normas y prácticas probatorias pueden perpetuar desigualdades de género y hacer que sea más difícil para las mujeres probar sus casos. Un claro ejemplo se da en los casos de violencia doméstica, donde las víctimas pueden tener dificultades para probar su caso debido a la falta de testigos y la naturaleza privada de la violencia. Asimismo, la falta de credibilidad y la criminalización de las víctimas pueden socavar su capacidad para probar su caso y obtener justicia. Esto ocurre también en el ámbito laboral, donde las mujeres pueden enfrentar barreras similares en la probatoria de casos de acoso sexual o discriminación de género en el lugar de trabajo. A menudo, las pruebas indirectas o circunstanciales son insuficientes para probar un caso

y, por ello, deben enfrentar desafíos en la obtención de pruebas directas o testimoniales, ya sea a causa de la falta de testigos o a la intimidación por parte del acosador.

Las situaciones de violencia contra la mujer constituyen, así, una de las fuentes que generan daños a su persona y patrimonio, y, al propio tiempo, abren las acciones de responsabilidad.

Ya nos referimos a la importancia de la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, en la que se reproduce e incorpora conceptos trascendentes en relación a los “tipos de violencia de género” (física, sexual, psicológica, económica/patrimonial, simbólica y política)¹⁷ y a las “modalidades de violencia de género” (doméstica, institucional, laboral, contra la salud reproductiva, obstétrica, mediática, en espacio público y política)¹⁸. Esta norma y todas las que abordan desde la prevención hasta la sanción de estas situaciones de violencia, deben ser especialmente tenidas en cuenta a fin de agudizar su abordaje en el “Derecho de Daños”.

Por tanto, es importante considerar la perspectiva de género en la forma en que se aborda y resuelve la probatoria en el derecho. Esto puede incluir la revisión y reforma de las normas probatorias para asegurar que sean equitativas y no perpetúen desigualdades de género, así como la sensibilización y capacitación de los profesionales del derecho sobre las desigualdades de género y la importancia de la perspectiva de género en esta materia que atraviesa todas las ramas del derecho.

Hemos recolectado algunos casos que merecen ser considerados al menos sucintamente en estas líneas, al solo efecto ejemplificativo. En general, se tratan de antecedentes tramitados en la justicia penal, por lo que debe tenerse en cuenta que el reclamo patrimonial posterior que involucraría la acción civil resultaría para la víctima muy dificultoso, sea por la falta de solvencia de quienes resultaron agresores, sea por la exposición judicial del caso que -en rigor- podría generar una revictimización no buscada. Sin embargo, insisto, se debe abrir la huella para el reclamo civil y, al propio tiempo, flexibilizar la prueba ponderando estas situaciones atravesadas por la violencia de género.

¹⁷ Según lo establece el artículo el art. 5 ley 26.485

¹⁸ Conforme artículo 6 de la ley 26.485.

Acoso callejero

Los casos de acoso callejero generan en las víctimas la dificultad probatoria, tanto en sede penal -preparatoria del resarcimiento civil- como así también en el proceso que persigue la indemnización. La ley 27.501 incorporó esta modalidad de violencia en el inciso g) del artículo 6 de la ley 26.485. Empero, siguen siendo notorias las dificultades a la hora de obtener pruebas que permitan llevar una sentencia condenatoria a los imputados por acoso callejero y, en su caso, para obtener la reparación del daño causado en el reclamo civil. En algunos casos, se ha archivado la causa penal alegando la falta de elementos probatorios y se sentenció que “en lo que respecta a causas de acoso sexual callejero no se le puede exigir a la víctima pruebas que son imposibles de conseguir”¹⁹.

Constituye así un desafío para los reclamos civiles derivados del acoso callejero contemplar la flexibilidad y amplitud probatoria de los episodios que generen acciones de reparación y/o prevención del daño.

Pornovenganza

La conducta que se relaciona con la figura de la llamada “pornovenganza” -es decir, difusión no autorizada de imágenes o videos los cuales fueron obtenidas de manera consentida-, atento a las circunstancias en las cuales se comete, afecta seriamente la intimidad y privacidad de las personas y enfrenta dificultades a partir de su falta de regulación legal específica. En nuestro país no es delito penal, si bien existen proyectos en este sentido.

Ahora bien, la justicia nacional en lo civil, la Sala M, dio curso a la denuncia que una mujer había realizado en la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema contra su ex novio por difundir videos de ellos manteniendo relaciones sexuales. También, lo acusaba de violencia física y psicológica. En la sentencia, el tribunal ordenó al acusado que eliminara de todos sus dispositivos el video íntimo en un plazo de 48 horas. De lo contrario, debería pagar una multa de un millón de pesos.

La Cámara, entre sus fundamentos, expresó que “se configura una tutela preventiva reforzada, por tratarse de una medida protectoria de un derecho fun-

¹⁹ GALVAÑO TER-AKOPIAN, Greta, “Marco legal y jurisprudencial del acoso callejero en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Revista Pensar, Decir, Hacer, Edición #2, pág. 4, Sitraju.

damental objeto de protección preferencial”. De allí “el énfasis en la protección acentuada y fuerte, generalmente urgente, que requiere de resoluciones firmes y precisas de evitación o cesación del daño. Esa tutela especial tiene arraigo en el trato prioritario consagrado por el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional respecto de la satisfacción de los derechos fundamentales de los grupos vulnerables de la población, entre las que se encuentran las mujeres víctimas de violencia de género. Se trata de las acciones afirmativas, o también denominadas “medidas de discriminación inversas”, que se corresponden con un trato (estatal) diferente fundado en la identificación de ciertos grupos a cuyos integrantes, exclusivamente por su calidad de tales, se les reconocen prerrogativas o tratos especiales que no le son reconocidos a otros grupos²⁰.

Así se advierte que, para estos casos, debe recurrirse entonces al marco legislativo actual que promueve evitar cualquier forma de violencia contra la mujer y propender al respeto de la privacidad de la víctima que debe considerarse inherente a la realización de la conducta, sin propiciar que a través de la exigencia probatoria sea colocada una vez más en situaciones humillantes²¹.

Sólo una mirada con perspectiva de género es crucial para comprender y abordar las desigualdades de género en la probatoria y para trabajar hacia un sistema de derecho más equitativo y justo para todas las personas. Al integrar esta perspectiva en la práctica y el análisis jurídicos, podemos mejorar la justicia y la igualdad de género en el sistema de derecho.

Violencia Familiar

En el marco de una denuncia de violencia familiar, atento a que actora y demandado compartían lugar de trabajo, la Sala I de la Cámara Civil ordenó -con perspectiva de género- al accionado concurrir en otro horario al que lo hacía la accionante²².

²⁰ CNCiv., Sala M, “Q C, E S c/ T, B s/DENUNCIA POR VIOLENCIA FAMILIAR”, del 15 de julio de 2022, voto de la Dra. María Isabel Benavente, Guillermo D. González Zurro y Carlos A. Calvo Costa.

²¹ HERNANDEZ, Marina Luz “Revenge Porn: un análisis con perspectiva de género”, cita: TR LALEY AR/DOC/1264/2022

²² “O., N. S. c/G. G., L. E. s/denuncia por violencia familiar” - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala I - 16/6/2020

Además, puede señalarse que los daños derivados de situaciones de violencia deben ser abordados con sumo cuidado y tutela de las víctimas mujeres, menores, en situación de vulnerabilidad y con derechos avasallados por la secuela de haber atravesado estas situaciones extremas.

Demanda de daños por acusación calumniosa contra la denunciante por violencia y perspectiva de género

Las denuncias por violencia de género pueden ser desestimadas, en general, por falta de prueba contundente o porque la víctima no cuenta con las fuerzas o medios suficientes para avanzar hacia una decisión jurisdiccional.

Traemos a colación un caso en el que el denunciado por violencia de género promovió demanda por daños y perjuicios contra la mujer denunciante, entendiéndose que, al haber sido sobreseído en sede penal, la acusación era calumniosa. Reclamó así una indemnización patrimonial.

El fallo de Primera Instancia admitió la demanda y condenó a pagar una suma de dinero a la mujer demandada, considerando que había actuado de una manera temeraria, o al menos culpable o negligente.

A su turno, la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó ese pronunciamiento de grado y rechazó la demanda. Fundamentó su decisión en los diferentes dispositivos legales internacionales con los que cuenta nuestro país, en los diferentes órdenes.

En tal sentido, la Cámara consideró que la demandada no había mentido acerca de la forma en que habrían sucedido los hechos, que las testimoniales aportadas en la causa daban acreditación de ello y que dicha denuncia iniciada por la víctima de ninguna manera podía juzgarse de calumniosa, maliciosa ni injustificada²³.

Este caso deja, así, un antecedente importante que evita la judicialización posterior de las denuncias por violencia de género desestimadas por falta de prueba y evita la revictimización de las denunciantes.

²³ CNCiv Sala L, del 3 de julio de 2019. - Expte. n° 57.345/2012 “Cortiellas Rial, Javier Darío c/ Scortichini, Camila María s/ daños y perjuicios” - Juzg. 33.

Violencia obstétrica

Aunque son escasos los precedentes judiciales en materia de violencia obstétrica -es decir, mala praxis médica en el campo de la atención de los procesos de gestación y nacimiento-, jurisprudencialmente se descarta la mala praxis cuando se le ofrecen al médico varias opciones -admisibles científicamente- y este elige aquella que entiende más apta según las circunstancias del caso; es un requisito fundamental que el profesional respete en la elección de la técnica a utilizar el principio de beneficencia²⁴.

En el marco de actuaciones en sede civil en el que se configurara el lamentable deceso del niño en el momento del parto, se intentó cargar en la madre la responsabilidad, indicando inapropiadamente en el final de la hoja de parto la expresión: “[...] la paciente no pujó adecuadamente [...]”, lo que motivó el deceso del niño. Se dejó dicho, entonces, que esta frase carecía totalmente de empatía con la paciente parturienta, la cual necesitaba profesionales que la asistieran adecuadamente y no que, tristemente, le achacaran en el informe final que su pujo había sido deficitario²⁵.

Violencia simbólica

En la jurisprudencia internacional, recordamos el caso de la compañía irlandesa aérea “Ryanair”. La misma realizó una campaña publicitaria utilizando imágenes de mujeres que recibió denuncias de todo tipo, entre las cuales se destaca las realizadas por el Instituto de la Mujer del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Instituto Nacional del Consumo (INC) del Ministerio de Sanidad y Con-

²⁴ ALES URÍA, María de las Mercedes en “*El daño por violencia obstétrica en la responsabilidad civil como categoría diferenciada en la mala praxis médica*”, consultado en [<https://www.errei.us.com/actualidad/11/familia-sucesiones-y-bioetica/Nota/1290/el-dano-por-violencia-obstetrica-en-la-responsabilidad-civil-como-categoria-diferenciada-en-la-mala-praxis-medica>]: “el resarcimiento deberá, entonces, centrarse en otros aspectos dañosos que resulten de la interacción entre mujer y equipo médico. Concretamente, en la lesión psicológica y emocional teñida de la violencia de género que la persona y su grupo familiar (incluyendo pareja e hijo) han padecido. En este caso, son de aplicación los parámetros propios de la indemnización por daño moral y psicológico. Es decir, por aquellos efectos traumáticos, alteración de su equilibrio psíquico y restricciones emocionales que les impidan una vida satisfactoria”.

²⁵ Juzgado Nacional en lo Civil nº 15 “P., A.A. y otros c/ H.M.C. y otros s/ daños y perjuicios - mala praxis” expte. 100.821/2018 en fecha 15/05/2020 - - [<http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=nLo9JA4tazb40m1RDHm7TroXuUq3P4uw7dYpILD6Bc%3D&tipoDoc=despacho&cid=45326>].

sumo. En ellas, se advirtió que la compañía atenta contra la dignidad de las mujeres trabajadoras en general y las tripulantes de cabina en particular, presentando imágenes estereotipadas²⁶.

Violencia Doméstica

La Sala C de la Cámara Nacional Civil estableció que “Sólo si se entiende que la violencia contra la mujer es un supuesto de discriminación en razón de su género y que ésta se encuentra específicamente reprobada a nivel internacional se podrá comprender por qué dicha violencia es una cuestión de derechos humanos y, por ende, la necesidad de un abordaje integral a través de la acción positiva por parte de los Estados”.

Asimismo, que “la declaración de la víctima es crucial, y que la ausencia de evidencia médica no disminuye la veracidad de los hechos denunciados y tampoco la falta de señales físicas implica que no se ha producido la violencia”²⁷.

Doble vulnerabilidad de niñas y adolescentes

Tomamos como antecedente el suscitado en el año 1993 en la ciudad de Juárez (México), donde existía un escenario de violencia sistemática contra las mujeres. A partir de uno de los casos más conocidos -ocurrido en el Campo Algodonero- tomó intervención la Comisión Interamericana de Derechos Humanos llegando ante la Corte Interamericana. Se concluyó que las medidas adoptadas por el Estado mexicano en respuesta a las violaciones de género contra la mujer eran, al menos hasta entonces, “pocas e ineficientes a todos los niveles del Estado”²⁸.

²⁶ Adecua c/ Ryanair - Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga, Expte. 28/2013 en fecha 05/12/2013, consultado en [<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/995288003b3536e7/20131213>] - El juzgado condenó a la empresa a cesar dichas publicidades y a abstenerse de repetirla porque se emplea el cuerpo femenino como parte captatoria de la publicidad, se utiliza el cuerpo femenino como mero objeto, y se aprecia una absoluta desconexión entre la imagen utilizada y el producto que se promociona (venta de billetes de avión).

²⁷ “A L C E c/ A A D s/Daños y Perjuicios”. Expte. 30859/14 - sala C (agosto 2020).

²⁸ CIDH caso “González y otras -Campo Algodonero-” vs. México sentencia del 16 de noviembre de 2009, consultado en [<http://www.jusformosa.gov.ar/oficinadelamujer/index.php/jurisprudencia/accesos-jurisprudencia-formosa/16-jurisprudencia/fallos-novedosos/143-2018-gonzalez-y->

IV. Discriminación por género, estereotipos de género y cuantificación de daños: La brecha de oportunidades en la base

Otra de las cuestiones a reflexionar en estas líneas se relaciona con la cuantificación del daño resarcible y la perspectiva de género.

Para ello, sólo recordaremos que, al momento de establecer el daño reparable, se debe tener en cuenta las pautas establecidas por el CCCN en sus artículos 1714, 1716, 1738, 1740, 1741, 1745 y 1746, atendiendo tanto al daño patrimonial como al extrapatrimonial.

Respecto al primero de ellos, doctrina y jurisprudencia aún se debaten sobre la aplicación de fórmulas matemáticas para la cuantificación o la apreciación subjetiva (también discrecional) de quien juzga, aunque debe reconocerse que se está abriendo camino fuertemente el cómputo aritmético²⁹.

En relación al daño extrapatrimonial (daño moral), el CCCN se refiere a satisfacciones sustitutivas y algunos fallos se refieren expresamente a tal modo de cuantificar. Algunos, incluso, mantienen el monto nominalmente reclamado en el escrito inicial³⁰.

Ahora bien, sea cual fuere la postura asumida respecto a este tópico, lo cierto es que en todos los casos se derivan consecuencias disvaliosas al momento de tarifar el daño sufrido por colectivos vulnerables de mujeres, LGBTQ+.

Se observa que la cuantificación del daño respecto de las mujeres es inferior respecto de los hombres, y entendemos que una mirada con perspectiva de género es imprescindible para evitar desigualdades.

Reitero: excede a estas líneas el análisis del modo de cuantificar el daño - patrimonial o extrapatrimonial-, pero sí debe reconocerse que, en ambos casos, se observan al día de hoy tensiones que involucran una disvaliosa desigualdad

otras-campo-algodonero-vs-mexico#:~:text=En%202009%2C%20la%20Corte%20Interamerican a,sobre%20su%20secuestro%20y%20asesinato.].

²⁹ CNCiv., Sala A, “E., M.S., c/ S., M. y otros/ daños y perjuicios” del 25/11/2021, en el que el vocal Dr. Picasso aplica una fórmula aritmética para la cuantificación del daño a la integridad física, mientras que el Dr. Li Rosi afirma: “la incapacidad como tal, no cabe en una fórmula economicista, y tampoco puede ser resarcida mediante la aplicación de ninguna fórmula matemática ni se medirá a través de la amortización de un capital”.

³⁰ CNCiv., Sala G, “R., A. L. c/UGOFE SA -Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria de Emergencia-” s/ daños y perjuicios” del 4/10/2022, que sostiene que “en virtud del principio de congruencia, derivado del derecho de defensa (cf. arts. 34, inc. 4 y 163, inc. 6 del Código Procesal) especialmente aplicable a esta partida” no puede otorgarse una suma mayor a la cuantificada en el escrito inicial en concepto de “daño moral”, en tanto la alocución “y/o en lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse o el criterio de quien sentencia” no resulta de aplicación a esta partida.

en relación al género, asumiendo como dato objetivo que en la base económica poblacional se encuentra esa diferencia igualitaria³¹.

En tal dirección, acreditada la existencia del daño, debe cuantificarse, es decir, otorgarle un contenido patrimonial nominal con base en su envergadura. Más allá de las cuestiones relativas a los lineamientos que le brinda el Código Civil y Comercial de la Nación a quien juzgue para realizar una correcta determinación del monto -que insisto exceden al presente-, me referiré brevemente a lo dispuesto por el art. 1746 del citado código y cómo se relaciona ello con la perspectiva de género.

Sea con la utilización de fórmulas, sea con la apreciación judicial, el “arrastre” de la desigualdad de base puede estar presente si no se lo advierte y se realiza una recomposición por género.

En efecto, el artículo 1746 del CCCN estipula pautas ineludibles para el cálculo de la indemnización de las consecuencias derivadas de la existencia de incapacidad sobrevenida. En otras palabras, cumple la función de un algoritmo. Esto es, un conjunto de instrucciones, reglas o una serie metódica de pasos que puede utilizarse para hacer cálculos, resolver problemas y tomar decisiones. En este contexto, y ante el vacío argumental de las sentencias, “existe la posibilidad de incurrir en decisiones sesgadas, estereotipos de géneros (por ej. en lo que hace al ingreso de las mujeres y el monto indemnizatorio consiguiente)”³².

Claro está, uno de los aspectos que tendrá en cuenta el juez o la jueza será el ingreso que tenga la víctima y la “insuficiencia material” que acarrea la afec-

³¹ Véase como ejemplo el Informe Anual de UNICEF 2019 sobre causas de deserción escolar: 500.000 chicas y chicos de entre 12 y 17 años están fuera de la escuela

Ingreso temprano al mercado laboral

Dificultades económicas para sostener la cursada

Necesidad de cuidar a un familiar

Embarazo

Lejanía o falta de escuelas

Analizando las diversas causas encontramos dos que se relacionan directamente con la perspectiva de género, la cuales son: el embarazo (sólo afecta niñas); necesidad de cuidar a un familiar (porque el estereotipo es que se quedan niñas y adolescentes). Con esa deserción escolar, se pierden oportunidades de formación y, con ello, la perspectiva del ingreso económico, que finalmente es una de las pautas para la cuantificación del daño. Escolaridad incompleta (con mayor incidencia en el género), involucra luego menor capacidad económica (capacidad productiva). De ello, se obtienen menores sumas en las indemnizaciones.

³² COSENTINO, Patricio M. “Indemnización por incapacidad permanente, decisiones y desafíos en la práctica judicial” - La Ley AR/DOC/2515/2022 - 2022 consultado en [https://www.academia.edu/86794188/T%C3%ADtulo_Indemnizaci%C3%B3n_por_incapacidad_permanente_decisiones_y_desaf%C3%ADos_en_la_pr%C3%A1ctica_judicial_Autor_Cosentino_Patricio_M_Publicado_en_SJA_16_09_2022_1_Cita_TR_LALEY_AR_DOC_2515_2022].

tación a la integridad psicofísica que conlleva al inevitable menoscabo económico. En este punto, la perspectiva de género adquiere vital relevancia.

En consecuencia, ingresa al juego lo que el artículo menciona como “actividades productivas”, es decir, las que el mercado paga, dejando de lado las “económicamente valorables”, es decir, las que no paga el mercado, pero si no las hago tengo que pagarlas (por ejemplo: reparaciones domésticas, tareas domésticas y de cuidado)³³. Por ende, no cabe duda de que la desigualdad en la extensión del daño patrimonial por género, circumscripita a las “actividades productivas”, es una discriminación derivada del “mundo real”.

Por ello, en la práctica, quienes solicitan la compensación económica como medida para paliar la desigualdad en que podía quedar una/o de las/os cónyuges o convivientes frente a la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial son las mujeres, atento a que -mayormente- asumen con exclusividad el rol de “ama de casa”, actividad que no recibe una remuneración. Y agrega que si durante la separación la mujer requiere esta compensación regulada por el código, es posible que durante la relación haya existido violencia económica.

Por lo tanto, en estos casos, quien juzgue -en caso de que no haya convenio regulador- deberá determinar el monto de la compensación económica. Para ello, si bien la norma le brinda ciertos parámetros, será fundamental la perspectiva de género para brindar sumas indemnizatorias acordes a la situación de

³³ En este contexto, menciona Cosentino que se deberá “reconocer tareas que se desarrollan comúnmente y que representan una suerte de precio sombra, cuyo valor no es fácilmente determinable e individualizable en el mercado. Al respecto, el Trabajo Doméstico y de Cuidados No Remunerado (TDCNR) es el trabajo que permite que las personas se alimenten, vean sus necesidades de cuidados satisfechas, cuenten con un espacio en condiciones de habitabilidad, reproduzcan en general sus actividades cotidianas y puedan participar en el mercado laboral, estudiar o disfrutar del ocio, entre otras. La distribución del TDCNR es estructuralmente desigual: 9 de cada 10 mujeres realizan estas tareas, que significan en promedio 6,4 horas diarias. Ellas dedican tres veces más tiempo que los varones. Esta distribución asimétrica contribuye a explicar que su participación en el mercado laboral sea más baja que la de los varones. También incide en que tengan trabajos más precarios, que impliquen a su vez una mayor desprotección social; por ejemplo, no tener acceso a una obra social y, en un futuro, tener una mayor dificultad para acceder a una jubilación por no tener aportes. Las mujeres presentan mayores niveles de desocupación, ganan menos y, por consiguiente, son más pobres. En este sentido, es imprescindible entender que las condiciones del trabajo remunerado están estrechamente ligadas a cómo se resuelven las tareas no remuneradas [...]. Resulta un dato de la realidad que las indemnizaciones por daños a mujeres son menores respecto de los hombres, por no reconocer la entidad que tienen en muchas situaciones las tareas domésticas y de cuidado, por ejemplo. Esto responde a cuestiones vinculadas a sesgos de los juzgadores, pero también a situaciones de desigualdad, roles y estereotipos de género que no son advertidos”.

desventaja en la cual quedó colocada la persona afectada por la distribución discriminatoria de labores asumidas durante la convivencia³⁴.

Citaré algunos antecedentes:

Daños por violencia de género, plus indemnizatorio y programas de reeducación

La actora reclamó los daños y perjuicios contra su cuñado, quien la interceptó en la vía pública e intentó quitarle la vida, por la espalda, arrojándole una baldosa en la cabeza y luego huyó. En primera instancia se hizo lugar a la demanda, sin embargo, se apeló la cuantificación del daño realizada por el magistrado, alegando que debió aplicarse la ley 26.485, incrementándose el monto, y resolver con perspectiva de género, dado que se trata de un caso de extrema violencia contra la mujer³⁵.

Así, el Tribunal de Alzada decidió, por una parte, no atender el agravio del “mayor daño” o “mayor cuantificación” en razón de ser un caso de violencia de género, entendiendo que el monto indemnizatorio no se incrementa por esa razón. No obstante, se incluyó en la condena la obligación del demandado a concurrir a un centro de reeducación con perspectiva de género. En efecto, entendió el Tribunal, “Finalmente, en virtud a que mediante este decisorio se con-

³⁴ Red de Mujeres para la Justicia. “Justicia y género. La transversalización de la perspectiva de género en la función judicial”. Consultado en [<https://redmujeresjusticia.org.ar/documentos-interes/>].

³⁵ Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, “R., M.C. c/ J., J.L. s/ daños y perjuicios extracontractual” del 14/7/2020. Al respecto, el tribunal consideró que “[...] la visión o perspectiva de género consagrada en nuestro derecho no se limita de modo alguno al ámbito legal y judicial sino que es una herramienta que ha adquirido la sociedad en su conjunto. A partir de allí, concluyo que el magistrado no cuenta solo con la facultad de velar por los derechos de las mujeres de modo discrecional o a pedido de parte ante ataques deliberados de todo tipo como consecuencia de su condición de mujer, sino que se trata de una obligación legal y de un deber ontológico inexcusable [artículo 7, inciso g), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; artículo 7, ley 26485]. Esa obligación excede el ámbito del derecho penal o de familia, resultando de plena aplicación en todo tipo de procesos que así lo requieran por sus circunstancias de hecho, aun en los reclamos de daños y perjuicios civiles, como es el caso en estudio”. Sumado a ello, agregó que “se evidencia claramente entonces que la visión con perspectiva de género debe actuar como un principio general de aplicación a todo tipo de acciones y actuaciones judiciales en las que la mujer fuera víctima sobre la base de su condición, dentro de la que encuentro comprendidas las causas de carácter patrimonial como la presente. Es decir que este extremo es de aplicación cuando la ofensa proferida, ya sea física, psíquica, etc., haya sido efectuada, básica y fundamentalmente, por su condición de mujer. Por ello -y más allá que no resulta ocioso destacar que en esta causa se encuentran involucrados antecedentes de violencia recíproca entre las partes- esta ha de analizarse con la perspectiva de género señalada a fin de dar estricto cumplimiento con la normativa imperante en la especie”.

cluye que la condición de mujer de la víctima ha sido uno de los desencadenantes del hecho de violencia y por ello requiere su análisis con perspectiva de género, encuentro adecuado un abordaje sociocultural y educativo adicional de las reparaciones pecuniarias fijadas tanto en la sentencia de grado como en este decisorio. Ello en virtud de que se trata de una problemática que requiere de la búsqueda de soluciones de fondo para este tipo de actos [...]. Con este alcance es que se ordena como medida complementaria al demandado J., J. L. la realización de un abordaje socioeducativo para abordar la problemática”.

Sin embargo, en otro antecedente análogo se otorgó un plus indemnizatorio en razón de derivarse la acción civil de un caso de violencia sexual contra la mujer.

En las referidas actuaciones la actora reclamó daño moral por el abuso sexual recibido por parte del profesional de la medicina que la atendiera como paciente y fuera condenado en sede penal.

Para fundamentar su decisión de elevar el *quantum* indemnizatorio, la Alzada hizo referencia a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la cual establece como deber del Estado “establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño y otros medios de compensación justos y eficaces”³⁶.

Observamos, así, dos posturas que -con base en la misma legislación- contraponen el incremento del monto indemnizatorio para casos de violencia de género y, en uno de ellos, se aplicó como sanción accesoria al demandado la obligación de realizar cursos de género. La jurisprudencia, pues, aún es vacilante.

La cuantificación con base a tareas remuneradas y actividades económicamente valorables

Sobre la cuantificación de las tareas remuneradas y las actividades económicamente valorables, es útil citar al antecedente “Ontiveros” de la CSJN³⁷, que per-

³⁶ C.N.A.C. - Sala M, “C., D. c/Q., M. J. y otros/ interrupción de prescripción”, expediente n°49.281/2015. (febrero 2022).

³⁷ CSJN “ONTIVEROS, Stella Maris C/ PREVENCIÓN ART S.A. y otros s/accidente - INC. y CAS” - 10/08/2017 - CSJ 85/2014.

mite tener por superados los criterios en base a los cuales se consideró que las tareas de la mujer en la casa constituían el cumplimiento de un deber inherente a la condición de madre o esposa y que no era una pérdida indemnizable la privación del servicio que realizaba. Hoy no resulta discutible que tales labores tienen para sus beneficiarios un valor económico.

Analizando tales pautas, Kemelmajer de Carlucci señala que “se le paga el esfuerzo adicional” y, sin embargo, las mujeres realizan muchas más tareas domésticas que los hombres (“actividades económicamente valorables”)³⁸.

Por ello, entendemos que la senda es buscar los valores objetivos de los salarios mínimos de empleados de casa de familia y quienes realicen cuidados paliativos. Ese sería el piso objetivo que -en principio- evitaría tal disparidad con base en el género que se genera en la cuantificación del monto final.

La cuantificación del daño a la mujer con base a la prueba pericial

En el marco de un accidente de tránsito, a la hora de determinar la incapacidad psicológica que le ocasionó a la mujer accionante el accidente de tránsito, la perito psicóloga en su dictamen determinó un porcentaje de incapacidad, más explícito que la personalidad de base histérica de la propia mujer, a lo que se sumaba una reciente mudanza a vivir sola en también condición de mujer, incidían causalmente en su cuadro. Por lo que concluyó que sólo un tercio del original porcentaje derivada del siniestro, y los dos tercios restantes lo eran por su condición de mujer.

³⁸ PARELLADA, Carlos A. “La indemnización de daños personales del “ama de casa”. Procedencia y cuantificación” - AR/DOC/1574/2008- consultado en [<https://www.parellada.com.ar/uploads/files/parellada—ca-ama-de-casa.pdf>]: En el referido antecedente “Ontiveros”, el más Alto Tribunal nacional anuló un pronunciamiento en el cual un tribunal de grado había negado la indemnización del daño material consistente en la necesidad de contratar a una persona para realizar las tareas domésticas que desempeñaba la víctima a favor de su esposo e hijos. En el caso, la negativa de la Cámara se había fundado en que se trataba de tareas que la víctima desempeñaba gratuitamente de modo que se configuraba un detrimento patrimonial para los damnificados, y además que se trataba de una consecuencia casual, y como tal, no imputable al autor si no había sido tenida en mira (art. 905, CCiv.Velazano). La Corte, en cambio, entendió que la sentencia del tribunal de grado ostentaba sólo una fundamentación aparente al sostener que no había gravitación económica sobre los patrimonios del esposo e hijos porque la esposa fallecida cumplía las tareas en forma gratuita; y así el tribunal superior dijo: “se omite valorar que, ante esa definitiva ausencia, el núcleo familiar debió reorganizarse para continuar su convivencia de modo regular, lo cual, existiendo menores de edad y un padre que necesariamente deba trabajar para mantenerlos, conduce a afrontar una erogación no prevista y que es consecuencia directa del infortunio”.

Quien juzgó el caso no respaldó tal conclusión de la profesional en psicología, atento a que -sostuvo- la distinción de género no podía sustentar por sí misma la disminución de la incapacidad y que sólo por ser mujer y haber tomado la decisión de vivir sola no agravaba la afectación de la psiquis. Por ello, expresamente se señaló que para cuantificar el daño no se tendrán en cuenta tales conclusiones expresadas por la licenciada por razones de género que conculcan la igualdad³⁹.

V. Reflexiones finales

Tres verbos en infinitivo vienen a mi mente para sintetizar los lineamientos que intenté precisar en el presente artículo.

Reflexionar, repensar y generar.

Reflexionar acerca de la circunstancia de que, si bien en los últimos tiempos, ya sea con tratados internacionales o con nueva regulación en el derecho interno, se buscó eliminar las dificultades que deben atravesar las mujeres -en este caso, relacionadas específicamente al derecho de daños-, lo cierto es que, al día de hoy, estamos lejos de alcanzar los objetivos planteados por distintas convenciones protectorias de derechos de las mujeres.

Repensar el “Derecho de Daños” con perspectiva de género, con una mirada proactiva que tienda a superar los estereotipos de género y los prejuicios que generen desigualdad o discriminación para resarcir, prevenir y cuantificar el daño.

Generar medidas de acción concretas, positivas y propensas a facilitar un cambio efectivo que convalide una igualdad de género con paridad en la diversidad, sin dejar de dar a cada quien lo suyo como ideal de justicia, pero fortificando el equilibrio en situaciones de desigualdad⁴⁰.

³⁹ F., M. E. c/ L., N.E. y otros s/ daños y perjuicios - Expte. 63526/2016 – en fecha 30/04/2021 Juzgado Nacional en lo civil N° 15.

⁴⁰ En la obra de Iris Bohnet, *What Works - gender equality by design*, se argumenta que ajustar las prácticas y procedimientos mediante los cuales las empresas identifican, desarrollan y promueven el talento puede mejorar la igualdad y la diversidad a “sorprendentemente bajo costo y alta velocidad”. Asimismo, se analizan distintos comportamientos dentro de una empresa y cómo estos pueden

Debemos visibilizar, entonces, que la discriminación de género afecta la cuantificación de daños y favorecer buenas prácticas superadoras de estereotipos innecesarios y perimidos. Citando a Gustavo Cerati, “Ahí vamos”.

perjudicar a las mujeres. Por ejemplo, se señala que “las mujeres que son asertivas al pedir aumentos son vistas como menos agradables y menos deseables como colegas” y que “las mujeres son mucho menos propensas a negociar la oferta inicial de un posible empleador”.

Juzgar con perspectiva de género en materia tributaria: el especial caso del secreto fiscal

Sandra M Ruggieri*

Abstract: El art. 101 de la Ley 11683 que regula el secreto fiscal, lo exime en las cuestiones de familia. No obstante, la jurisprudencia no es uniforme cuando se trata de la información referida a Sociedades Comerciales, por tratarse de personas jurídicas distintas a sus miembros, aun cuando sean utilizadas para menoscabar los derechos patrimoniales de la mujer.

I. La perspectiva de género

El “género” definido como el conjunto de atributos culturalmente atribuidos a los sexos destituyó la rigidez de la clasificación fundada en la dicotomía binaria existente entre hombres/mujeres, poniendo el énfasis en la noción de multiplicidad de identidades, al mostrar los procesos culturales que marcan estas construcciones.

La desigualdad basada en los sexos no es un efecto de la naturaleza. Ella fue instaurada por la simbolización desde tiempos inmemoriales de la especie humana, a partir de la observación y de la interpretación de hechos biológicos notables. Esta simbolización es fundadora del orden social y de las discrepancias mentales que siguen vigentes, aún en las sociedades más desarrolladas.

Los roles de género, que se aprenden fundamentalmente en la infancia a través del proceso de socialización, se producen y reproducen en la vida coti-

* *Secretaria de la Fiscalía Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 2 - Especialista en Administración de Justicia.*

diana, en la interacción interpersonal. Al hacerlo, se crean y transmiten creencias y expectativas de conducta, modos en que las personas en interacción se perciben mutuamente. Lo femenino y lo masculino se constituyen a partir de una relación mutua, cultural e histórica.

El género es una categoría transdisciplinaria, que desarrolla un enfoque globalizador y remite a los rasgos y funciones psicológicos y socioculturales que se atribuyen a cada uno de los sexos en cada momento histórico y en cada sociedad. Las elaboraciones históricas de los géneros son sistemas de poder, con un discurso hegemónico, y pueden dar cuenta de la existencia de los conflictos sociales.

La “perspectiva de género”, como método de análisis, es una consecuencia más del surgimiento del género como categoría independiente. Una vez que se dio el paso fundamental de identificar que los sexos no sólo se clasifican a partir de criterios biológicos, sino también y fundamentalmente a partir de rasgos contruidos desde lo cultural, surgieron un conjunto de cuestionamientos en torno a las consecuencias que ello conllevaba.

La Cuarta Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer en Beijing (China, 1995) fue la más importante de las cuatro conferencias sobre la mujer celebradas entre 1975 y 1995, porque se basó en los acuerdos políticos alcanzados en las tres conferencias mundiales sobre la mujer celebradas anteriormente y consolidó cinco decenios de avances jurídicos dirigidos a garantizar la igualdad de las mujeres y los hombres, tanto en las leyes como en la práctica. Marcó un importante punto de inflexión para la agenda mundial de igualdad de género.

A partir de dicho momento, se consolidó el concepto de perspectiva de género como un instrumento que permite identificar, cuestionar y valorar la discriminación, la desigualdad y la exclusión fundada en esa categoría como vulneración de los derechos humanos.

Permite visibilizar la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo, género o preferencia sexual, y revela las diferencias en oportunidades y derechos que son consecuencia de esta asignación. Evidencia las relaciones de poder originadas en dichas diferencias y requiere analizar la realidad sobre la base de la existencia de condiciones históricas de desigualdad entre hombres y mujeres.

La cuestión de los géneros no es un tema a agregar como si se tratara de un capítulo más en la historia de la cultura, sino que las relaciones de desigualdad entre los géneros tienen sus efectos de producción y reproducción de la discriminación, adquiriendo expresiones concretas en todos los ámbitos de la cultura: el trabajo, la familia, la política, las organizaciones, el arte, las empresas, la salud, la ciencia, la sexualidad, la historia. La mirada de género no está supeditada a que la adopten las mujeres ni está dirigida exclusivamente a ellas. Tratándose de una cuestión de concepción del mundo y de la vida, lo único definitorio es la comprensión de la problemática que abarca y su compromiso vital¹.

En ese sentido, la “perspectiva de género” se constituye como una herramienta para la transformación y deconstrucción, a partir de la cual se desmontan contenidos y se les vuelve a dotar de significado, colocándolos en un orden distinto al tradicionalmente existente.

II. Juzgar con perspectiva de género

Como método de análisis, la “perspectiva de género” resulta útil para las diferentes áreas del conocimiento. En el ámbito del derecho se ha ido incorporando poco a poco, convirtiéndose en una herramienta jurídica hasta que -finalmente- se introdujo en la administración de justicia.

Su incorporación en la función judicial responde a una obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar el acceso a la justicia y remediar situaciones asimétricas de poder, es decir, que implica “hacer realidad el derecho a la igualdad en la práctica” (Comisión permanente de género y acceso a la justicia. Cumbre Judicial Iberoamericana, “Modelo de Incorporación de la Perspectiva de Género en las sentencias”, XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana, 2015).

La doctrina remarca que, si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres, ya que no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si, a la hora de aplicarlas, se ig-

¹ GAMBA, Susana, “Estudios de género/Perspectivas de género” en *Investigaciones y Publicaciones, Observatorio de equidad de Género*, 2011, Consultado en Subsecretaría de Promoción Social - Ministerio de Desarrollo Social - Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires [http://sosvics.integra.es/Documentacion/00-Genericos/00-05-Documentos_basicos/00-05-031-ES.pdf].

nora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismos procesales que cualquier proceso, y se lo juzga olvidando la cuestión del género y su problemática que es en definitiva lo que da origen al conflicto.

Para lograr juzgar con perspectiva de género se requiere reconocer que existen patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, es necesario conocer y aceptar su existencia al momento de juzgar. Es muy importante que el juzgador comprenda que no es posible tener una mirada “neutral” a la hora de valorar los hechos y las conductas. 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 fin². Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el poder judicial constituye la primera línea de defensa a nivel nacional para la protección de los derechos y las libertades individuales de las mujeres, y por ello la importancia de su respuesta efectiva ante violaciones de derechos humanos. Una respuesta judicial idónea resulta indispensable para que las mujeres víctimas de violencia cuenten con un recurso ante los hechos sufridos y que éstos no queden impunes³.

El juzgar con perspectiva de género es una obligación legal que encuentra su fundamento en los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación que se configuran como elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional: Constitución Nacional, art 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art 2º; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2º y 7º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2º y 3º, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24; además de las normativas destinadas a la materia en campos específicos: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida por sus siglas en inglés como CEDAW (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against*

² MEDINA, Graciela, *Juzgar con Perspectiva de Género ¿Porque juzgar con Perspectiva de Género? Y ¿Cómo Juzgar con Perspectiva de Género?*, consultado en La Ley, Cita Online AR/DOC/455/2016 [Juzgar con perspectiva de género. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género? - Graciela Medina].

³ CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, 2007, Capítulo I, A, párrafo 6, consultado en OAS more rights for more people [<https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.htm>].

Women), ratificada por Ley N° 23.179 del año 1985, su Protocolo Facultativo (aprobado por la Ley N° 26.171 del 2006), la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), aprobada por Ley N° 24632 en el año 1996, y la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, Ley N° 26485 del año 2009.

Es decir, frente a situaciones de abuso o violencia de género, el Estado ha asumido deberes “reforzados”. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará, que en su artículo 7° b exige actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (conf. Corte IDH, caso “González y otras - ‘Campo Algodonero’ vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 258, entre otros)⁴.

En aquellos casos en lo que se identifica una situación de poder basada en el género, en los que se denuncia o surgen contextos de violencia, discriminación o vulnerabilidad y en los que, a pesar de no acreditarse la referida violencia, se advierte la posibilidad de que exista un trato diferenciado basado en género, se impone analizar el tema desde dicha perspectiva, identificando al sujeto en situación de desigualdad por dicha razón, y valorar la posible adopción de medidas especiales de protección.

Juzgar con perspectiva de género permite modificar las prácticas de aplicación e interpretación del derecho en forma automática y actuar de una manera crítica sobre el conflicto jurídico, desechando los estereotipos y roles discriminatorios que pudieran existir.

Si bien, hasta el momento, en la administración de justicia de nuestro país no se ha elaborado un método uniforme para analizar un caso con perspectiva de género, puede resultar útil a los fines interpretativos los seis elementos que detalló la Suprema Corte de Justicia de México en su jurisprudencia, y que pos-

⁴ CSJN Fallo 001048/2018/RH001 “B A O s/recurso de inaplicabilidad de ley” Sent. del 15/12/2022 (del Dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió el Alto Tribunal) Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación “*Protocolo para juzgar con perspectiva de género*” México, 2022 consultado en [https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2022-01/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20genero_2022.pdf].

teriormente utilizó para elaborar un Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, a saber: (i) identificar si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; (ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de advertir las situaciones de desventaja provocadas por esta categoría; (iii) ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones, siempre que el material probatorio sea insuficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género; (iv) cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta; (v) aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas; y (vi) evitar la utilización de lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, y, a su vez, procurar el uso de lenguaje incluyente⁵.

La práctica jurisdiccional cotidiana ha conducido a ampliar el tipo de obligaciones que se encuentran inmersas en la labor de juzgar con perspectiva de género, tales como la necesidad de identificar, no sólo la existencia de relaciones de poder y asimetrías, sino también situaciones de violencia, discriminación o vulnerabilidad basadas en el género; o bien, la de advertir si se encuentran implícitos en la controversia estereotipos, prejuicios, prácticas o roles de género que vulneren los derechos de las personas.

Como señala Susana Gamba, al momento de resolver, la perspectiva de género implica: a) reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los hombres como grupo social y discriminatorias para las mujeres; b) que estas relaciones han sido constituidas social y culturalmente; y c) que atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual y religión⁶.

La obligación de juzgar con perspectiva de género no se limita al dictado de la resolución definitiva. Esta perspectiva debe atravesar todo el itinerario del proceso, desde el acceso a justicia, la legitimación activa, la prueba, la sentencia y el cumplimiento de esta sentencia en la etapa de ejecución. La tutela judicial efectiva para las mujeres, que universalmente se encuentran en inferioridad de condiciones en términos de legitimidad y poder, suele ser especialmente ardua,

⁵ Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación “*Protocolo para juzgar con perspectiva de género*”. México, 2020 consultado en [<https://www.scjn.gob.mx/derechoshumanos/sites/default/files/protocolos/archivos/202011/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%2028191120%29.pdf>].

⁶ GAMBA, Susana ob. cit.

por lo que el proceso judicial debe reconocer y compensar los factores de desigualdad real, a través de la adopción de medidas que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos desde el inicio de la causa hasta el cumplimiento efectivo de la sentencia ⁷.

La CIDH ha establecido que un acceso adecuado a la justicia no se circunscribe sólo a la existencia formal de recursos judiciales, sino también a que éstos sean idóneos para investigar, sancionar y reparar actos de violencia, de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos. Una respuesta judicial efectiva frente a actos de violencia contra las mujeres comprende la obligación de hacer accesibles recursos judiciales sencillos, rápidos, idóneos e imparciales de manera no discriminatoria, para investigar, sancionar y reparar estos actos, y prevenir de esta manera la impunidad⁸.

El art. 16 de la Ley 26485 establece la obligatoriedad de todos los organismos del Estado de garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo: a) la gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado; b) obtener una respuesta oportuna y efectiva; c) a ser oída personalmente por el juez y por la autoridad administrativa competente; d) a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte; e) a recibir protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en el artículo 3º de la presente ley; f) a la protección de su intimidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones; g) a participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa; h) a recibir un trato humanizado, evitando la revictimización; i) a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos; j) a oponerse a la realización de inspecciones sobre su cuerpo por fuera del estricto marco de la orden judicial y -de consentirlas- a ser acompañada por alguien de su confianza y a que sean realizadas por personal profesional especializado y formado con perspectiva de género; y k) a contar con mecanismos eficientes para denunciar a los funcionarios por el incumplimiento de los plazos establecidos y demás irregularidades.

⁷ Juzg. Nac. Civ. N° 92, 28/10/2022, “H., R. H. c/ D’ A., H. D. s/ fijación de compensación económica” (elDial.com - AAD195).

⁸ CIDH, *Informe Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, 2007, Capítulo I, A, párrafo 5 consultado en [<https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.html>].

Tal como surge del artículo 3 de la ley 26.485, aquella fue sancionada a los efectos de garantizar los derechos previstos en la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, entre otros. Esos instrumentos dirigidos a la eliminación de la discriminación y la violencia contra las mujeres reconocen expresamente el derecho al acceso a la justicia de las víctimas y la obligación de los Estados de adoptar recursos judiciales y efectivos para amparar sus derechos.

Por un lado, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que goza de jerarquía constitucional, acoge el acceso a la justicia de las mujeres y establece que los Estados se comprometen a garantizar a través de sus tribunales la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación (arts. 2, inc. c, y 15).

Por el otro, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) contempla el derecho de las mujeres a un recurso “sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos” (art. 4, inc. g). A su vez, establece que los Estados se encuentran obligados a “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos” (art. 7, inc. f; en este sentido, Fallos: 336:392, “Góngora”, considerando 7°; CCC 50259/2012/31RH2, “Fariña Acosta, Jorge Darío si abuso sexual (art. 119, primer párrafo)”, sentencia del 11 de octubre de 2016, considerando 3°)⁹.

En lo que respecta específicamente a la prueba de la discriminación, en atención a su complejidad, basada a que -normalmente- el motivo subyacente a la diferencia de trato se encuentra en la mente de su autor, y la información y los archivos que podrían servir de prueba en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación, el más Alto Tribunal de la Nación elaboró un estándar probatorio aplicable en estas situaciones: si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia (CSJN Fallos 334: 1387 “Pellicori”; considerandos 6° y 11°; y Fallos: 337:611, “Sisnero”, considerando 5°).

⁹ CSJN Fallos 343: 103 “Callejas” (Del dictamen del Ministerio Público Fiscal al que adhirió el más Alto Tribunal).

III. Perspectiva de género y derecho tributario

Las políticas económicas no son neutrales en materia de género. Esto se debe a que las políticas públicas pueden reducir o ampliar desigualdades, así como reforzar la reproducción de históricos roles de género en la sociedad y en el interior de los hogares. El Estado puede, a través de sus intervenciones, incentivar distintas acciones y decisiones en la vida cotidiana de las personas que vayan en favor de sostener o revertir estos roles. Las políticas fiscales no escapan a esta lógica¹⁰.

Las diversas formas en que el Estado recauda dinero para hacer frente a las necesidades del sector público, ya sea a través de la percepción de impuestos u otros cargos, tienen un impacto directo sobre las personas, que puede variar según su sexo, su situación laboral, el tipo de hogar en el que vive, etc.

Es decir, las políticas tributarias, como toda política económica, no son neutrales a las características socioeconómicas de las personas, entre ellas, el género. Si bien la política tributaria como un instrumento de la política fiscal presenta límites prácticos para reducir la desigualdad de género, la ausencia de la perspectiva de género en la tributación profundiza las brechas existentes entre hombres y mujeres. La carga tributaria refuerza las desigualdades de género.

En las últimas décadas, varios estudios pusieron de manifiesto las inequidades existentes en políticas tributarias que podían aparecer como neutrales en términos de género. La revisión del sistema tributario desde la perspectiva de la CEDAW implica evaluar no sólo que el total recaudado sea suficiente para asegurar el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales para varones y mujeres en condiciones de igualdad, sino también que estos recursos sean recaudados de una manera consistente con el objetivo de alcanzar la igualdad sustantiva¹¹.

La tributación con perspectiva de género se asienta sobre los principios constitucionales de igualdad y capacidad contributiva y sobre el derecho de propiedad consagrados en los arts. 16, 17 y 75 inc. 19 y 22 de la Constitución Nacional.

¹⁰ OBSERVATORIO DE TRIBUTACIÓN Y GENERO “Impuesto a las Ganancias con Perspectiva de Género”, consultado en Ministerio de Economía Argentina [<https://www.argentina.gob.ar/economia/igualdadygenero/impuesto-las-ganancias-con-perspectiva-de-genero>].

¹¹ GHERARDI, Natalia “Los impuestos como herramienta para la equidad de género: el caso del Impuesto a las ganancias sobre personas físicas en Argentina”, consultado en Documento de Trabajo N° 67, CIEPP - Diciembre 2008 [www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Poverty/ContributionsFiscaltaxpolicy/ELA_CIEPP2.pdf].

Un sistema tributario equitativo en términos de género requiere que las mujeres sean tratadas en condiciones de igualdad con los varones, como individuos autónomos e independientes, promoviendo no sólo la igualdad formal entre los sexos sino la igualdad sustantiva, incluyendo la consolidación de relaciones familiares equitativas.

En el presente trabajo, ceñiré mi análisis a una de las instituciones jurídicas del derecho tributario: el secreto fiscal.

IV. El secreto fiscal y la violencia económica contra la mujer

El art. 101 de la Ley 11683 regula:

Las declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presentan a la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, y los juicios de demanda contenciosa en cuanto consignen aquellas informaciones, son secretos. Los magistrados, funcionarios, empleados judiciales o dependientes de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, están obligados a mantener el más absoluto secreto de todo lo que llegue a su conocimiento en el desempeño de sus funciones sin poder comunicarlo a persona alguna, ni aun a solicitud del interesado, salvo a sus superiores jerárquicos. Las informaciones expresadas no serán admitidas como pruebas en causas judiciales, debiendo los jueces rechazarlas de oficio, **salvo en las cuestiones de familia**, o en los procesos criminales por delitos comunes cuando aquéllas se hallen directamente relacionadas con los hechos que se investiguen, o cuando lo solicite el interesado en los juicios en que sea parte contraria el Fisco Nacional, provincial o municipal y en cuanto la información no revele datos referentes a terceros [...] (el resaltado me pertenece).

La ley otorga al Estado el derecho a conocer la información propia de la esfera privada de los individuos que resulte tributariamente relevante para fiscalizar el adecuado cumplimiento de las obligaciones del contribuyente, pero a condición de que los elementos colectados queden protegidos por un manto de reserva que solo puede ser levantado en circunstancias excepcionales.

El instituto del Secreto Fiscal actúa como instrumento que viene a reglamentar el derecho a la intimidad de rango constitucional (arts. 18 y 19 CN). Su sentido es llevar tranquilidad al ánimo del contribuyente, con la ineludible con-

secuencia de que cualquier manifestación que se formule ante el organismo recaudador será secreta; se trata, pues, de la seguridad jurídica como medio decisivo establecido por el legislador para facilitar la adecuada percepción de la renta pública¹².

Por otra parte, el “principio de reserva” consagrado por la norma ritual tributaria no resulta absoluto, en tanto cede frente a las excepciones previstas en el dispositivo legal. La legislación exime del cumplimiento del secreto fiscal en ciertos casos y a ciertos órganos y autoridades que, por las funciones que llevan a cabo, quedan relevadas de mantener la reserva.

Si bien la norma prevé las “cuestiones de familia” como una excepción al secreto fiscal que debe guardar -entre otros sujetos- la AFIP, el problema se suscita cuando se trata de la información referida a Sociedades Comerciales, por tratarse de personas jurídicas distintas a los miembros que las componen.

En efecto, ante la disolución de una sociedad conyugal, no cabe duda que las diligencias para determinar la composición de los bienes que integran el régimen de dicha comunidad en pos de avanzar en su posterior liquidación es una típica cuestión de familia y, como tal, se encuentra contemplada en la norma arriba citada. Es decir, no se encuentran amparados por el secreto fiscal los pedidos de informes que se realicen al organismo recaudador para conocer el estado patrimonial de uno de los cónyuges en el proceso de divorcio cuyos bienes gananciales son objeto de controversia¹³.

Sin embargo, no existe unanimidad en la jurisprudencia en cuanto a levantar el secreto fiscal respecto de una sociedad sobre la que pesa la denuncia de haber sido utilizada por parte del marido para efectuar maniobras fraudulentas en contra de la sociedad conyugal.

La jurisprudencia, en forma mayoritaria, se ha inclinado por el resguardo del Secreto Fiscal, al sostener que, aun cuando se insista en la vinculación del accionado con la sociedad dada su alegada calidad de socio, tal circunstancia no impide advertir que dichos entes tienen personalidad propia que no se confunde con la de sus miembros. El sentido de la previsión consagrada en el citado artículo 101 es llevar tranquilidad al ánimo del contribuyente, con la ineludible consecuencia de que cualquier manifestación que se formule ante la entidad recaudadora será secreta, y como un medio para facilitar la adecuada percepción

¹² CSJN Fallos 335:1417; 343:1663.

¹³ CN Civ - Sala G “S., J. c/ B., A.M. s/ SEPARACIÓN DE BIENES” (Sent Int 18-08-00) en www.elDial.com - AE1616CNCIV.

de la renta pública. El secreto impuesto por la norma a la información fiscal no da pie para relevar informaciones referentes a terceros¹⁴.

Ahora bien, la ley 26.485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en los que se desarrollen sus relaciones interpersonales, de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional (art. 1), comprende en la definición de violencia contra las mujeres a la violencia económica y patrimonial, entendida como:

[...] la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo (art. 5).

En reiteradas oportunidades y en diferentes materias, los jueces han procurado hacer primar la verdad sobre las apariencias formales al sortear el recurso ficticio de la persona jurídica, echando mano al principio de la equidad, a la teoría del abuso del derecho o a los institutos de la lesión o de la simulación, dictando fallos que desenmascararon hechos fraudulentos y contrarios a la ley mediante el uso de la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica y la teoría del levantamiento del velo societario. Sabido es que, “uno de los mecanismos más habituales del fraude entre cónyuges es la utilización de sociedades comerciales”¹⁵.

Es por ello que, coincido con la Dra. Marta Rut Legarreta, titular del Juzgado de Familia de Paso de Los Libres (Corrientes), en cuanto señaló:

¹⁴ CN Civ., Sala E, “Incidente N° 1 - ACTOR: N J, L M DEMANDADO: K, R D s/ INCIDENTE FAMILIA”, 21/4/2021; id., Sala G, “M., S. R. Y OTROS c/ G., G. R. s/ ALIMENTOS: MODIFICACIÓN”, del 05/9/2019; id., Sala H, “Incidente N° 1 - ACTOR: D. L. B. J. s/ ART. 250 C.P.C - INCIDENTE FAMILIA”, del 20/10/2021; id., Sala I, “Incidente N° 1 - ACTOR: D., C. N. Y OTRO DEMANDADO: R. L. E. s/ ART. 250 C.P.C - INCIDENTE FAMILIA”, 15/5/2022; id Sala C “N. C l c/F. M E s/ Fijación de compensación arts. 524 525 CCCN” Expte N°26588/2020 Sent. 10/11/2021; id, Sala I “B, j H c/ M., D M s/Fijación de renta compensación por uso de vivienda” Expte N° 48536/2021 Sent. del 06/10/2022 y CNCiv Sala I “Incidente N° 1 - ACTOR: T., M. I. DEMANDADO: S., M. D. s/ART. 250 C.P.C. - INCIDENTE CIVIL” Sent. del 22/02/2019 en [https://www.cij.gov.ar/nota-33880-Alcance-del-secretofiscal-con-relaci-n-a-quienes-no-son-parte-en-un-proceso-.html].

¹⁵ Civ Juz 92 “J.M c/ S. H. S. s/ simulación o fraude” Sent. del 16/04/2018.

No se podría –hoy en día- conjugar como prioritario y tampoco concluyo sea ese el espíritu de la legislación tributaria exceptuando cuestiones de familia, que llevar tranquilidad al ánimo de la Empresa Contribuyente implique menos-cabar los derechos patrimoniales de una mujer -ajena al manejo de la empresa ganancial y en manos de su esposo- que denuncia ser víctima de fraude por su esposo, su hija y su yerno en cuanto a sus bienes ante una autoridad judicial. Este deber, obligación y mandato les corresponde a los tres poderes del Estado, eliminando la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres, y así lo impone la ley 26.485 y los tratados internacionales que son su fuente, constituyendo en este caso una violencia indirecta el mantenimiento del Secreto Fiscal sin miramiento de género y entronizado en percepción de la renta pública, rigorismo que se contrapone no solo con la Ley 26.485 sino también con el espíritu de la propia ley tributaria. Nulificar el levantamiento del Secreto Fiscal para que la persona jurídica que así lo solicita tribute, coadyuvaría –en este caso- a mantener oculta la supuesta maniobra de fraude denunciada contra el patrimonio ganancial, impidiendo la efectividad de los derechos patrimoniales de la cónyuge mujer, por un lado; y, por el otro, imposibilitando a la Sra. P. acceder a la información que confirmaría lo que denuncia, haciendo ilusorios los derechos sobre su patrimonio. Aquí estamos sujetos a una legislación civil de orden público¹⁶.

En el mismo sentido se pronunció la Sala K de la Cámara Nacional en lo Civil, al fallar:

[...] en tanto surge de este expediente que la reclamante se dedicó a su hogar, sin tener actividad rentada independiente [...] lo cierto es que se ilustra que hubo una distribución de roles estereotipados que desplazó a la esposa de las actividades del marido, lo que se impone de considerar al tiempo de tomar esta decisión” (para concluir) “aún sin desconocer que la entidad tiene personalidad propia distinta a la de sus miembros, pues la rigidez formal del secreto fiscal previsto en el artículo 101 de la ley 11.683 debe ceder a la luz de las normas legales y convencionales antes señaladas [...]”¹⁷.

¹⁶ Juzgado de Familia de Paso de los Libres (Corrientes). Incidente de nulidad en los autos caratulados “P.C. c/C.L.O. s/Medida Cautelar” Expte N° 23589-1, Sent. del 16/06/2021 en elDial.com - AAC367.

¹⁷ CN Civ Sala K 24351/2022 “B., P. c/ A., S. D. s/ MEDIDAS PROVISIONALES ART. 722 CCCN

En mi opinión, correspondería, en estos casos, invertir la carga de la prueba siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁸ levantándose el secreto fiscal ante la sospecha de que, por intermedio de la sociedad comercial, se esté afectando derechos económicos y patrimoniales de la mujer.

Así como el secreto fiscal no cubre la información económica y financiera relativa a actos simulados y operaciones de lavado de dinero o de contribuyentes que incurriesen en la comisión de delitos fiscales, también debe ceder frente a situaciones de abuso o violencia de género en razón de las obligaciones asumidas por el Estado Nacional. Más aún cuando las “cuestiones de familia” están expresamente contempladas en la norma tributaria como un eximente de aquel.

La interpretación de una misma institución jurídica como es el secreto fiscal, y, con ello, la solución del caso, puede variar según se la analice desde una perspectiva de género o no. Como operadores jurídicos tenemos la obligación de promover y celebrar el avance de la jurisprudencia en ese sentido.

“Fallar con perspectiva de género no significa darle la razón a la mujer, sino darle los espacios y las herramientas para que ejerza sus derechos en igualdad de condiciones que el resto”¹⁹.

- FAMILIA” Sent. 23/09/22. En igual sentido, CNCiv Sala M “Incidente N° 1 - “G, M C DEMAN- DADO: M, M C s/ART. 250 C.P.C - INCIDENTE FAMILIA” Sent. del 18/10/2022.

¹⁸ CSJN Fallos 334: 1387 “Pellicori”; Fallos: 337:611, “Sisnero”.

¹⁹ Juzgado de Familia de Paso de los Libres (Corrientes). Incidente de nulidad en los autos caratula- dos “P.C. c/ C.L.O. s/ Medida Cautelar” Expte N° 23589-1, Sent. del 16/06/2021 en el Dial.com - AAC367.

El debate sobre la desigualdad de género por razones tributarias a la luz de la aplicación del IVA sobre productos de higiene menstrual

María Laura Ameri*

Abstract: La perspectiva de género plantea problemas particularmente difíciles en el campo del derecho tributario. Uno de los tantos ejemplos es la imposición, mediante los gravámenes a las ventas o al valor agregado sobre los productos de higiene menstrual; aspecto que, en el derecho comparado, por vía legislativa¹ y, excepcionalmente, jurisprudencial², ha evolucionado hasta imponerse y eliminar tales impuestos, para disminuir el precio final y permitir

* Abogada. Especialista en Derecho Administrativo y Económico de la Universidad Católica Argentina. Secretaria de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

¹ Kenia fue el primer país en abolir el impuesto sobre las ventas en productos de higiene menstrual en el año 2004. En Gran Bretaña sucedió el 1 de enero de 2021, luego de la salida de Gran Bretaña de la UE. Ruanda eliminó el IVA de todos los productos sanitarios el 10 de diciembre de 2019, el cambio se realizó en respuesta al ausentismo escolar y la deserción escolar causados por el 18% de las mujeres y niñas ruandesas que no pueden asistir a la escuela o trabajar debido a que no pueden pagar productos de higiene femenina. Australia derogó el impuesto del 10 % sobre tampones y toallas higiénicas el 1 de enero de 2019 después de una campaña de 18 años. India eliminó su impuesto del 12 % sobre los productos de higiene femenina en 2018. Canadá eliminó su impuesto a los tampones a mediados de 2015. Irlanda no aplica ninguno. Alemania redujo la alícuota al 19%. En los Estados Unidos, la mayoría de los estados cobran impuestos sobre las ventas por las toallas sanitarias y tampones para mujeres. Cinco estados no tienen un impuesto estatal a las ventas (Alaska, Delaware, Montana, New Hampshire y Oregón), y a partir de junio de 2019, trece estados de EE. UU. eximieron específicamente los productos de higiene esenciales: Utah, Ohio, California, Connecticut, Florida, Illinois, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Nueva Jersey, Nueva York, Nevada, Pensilvania y Rhode Island. California derogó el impuesto en su presupuesto estatal de 2019, pero solo por la duración de dos años del presupuesto. Otros siete estados han introducido dicha legislación, más recientemente Nebraska, Virginia y Arizona. En noviembre de 2021, Michigan puso fin a su impuesto al tampón.

² Sentencia C- 117 del 14/11/18; y Sentencia C-102 del 21/4/21 del Tribunal Constitucional de Colombia, sobre la declaración de inaplicabilidad de la alícuota de 5% sobre los productos de higiene menstrual, y la extensión a la "copa menstrual", dispositivo que cumple esa finalidad.

el acceso general por parte de la mayoría de las mujeres en cuyas actividades cotidianas impacta de manera desfavorable y desigual ³.

I. Introducción

La iniciativa fue recogida en numerosos proyectos legislativos presentados en el Congreso de la Nación por representantes de distintos partidos políticos, en los que se expuso la necesidad de abordar el problema que genera la omisión de considerarlos productos de higiene menstrual como exentos del IVA, para disminuir su precio final de venta al público. Según los fundamentos expuestos en las dos sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, la omisión legislativa en sancionar algunos de tales proyectos vulnera los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, así como los derechos consagrados en la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer, conocida como “Convención de Belem do Para”; y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Sobre la base de tales fundamentos, señaló que la discriminación indirecta surge: “cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos. En tales casos, medidas neutrales que en principio no implican factores diferenciadores entre personas, pueden producir desigualdades de facto entre unas y otras, por su efecto adverso exclusivo, constituyendo un tipo indirecto de discriminación”. Esta modalidad, en fin, se compone de dos criterios: primero, la existencia de una medida o una práctica que se aplica a todos de manera aparentemente neutra. Segundo, la medida o la práctica pone en una situación desaventajada un grupo de personas protegido. Es el segundo criterio de la discriminación indirecta el que difiere de la discriminación directa: el análisis de la discriminación no se focaliza sobre la existencia de un trato diferencial sino sobre los efectos diferenciales. “Por su parte, la discriminación interseccional o múltiple se refiere a las distintas categorías que pueden acentuar una situación de discriminación [...]”, situación que obliga a los estados a adoptar medidas diferenciales para tales grupos.

³ Sentencia C-117 del 14/11/18, párrafos N° 51, 54 y 57.

A partir de esta premisa, sostuvo que: “las toallas higiénicas y tampones son actualmente bienes insustituibles para las mujeres en edad fértil sobre todo para aquellas con baja capacidad adquisitiva, toda vez que en este momento histórico son los principales productos ofrecidos en el mercado para el manejo sanitario de la menstruación”.

Por tales razones, decidió: “Que la imposición del impuesto sobre las ventas a las toallas higiénicas y tampones tiene un impacto desproporcionado para las mujeres, y en especial, para aquellas de escasos recursos⁴”.

Desde otra perspectiva, la eliminación de los impuestos a las ventas o al valor agregado sobre los productos de higiene menstrual constituye el resultado de un paulatino pero constante cambio de valoración por parte del Poder Legislativo, que reglamenta este aspecto en términos más igualitarios, es decir, no es el resultado de una decisión jurisdiccional sino del debate político que modifica el consenso mayoritario hacia una solución distinta. Entonces, el proceso puede ser examinado desde dos vertientes: la judicial, como en el caso de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, que considera directamente que existe una “lesión” a la igualdad de tratamiento y demás derechos reconocidos en las Convenciones Internacionales, originada en una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo que regula el IVA en cada legislación por considerarlo violatorio de los derechos de igualdad, equidad, progresividad, y en definitiva discriminatorio por razones de género; o la legislativa, como resultado de nuevos consensos. Al respecto, cabe aclararse que en Colombia la acción pública de inconstitucionalidad reconoce una legitimación amplia y el control puede ser abstracto⁵.

En Argentina, diversos proyectos de ley fueron presentados en el Congreso de la Nación y se refieren, alternativamente, a la exención lisa y llana – inclusión

⁴ Para el examen íntegro de los fundamentos ver <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-117-18.htm>.

⁵ PULIDO ORTIZ, Fabio Enrique: “Control Constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista”. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XIV, núm. 27, enero-junio, 2011, pp. 165-180. La distinción entre control abstracto y concreto de constitucionalidad fue desarrollada por Kelsen. Para este autor en el control constitucional concreto se faculta a los jueces para analizar la constitucionalidad de las normas que deben aplicar en el caso concreto, y para negarse a aplicarla si encuentran que son inconstitucionales. Por su parte, en el control abstracto de constitucionalidad se faculta a los jueces para que definan la inconstitucionalidad de las normas. La diferencia entre uno y otro tipo de control constitucional es, según lo dicho, que en el control concreto se define si determinado en caso se está desconociendo una norma constitucional, mientras que en el abstracto se realiza una constatación de compatibilidad lógica entre una norma infra-constitucional y una norma constitucional.

de los productos de higiene menstrual en el art. 7 de la Ley del Impuesto; a la aplicación de una alícuota reducida tal como para los demás productos de primera necesidad – art. 28, inc. a) de la ley del Impuesto; o bien a la provisión gratuita como política general, dentro del marco de las medidas de acción positiva – art. 75, inc. 23 C.N.⁶. Las políticas públicas en general no son neutrales en materia de género, pueden reducir o ampliar las desigualdades preexistentes, y, hasta la sanción de la ley 27.630, la perspectiva de género no ha sido tomada en cuenta para legislar sobre tales materias⁷.

II. Impuesto

En virtud del principio de legalidad en materia tributaria, el legislador se encuentra facultado para crear, modificar y eliminar tributos, al igual que para establecer los sujetos activos y pasivos, el hecho generador, la base imponible, la vigencia, las formas de cobro y recaudación, beneficios, etc. El fundamento es que del sistema tributario depende el mantenimiento, fortalecimiento y la propia subsistencia del Estado, lo cual se refleja en el correlativo deber de todas las personas de pagar los impuestos; y, como regla general, ese Poder es el que tiene la atribución de crearlos, definir los hechos imposables, las exenciones, la determinación de las bases y de las alícuotas, en suma, los elementos sustantivos de las obligaciones tributarias. El límite de esa facultad está dado por el reconocimiento de otros derechos constitucionales, como el derecho a la igualdad, propiedad, no discriminación, etc. De este modo, ha sido reconocido e interpretado por la jurisprudencia en múltiples casos en los cuales se hallaban comprometidos los principios constitucionales y particulares que rigen en materia tributaria, como el principio de legalidad, irretroactividad, progresividad, etc. En el régimen impositivo, el sujeto obligado es el “contribuyente”, en abstracto, sin identificación de su condición de género, lo que *a priori* revelaría desde el punto de vista formal una igualdad de tratamiento legislativo en el caso del Impuesto al Valor Agregado, regulado en la ley 23.349, y sus modificatorias, cuyo texto ordenado fue aprobado por el decreto 280/97⁸.

⁶ Ver [<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultados-buscador.html>], donde se hallan publicados los 28 proyectos de ley de los cuales solo algunos conservan trámite parlamentario.

⁷ Ley 27.630, artículo 6° (incremento del porcentaje de la deducción -en el impuesto a las ganancias- en concepto de honorarios de directores o integrantes del consejo de administración en caso de que sean mujeres o transgénero), tanto en materia de gastos como de recursos.

⁸ B.O. 15 de abril de 1997.

Su capacidad de pago se determina de acuerdo con la cantidad de bienes y servicios gravados que cada uno consume y, así, los sujetos que más consumen pagarán una mayor proporción. Por su parte, los sujetos que tienen mayores recursos generalmente incurren en erogaciones superiores a las de quienes tienen menor capacidad adquisitiva. Es un tipo de impuesto indirecto sobre el consumo, establecido sobre una base amplia de bienes y de servicios, y grava las diferentes etapas de transformación. Esto significa que, en cada etapa, quien vende un producto gravado por IVA puede recobrar lo que pagó en ese concepto por sus insumos, para lo cual suelen utilizarse diferentes mecanismos de compensación en el que se traslada la totalidad del impuesto hasta el consumidor final, sin distinción de género.

El Poder Legislativo también regula los descuentos, compensaciones y devoluciones permitidas para la determinación de los valores a pagar por el IVA según los obligados. También establece las exenciones y los bienes o servicios excluidos.

Los diversos productos necesarios para la higiene menstrual son de consumo forzoso, como los demás productos denominados “de primera necesidad”, es decir, de consumo imprescindible y generalizado (como el agua natural; la leche fluida o en polvo, exentas por el artículo 7º inc., f) de la ley; el pan; frutas; legumbres; carnes, hoy dentro del supuesto 2, gravados con la alícuota reducida del 50% del artículo 28, inc. a), ap. 7 del texto de la ley). El incremento del 21% en el precio final de estos productos impacta negativamente en las mujeres, en particular, las de más de bajos ingresos, y afecta todas sus actividades académicas, laborales, sociales, etc. Así lo demuestran estadísticas realizadas en países como India, Brasil, México, Colombia, entre otros⁹; y esa afectación desproporcionadamente desigual es, en última instancia, el fundamento de las referidas sentencias judiciales como de los proyectos de ley finalmente sancionados.

III. Proceso legislativo vs. proceso judicial. El control de constitucionalidad

En algunos países, la justicia ha tenido la oportunidad de hacer un examen de constitucionalidad de la aplicación del IVA en productos de higiene menstrual¹⁰.

⁹ En tal sentido, es ilustrativo el informe de la Revista CEPAL N°124, del que resulta qué porcentaje de mujeres de bajos ingresos no pueden asistir al colegio, o a sus trabajos, por la dificultad de acceso a los productos de higiene menstrual.

¹⁰ V. ut supra Nota N° 2.

Las dos sentencias referidas, dictadas por la Corte Constitucional de Colombia, como consecuencia de las respectivas acciones directas de inconstitucionalidad, se fundan en el impacto desproporcionado y desigual. En el primer caso, en la sentencia se refieren los antecedentes legislativos, según los cuales los productos de higiene menstrual se hallaban gravados de acuerdo con la alícuota general, con posterioridad fueron exentos, y después gravados con la alícuota reducida del 5%. En consecuencia, la primera sentencia admite la acción de inconstitucionalidad y se ordena la inaplicabilidad de la norma que impone este gravamen. En la segunda sentencia también se admite la acción, en virtud de la omisión de incluir, dentro de esos productos, al nuevo dispositivo de higiene menstrual. La base del razonamiento en sí mismo es inobjetable: el gravamen incrementa el precio final de venta de productos de uso indispensable y por esa razón afecta a las mujeres de bajos recursos que, de acuerdo con estudios e informes de fuentes internacionales reconocidas, consumen la mayor parte de sus ingresos en la manutención familiar, alimentos, medicamentos y vivienda. De tal manera, se erige en un obstáculo real y estadísticamente comprobado para el desempeño de las actividades básicas: la asistencia regular de las adolescentes a las escuelas, de las mujeres en edad fértil al trabajo, que es mayormente informal.

Sin embargo, también es posible considerar válida la observación de que tales decisiones judiciales merecen una solución por vía legislativa, porque en rigor implican incluir o extender el alcance de las exenciones previstas en la ley, sobre la base de una valoración de tipo político sobre el impacto desproporcionado, la desigualdad objetiva y los datos reales en cuanto a los niveles de ingresos, las decisiones de consumo y, en definitiva, la realidad social. Como es sabido, el control de constitucionalidad no implica interferencia alguna con la actividad legislativa cuando se lo ejerce por parte de un sujeto legitimado, en un caso concreto y se reúnen los requisitos que condicionan la intervención judicial; en estas condiciones las consecuencias de la sentencia constitucional, en cuanto invalidan o completan el sentido del precepto legal cuestionado, revisan o suplen la actividad legislativa con el alcance que en cada país resulta propio del control de constitucionalidad.

La cuestión central es que, si la desigualdad es estructural, y la desventaja económica social también lo es, los mismos fundamentos expuestos para fundar las dos decisiones por parte del Tribunal Constitucional de Colombia podrían servir para cuestionar la constitucionalidad del régimen tributario, que en su

integridad está concebido en términos formalmente neutrales. Si bien es necesario contar con datos específicos sobre la realidad social argentina y, en particular, sobre las mujeres empleadas en la denominada “economía informal” -marginadas de los impuestos y contribuciones directas, pero sujetas a las contribuciones indirectas-, de manera general caben asumirse como verdaderas las conclusiones de los estudios, estadísticas, informes y recomendaciones de los organismos internacionales, y de la CEPAL y de OCDE¹¹, en cuanto a que las mujeres están a cargo en la mayor parte de los hogares monoparentales y, además de las tareas remuneradas, dedican gran parte de su tiempo a las tareas de cuidado, entre otras consideraciones propias de la perspectiva de género.

En consecuencia, en cuanto a los impuestos directos, también podría objetarse, por ejemplo, la limitación cuantitativa a las deducciones por cargas de familia previstas en el artículo 39 inciso b) de la Ley de Impuesto a las Ganancias, las limitaciones para deducir los gastos médicos o de hospitalización, o de los gastos educativos previstas en el artículo 85, incisos g) y j) de la Ley de Impuesto a las Ganancias; y en cuanto a los indirectos o trasladables, de la alícuota correspondiente a la telefonía celular en el artículo 30 de la Ley de Impuestos Internos; el Impuesto a los Combustibles, previsto en el Título III de la ley 23.966, aunque no se trate de productos de uso exclusivo de las mujeres, y, en definitiva, a cualquier impuesto cuyo importe resulte trasladable al consumidor final; inclusive. En última instancia, llevado a un extremo, el razonamiento podría concluir en que todo impuesto indirecto que significara un incremento en el precio final de determinados bienes de uso indispensable impactaría de manera desfavorable, desproporcionada y desigual, porque también sería “ciego” en términos de género.

Por tales razones, es válido el interrogante acerca de si las particularidades de la materia tributaria exigen ser resueltas por la vía legislativa, es decir, en el ámbito propio para el debate y el consenso relacionado con las decisiones sobre una política tributaria, en términos que explícitamente respeten la perspectiva de género, o en el marco de un proceso judicial.

¹¹ [<https://www.oecd.org/tax/tax-policy-and-gender-equality-b8177aea-en.htm>.]

IV. Los proyectos de ley nacionales

A partir del año 2017 se presentaron numerosos proyectos de ley que es posible clasificar en dos categorías: aquéllos en los que se propone la provisión gratuita de los productos de higiene menstrual y aquéllos en los que se propone la eliminación o exención del Impuesto al Valor Agregado sobre esta clase de productos. En los primeros, se trata de una decisión legislativa sobre el gasto, ya que la implementación de políticas de provisión gratuita implica la previa asignación del presupuesto anual y la elección de los organismos encargados de realizar las compras y la distribución. En los segundos, se trata de una decisión sobre la recaudación, porque se resigna una determinada proporción sobre los productos que ya no están gravados y, de este modo, se beneficia de manera directa a quienes los consumen. Al respecto, se ha sostenido que el primer abordaje, esto es, la provisión gratuita, es más favorable, en tanto implica la absorción de la totalidad del precio, pero a la vez es contingente porque, como ocurre con los programas gubernamentales, depende de la efectiva asignación de presupuesto, contratación y distribución; mientras que el segundo, esto es, la exención lisa y llana del impuesto, no asegura la gratuidad, pero garantiza el suministro de manera permanente.

La determinación de cuáles son las medidas de política legislativa más adecuadas es materia reservada al legislador y no constituye un asunto que pueda ser objeto de una decisión jurisdiccional¹². No obstante, la omisión legislativa continuada en reglamentar este punto de manera acorde con los principios fundamentales que rigen en la materia puede justificar, reunidos todos los requisitos necesarios, un pronunciamiento judicial¹³. En este sentido, es necesario tener

¹² v. Ut supra Nota N°4: El examen de cada uno de los proyectos revela la existencia de una real y constante preocupación por darle una solución legislativa al tema.

¹³ V. RESTREPO TAMAYO, John Fernando: "Acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa: un instrumento procesal constitucional para la protección judicial efectiva de los derechos fundamentales" Opin. jurid., vol.19, no.39 Medellín July/Dec.2020; en el que, entre otras consideraciones, resalta: a) las omisiones legislativas se han clasificado en absolutas y relativas de acuerdo con el grado de actividad desarrollada por el legislador. En una omisión legislativa absoluta no existe ninguna actividad legislativa, es decir, se presenta un incumplimiento total de la obligación constitucional de legislar. En una omisión legislativa relativa sí existe un desarrollo legislativo, pero se presenta un incumplimiento parcial al deber constitucional de legislar porque no se incluyó un supuesto normativo, un grupo, un destinatario, un derecho o una prerrogativa que debió regularse en la disposición legal, sin importar si se refiere a derechos fundamentales, competencias, garantías institucionales o procedimentales, u otro tipo de derecho o facultad; b) a partir de la Sentencia C-108 de 1994, existe el precedente constitucional que reconoce de manera reiterada la competencia de la Corte Constitucional para realizar el control abstracto de constitucionalidad de las omisiones

en cuenta las particularidades propias de cada uno de los sistemas de control de constitucionalidad, en cuanto a la legitimación, la existencia de caso y los demás requisitos.

V. Conclusiones

Por mandato constitucional y convencional¹⁴, la perspectiva de género debe ser tomada en cuenta para el diseño de la política legislativa en general, y de la política tributaria en particular; sin olvidar las exigencias fiscales ni los derechos fundamentales protegidos. La generalidad de los preceptos constitucionales y convencionales que rigen en esta materia y, a la vez, la vigencia del principio de reserva de ley, que exige la clara definición del hecho imponible, de los sujetos obligados y de los parámetros para la determinación de la cuantía de cada impuesto, exige de fórmulas legislativas particularmente claras y precisas. La utilización de términos “neutros” o “ciegos” en la legislación tributaria no puede ser interpretada en el sentido de que la legislación es igualitaria más que en una acepción meramente formal. La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta -la demora del legislador en la reglamentación, la inactividad lisa y llana- o la omisión relativa -la reglamentación legislativa incompleta, la actividad defectuosa, desigual y discriminatoria- constituye un remedio posible para la defensa de la igualdad de género en aquellos casos en los que aparezca indiscutible la vulneración de los mandatos supra-legales. La experiencia del derecho comparado constituye una guía útil en este sentido.

legislativas relativas; competencia que, de manera progresiva, ha ampliado su margen de fiscalización, permitiendo que el control de control de constitucionalidad no se restringa exclusivamente a escenarios constitucionales de vulneración del principio de igualdad, sino que también se realice por la trasgresión del derecho al debido proceso o por cualquier desarrollo legislativo incompleto que resulte incompatible con la Constitución. Ver, además, MENDIETA GONZALEZ, David: “La acción pública de inconstitucionalidad a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia” en [bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/9806/1/MendietaDavid_2015_AcciondeInconstitucionalidad.pdf].

¹⁴ Cfr. Arts. 16 de la Constitución Nacional; Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer, conocida como “Convención de Belem do Para”; y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Modalidades del responder estatal en casos de violencia de género extrema

Sofía Inés Hernández Saint Jean*

Abstract: Roles que puede asumir el Estado al responder en casos de violencia de género. Descripción de dos sistemas de reparación estatal de daños. Renta periódica inembargable para las víctimas colaterales del femicidio (leyes Brisa). Régimen de recupero de activos y Fondo de Asistencia de las Víctimas de la Trata. Enunciación del reclamo que mantienen las personas que integran el colectivo travesti y trans. Conclusiones.

Introducción

A modo de dar contexto a los temas que abordaremos en este artículo, se torna imprescindible formular algunas aclaraciones previas y comenzar por explicar que, desde hace unos años, me encuentro investigando leyes y decretos especiales que instituyen verdaderos sistemas estatales de reparación de daños. La doctrina especializada en el derecho público no penal y en el derecho administrativo, en sus clásicos estudios sobre la Responsabilidad del Estado, inexplicablemente -desde mi punto de vista-, se ha mantenido indiferente a una constelación de beneficios extraordinarios, prestaciones dinerarias, ayudas públicas, pensiones graciables, indemnizaciones, compensaciones y otras diversas formas por las que la autoridad estatal ha asumido el rol de reparar y confortar a las personas que han sido víctimas de sucesos que causan una gran conmoción en la población.

* Abogada en función judicial. Secretaria de Cámara en el fuero en lo Contencioso Administrativo Federal. Especialista en Derecho Administrativo y Económico. Autora del libro *Los fenómenos y periferfenómenos de la responsabilidad del Estado*, publicado por editorial Ad-Hoc. Docente y siempre alumna.

Para ejemplificar estas manifestaciones del responder estatal no podemos dejar de mencionar los reconocimientos difusos a los combatientes del conflicto armado Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur; las leyes reparatorias de los delitos de lesa humanidad cometidos durante los gobiernos de facto (DNU 70/91, leyes 24.043, 24.411, sus modificatorias, reglamentarias y complementarias), que han sido tomadas como guía para redactar la “Ley de Memoria Democrática” en España, destinada a reparar de manera integral a las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura franquista; las normas reparatorias de las víctimas de los atentados terroristas perpetrados en la Embajada e Israel y la Asociación Mutual Israelita Argentina (leyes 26.690 y 27.139); los subsidios especiales (no indemnizatorios) otorgados a los sobrevivientes del estrago doloroso que ocasionó el incendio del local bailable “República de Cromañón”, el 30 diciembre de 2004 en el barrio de Once; la indemnización reconocida por el Estado Nacional a los damnificados por las explosiones ocurridas en noviembre de 1995 en la Fábrica Militar de Explosivos de la Ciudad de Río Tercero (ley 27.179); las múltiples leyes y actos administrativos que implementan programas de asistencia, otorgan pensiones vitalicias y/o reconocen reparaciones, según el grado de discapacidad, para las personas afectadas por la Talidomida en Suecia, Australia, Brasil, Canadá, Francia, Reino Unido, Portugal, Turquía (sólo por mencionar algunos países) y la lucha pendiente que lleva adelante la asociación civil “AVITE” en España; la asignación mensual que perciben las personas hemofílicas infectadas con el retrovirus de inmunodeficiencia humana (HIV), Hepatitis B y C, por negligencia en el suministro del factor 8 en sangre (leyes 25.869 y 26.850); las compensaciones que recibieron las víctimas de un incendio en una fábrica de valijas en Delhi en el año 2019; el beneficio extraordinario, de pago único, para los deudos del personal militar tripulante del submarino ARA “San Juan” (ley 27.615) y tantas otras, no menos importantes, que me abstengo de mencionar, en resguardo de la extensión de estas líneas.

Así introducidas las aguas que habremos de bucear, propongo profundizar sobre las modalidades que adopta el responder estatal frente a casos de violencia de género extrema, clasificando tres tipos de roles que puede asumir el Estado, según se proponga proteger a personas en situación de desamparo y de vulnerabilidad, actúe como “organizador” entre víctima y victimario o, más cercano a la responsabilidad del Estado clásicamente estudiada, asuma el deber de reparar por alguna circunstancia dañosa que le resulte imputable por su accionar

ilegítimo o por omitir un comportamiento debido. En este recorrido, analizaremos las dos “Leyes Brisa”, mediante las que se establece un régimen de protección económica para niñas, niños y adolescentes, por su condición de hijas e hijos de mujeres víctimas de femicidios. En seguida, expondré el régimen de Recupero de Activos y la conformación del Fondo de Asistencia a las Víctimas del delito de Trata, ley 26.364 (modificada según ley 27.508), destinado a procurar una reparación integral de los daños que padecen las personas rescatadas de este delito. Finalmente, enunciaré el reclamo de las personas trans y travestis a fin de que el Estado reconozca y repare la violencia policial ejercida contra ese colectivo durante la última dictadura militar y los primeros años de la democracia.

I. Las leyes “Brisa”: beneficios a los hijos e hijas de madres víctimas de femicidio

La protección especial que otorga el Estado a partir de la implementación de este sistema ha sido comentada y anotada por especializada doctrina feminista administrativa¹. No es mi intención aquí parafrasear lo ya escrito, sino que mi propuesta es desgranar el fenómeno para descubrir cuál es el rol que ha asumido el Estado al reconocer una renta periódica inembargable para las víctimas colaterales del femicidio. En las últimas décadas, a raíz de la jerarquización de los Tratados de Derechos Humanos a un nivel supralegal y de la necesidad de llevar sus disposiciones a situaciones concretas y palpables, han proliferado sistemas en los que la autoridad estatal asume el rol de confortar a la persona humana por las consecuencias dañosas que le son atribuibles o que, en caso contrario, por utilidad social resulta virtuoso para toda la comunidad aliviar ante situaciones excepcionales, que escapan a las contingencias habituales de las que se ocupa la Seguridad Social.

Brisa, la niña cuyo nombre fue elegido por las legislaturas para designar al sistema, con sus hermanos, Tobías y Elías, quedaron bajo el cuidado y guarda de su abuelo materno, luego del femicidio de su madre, cuyo autor fue su padre.

¹ CAPUTI, Claudia. “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires otorga beneficios a los hijos que perdieron a sus madres por femicidio”, La Ley – 2017, pág. 1 (Cita Online: AR/DOC/2739/2017). Asimismo, publicado en: DFyP, 2018 (marzo), pág. 187, Cita Online: AR/DOC/2996/2017; TOLOSA Pamela y ARRUIZ, Sebastián, “Femicidio y compensación de daños por muerte de progenitores. A propósito de la Ley Brisa”, RDF 90, 15/07/2019, 159; Cita online: AR/DOC/1702/2019, entre tantas otras y otros.

La situación derivada de ese delito era extrema. Convergieron al menos dos factores de subordinación humana en la sociedad patriarcal: pobreza y género. La madre fallecida, el progenitor victimario detenido y el adulto a cargo de los hijos e hija se encontraba en condiciones de una vulnerabilidad tal, que la difusión de la situación en los medios de comunicación coadyuvó a que el legislador atienda la cuestión de un modo especial.

En un claro avance del proceso social hacia el ideal de la paridad de género deseada, la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos y el Congreso Nacional dictaron normas jurídicas que condujeron a una destacable retroalimentación virtuosa legislativa. En efecto, el 31 de agosto de 2017 la legislatura porteña sancionó la ley 5861, que el 8 de noviembre de ese mismo año fue reglamentada por el decreto CABA 407/2017. Casi un año más tarde, el 04/07/2018, a nivel nacional se aprobó la ley 27.452, reglamentada por el decreto 871/2018, del 28 de septiembre de 2018, inspirando a la legislatura porteña a corregir y ampliar el ámbito de aplicación de ley original mediante la ley 6134. El primer proyecto fue impulsado gracias al trabajo de la ONG “La casa del encuentro”, que brega por la defensa de los derechos de las mujeres. Concretamente, el reconocimiento pecuniario que otorgan las normas reparatorias a las víctimas colaterales del femicidio consiste en una renta periódica inembargable, equivalente a un haber jubilatorio mínimo hasta los 21 años, sujeto a la movilidad de la ley 26.417, salvo en caso de personas con discapacidad, que no tendrían ese límite temporal (ver ambos arts. 3º de la ley 5861 CABA y la ley 27.542). El Estado también se compromete a brindarles asistencia médica y psicológica (art. 6º, ley 5861 CABA) y una cobertura integral de salud física y psíquica (art. 9º, ley 27.542).

El beneficiario o la beneficiaria puede escoger entre ellas según los recaudos que satisfagan, pues se excluye la posibilidad de percibir más de una prestación simultánea (ver el art. 4º de la ley CABA 5861 y el art. 5º del decreto reglamentario 871/2018). La compatibilidad sí existe respecto de las prestaciones propias de la Seguridad Social (tales como la asignación universal por hijo). Esto último evidencia que la asistencia a las víctimas colaterales de femicidio que la norma instituye no encuadra (al menos, no de modo directo) en el Derecho de la Seguridad Social, sino que se asemeja más a una ayuda de tinte reparatorio en función de una actividad estatal omitida de cuidado y seguridad sobre la mujer, se podría interpretar, aun cuando no se encuentra del todo escindido de una actividad de corte asistencial.

Las fuentes de derecho internacional de las que derivan ambas normas las podemos encontrar en la CEDAW, la Recomendación 35, Belem do Pará (en especial, arts. VII.G y VIII.E), en la Convención de los Derechos del Niño, cuyo art. IV establece que “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”, y en la Convención de las Personas con Discapacidad, que en su art. 25, referido al derecho a la salud, dispone que “los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad”. En el artículo siguiente, al definir la garantía que debe brindar el Estado a un nivel de vida adecuado para las personas con discapacidad, explicita que esto “incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad”.

El debate legislativo acerca de la posibilidad de asistir a los hijos de mujeres asesinadas por la violencia de género tuvo lugar luego de que varios tribunales dictaron sentencias condenatorias, obligando al Estado a resarcir, mediante indemnizaciones pecuniarias, a los descendientes en primer grado por la omisión en evitar la violencia e impedir el femicidio de sus madres. Entre los más célebres, anotados por mujeres², se destacan el caso “Yapura”, sentencia de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta del 16 de octubre de 2012, “M., J. A. s/ rec. de casación s/ recurso de casación”; el caso “Quiñones”, de la Sala 5° Cámara Civil y Comercial de Córdoba, “Q. R. B. y otro c. Provincia de Córdoba s/ ordinario, daños y perjuicios”, pronunciamiento del 23 de julio de 2014; el caso del “portero de Recoleta”, “A., R. H. y Otra c. E. N. M. Seguridad P. F. A y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dictada el 10 de julio de 2017.

² Ver, MEDINA, Graciela, “Responsabilidad del Estado por omisión”, Derecho de Familia y Persona, Ed. La Ley, noviembre 2013, p. 43; ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde M., “Responsabilidad estatal por omisión frente a víctimas de violencia familiar”, LA LEY del 10/09/2014, p. 3, y LA LEY 2014-E-276; MEDINA, Graciela, “La responsabilidad del Estado por femicidio. Responsabilidad por omisión”, LA LEY del 09/08/2017, p. 4.

Ambas normas comienzan por delimitar los sucesos trágicos que dan lugar a la prestación (ver arts. 1° de la ley 5681, ya modificado según la ley CABA 6134, y art. 1° de la ley 27.542). La ley nacional, desde el inicio, incluyó otras situaciones de mayor amplitud que las limitadas al supuesto “madre asesinada por el padre” que dejaba fuera de ayuda supuestos tales como que el asesino sea un conviviente, un desconocido, otra persona del núcleo familiar, en detrimento de la finalidad buscada por el sistema normativo, focalizado en las víctimas colaterales. La relación de progenitores o progenitores afines se exige solo entre la víctima y el beneficiario, sin que interese el parentesco o relación con el asesino.

La reglamentación nacional estableció que el procesamiento y la sentencia condenatoria a los que refiere el inciso b) deben encontrarse firmes (ver art. 1.a del decreto 871/2018), recaudo que no se encuentra explicitado en el texto de la ley, lo cual podría dar lugar a planteos de exceso en la reglamentación y a considerar nulo en este aspecto al decreto reglamentario.

Los beneficiarios del sistema de reparación (designados “destinatarios y destinatarias” en la ley 27.452) son las personas menores de veintiún (21) años o personas con discapacidad que cumplan los siguientes requisitos: a) Ser hijo/a de la progenitora fallecida según lo establecido en el artículo 1° de la presente ley; b) Ser hijo/a de algún progenitor fallecido a causa de violencia intrafamiliar y/o de género; c) Ser argentino o residente de acuerdo con el artículo 22 y 23 de la ley 25.871. En el ámbito local, la ley 5861 requiere estar domiciliado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ver artículos 2 de ambas normas).

Al margen del rigor, los costos ingentes y la estrictez de las clásicas acciones judiciales cuyo objeto es obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios (que, en estos casos, es ostensiblemente improbable que los legitimados entablen), no habría un obstáculo para que las víctimas indirectas intenten obtener una indemnización por la vía judicial, aun cuando éste resulte difícil de imaginar en la práctica. Es que, si bien ambas leyes se excluyen entre sí (art. 4° de la ley CABA y 5° del decreto PEN reglamentario de la ley nacional), ninguna legisló acerca de la compatibilidad con una eventual acción resarcitoria enderezada contra el autor del femicidio ni contra el Estado, los funcionarios y agentes estatales por los deberes inherentes a la debida diligencia.

El momento del femicidio tuvo una gran relevancia para calcular su cuantía al inicio de la aplicación concreta de este sistema, puesto que las soluciones varían según si el hecho había tenido lugar con anterioridad o posterioridad a la

entrada en vigor de la ley. En el supuesto que el fallecimiento de la madre hubiese sido posterior, el art. 9° de la ley CABA 5861 estableció que el derecho a percibir la ayuda nacía desde ese momento (así también lo dispuso el art. 3°, párrafo 2° del decreto 871/2018). En cambio, para los casos ocurridos con anterioridad a la promulgación de la ley, la solución normativa dada difería. En CABA, en virtud de lo dispuesto por el art. 8° de la ley CABA 5861 y del art. 9° de la reglamentación, se tomaba como momento inicial de la ayuda el 20 de septiembre de 2017, que es la fecha de promulgación de la ley. En el ámbito nacional, el art. 3° de la ley 27.542 estableció la retroactividad al momento del femicidio, empero el decreto reglamentario lo limitó a la fecha de entrada en vigor (art. 3°, párrafo tercero). Esta contradicción entre normas de diferente jerarquía fue resuelta, por aplicación de elementales principios de derecho público referidos a las disposiciones reglamentarias, en una acción de amparo en la que el juez interviniente sentenció que el decreto se extralimita en los alcances fijados en la norma generando un *quantum* económico significativamente inferior al que merece reconocimiento (ver Juzgado Federal de Villa María, causa n° 36513/2019 “S.M.R. c/ SENNAF s/amparo ley 16.986”).

La autoridad de aplicación es la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF), aunque la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) tiene a su cargo la tramitación administrativa, liquidación y puesta al pago de la prestación implementada por la ley 27.452. En la Ciudad, el decreto CABA 407/2017 establece que la autoridad de aplicación de la ley es la Dirección General de la Mujer, dependiente del Ministerio de Hábitat y Desarrollo Humano.

De gran utilidad resulta, en miras a desentrañar el rol estatal en cualquier sistema reparatorio, hacer el foco en dónde provienen los fondos con los que se solventa. El interrogante acerca de cómo se sostiene financieramente la ayuda, el reconocimiento o la indemnización en algunos casos brinda la respuesta del tinte de la actividad asumida por la autoridad pública. En el caso de las prestaciones otorgadas en el sistema de las leyes Brisa, el dinero proviene de los respectivos tesoros por afectación de sendas partidas presupuestarias (arts. 12 de la ley 5861 y 8° de la ley 27.542). Al ser esto así, en razón de nuestras crónicas emergencias económicas, habría que pensar una mejora que resguarde la solvencia del sistema, apartándose de todo riesgo y marginarse de nuestros vaivenes financieros. En Costa Rica, por ejemplo, las ayudas sociales otorgadas a raíz de

la crisis económica consecuencia de las medidas de aislamiento social obligatorio, adoptadas para morigerar los efectos de la pandemia del SARS-COV2 o COVID19, se solventaron con el producido de las multas a los infractores de las restricciones. Nuestra ley de administración financiera, ley 24.156, en el art. 23, inciso c), incluido en la Sección “Estructura de la Ley de Presupuesto General”, establece que “no se podrá destinar el producto de ningún rubro de ingresos con el fin de atender específicamente el pago de determinados gastos, con excepción de: [...] c) Los que por leyes especiales tengan afectación específica”. En su consecuencia, este capítulo debería ser debatido, examinado e incluido por el Congreso de la Nación. Para reforzar las funciones “preventiva” y “sancionadora” de lo que modernamente se denomina Derecho de Daños, la financiación de las rentas otorgadas a los hijos de las víctimas de femicidio podría provenir de un fondo en cuya conformación se incluyan las multas aplicadas a mensajes discriminatorios e inferiorizantes con motivo del género, difundidos en medios de comunicación masiva y en redes sociales.

II. El Fondo de Asistencia Directa a Víctimas de Trata, ley 26.364 (ley 27.508)

La reparación de las consecuencias del delito de trata, en cualquiera de las tipicidades que adopta -sexual, laboral, reproductiva, extracción de órganos y tejidos humanos, matrimonio servil, pornografía infantil, servidumbre-, excede el interés privado de la persona afectada y es una cuestión que impacta en toda la sociedad, motivo por el que resulta de incumbencia de la persona estatal. Así lo explicita el Poder Ejecutivo en la reglamentación más reciente. El decreto 844/2019 se halla motivado en que “el delito de trata y explotación de personas supone una vulneración de los derechos humanos fundamentales de la víctima, puesto que niega su condición de persona y la asimila a un objeto o cosa que se comercializa en el mercado de bienes y servicios, por lo cual su reparación excede el interés privado de las partes y es una cuestión que atañe a toda la sociedad y especialmente al Estado Nacional”; y en que “existen convenciones internacionales ratificadas por la República Argentina y diversas recomendaciones de organismos internacionales que contemplan la necesidad de tomar medidas para la conservación y preservación de bienes embargados o decomisados en el marco de procesos penales de diversa índole”.

En efecto, el Estado argentino aprobó el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños (más comúnmente designado “Protocolo de Palermo”), en cuyo art. 3° proporciona una definición de trata, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En el art. 12 de la Convención se comprometió a adoptar las medidas necesarias para autorizar el decomiso, la incautación, la traba de medidas cautelares sobre bienes y fondos provenientes de los delitos comprendidos en la convención, que son aquellos vinculados al crimen organizado, entre ellos la Trata de Personas. A su vez, el art. 25.2 de la Convención exige a cada Estado Parte establecer “procedimientos adecuados que permitan a las víctimas [...] obtener indemnización y restitución”.

A los efectos de estudiar el rol estatal frente a una situación de rescate, resulta conveniente retener que el art. 6° del Protocolo de Palermo obliga a cada Estado Parte a velar por que “su ordenamiento jurídico interno prevea medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos”. Al mismo tiempo, en ese artículo son enunciadas las clases de asistencia que los Estados deben proveer a las víctimas de la trata de personas, tales como: proteger la privacidad y la identidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata (art. 6.1); información sobre procedimientos judiciales y administrativos pertinentes; asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa (art. 6.2); propiciar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y en particular mediante el suministro de: a) alojamiento adecuado; b) asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender; c) asistencia médica, psicológica y material; y d) oportunidades de empleo, educación y capacitación. (art. 6.3); garantizar la seguridad física (art. 6.5). Todo ello deberá ser conjugado con otros factores tales como “la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados” (art. 6.6).

La recomendación n° 28 del Comité de la CEDAW, al referirse a la obligación contenida en el art. 2°. b), explicó que incluye la obligación de resarcir a las mujeres víctimas de diversas formas, tales como la indemnización monetaria, la restitución, la rehabilitación y el recurso de reposición; medidas de satisfacción, como las disculpas públicas, los memoriales públicos y las garantías de no repetición; cambios en las leyes y prácticas pertinentes; y el sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de los derechos humanos de la mujer.

Alineados con estas obligaciones asumidas en el seno internacional, los operadores judiciales no pueden ignorar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante Acordada 5/2009, ha adherido a las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia para Personas en Condición de Vulnerabilidad. Al respecto, aquí resulta conveniente destacar que las reglas 3 y 11 proporcionan una definición teórica al designar a la persona vulnerable como aquella que “[...] por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” y que, como tal, “[...] tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización”.

En el sistema jurídico argentino, la ley 26.364 -B.O. 30/04/2008- tiene por objeto implementar medidas destinadas a prevenir y sancionar la trata de personas, asistir y proteger a sus víctimas. La modificación introducida por la ley 26.842 -B.O. 27/12/2012, bajo el título “Garantías mínimas para el ejercicio de los derechos de las víctimas”, en el texto del nuevo artículo 6° incluyó un elenco de derechos que el estado debe garantizar, “hasta el logro efectivo de las reparaciones pertinentes” y “con prescindencia de su condición de denunciante o querellante en el proceso penal correspondiente”. La enunciación abarca el derecho a recibir información en una modalidad que asegure el pleno acceso y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales que le correspondan; a recibir asistencia psicológica y médica gratuitas, con el fin de garantizar su reinserción social; alojamiento apropiado, manutención, alimentación suficiente y elementos de higiene personal; capacitación laboral y ayuda en la búsqueda de empleo; asesoramiento legal integral y patrocinio jurídico gratuito en sede judicial y administrativa, en todas las instancias; protección eficaz de los victimarios o sus

cómplices, quedando a su disposición solicitar ingresar al Programa Nacional de Protección de Testigos en las condiciones previstas por la ley 25.764. Puede permanecer en el país, si así lo decidiera, recibiendo la documentación necesaria a tal fin, incluida la posibilidad de solicitar refugio en los términos de la ley 26.165, o retornar a su lugar de origen cuando así lo solicite.

De manera concurrente con las disposiciones que emanan de la ley 27.372 (conocida como “ley de víctimas”), la persona rescatada tiene derecho a prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado; ser informada del estado de las actuaciones, de las medidas adoptadas y de la evolución del proceso; ser oída en todas las etapas procesales; a la protección de su identidad e intimidad. Además, el Estado debe bregar por su incorporación o reinserción en el sistema educativo y, en caso de tratarse de víctima menor de edad, además de los derechos precedentemente enunciados, “se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales que implican la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad”, sin que las medidas “puedan restringir sus derechos y garantías, ni implicar privación de su libertad. Se procurará la reincorporación a su núcleo familiar o al lugar que mejor provea para su protección y desarrollo”.

En su más reciente versión, el artículo 27 de la ley 26.364, denominada “Prevención y Sanción de la Trata de personas y Asistencia a las Víctimas” (texto sustituido según el art. 12 de la ley 27.508 -B.O. 23/07/2019), mantiene la afectación del Presupuesto General de la Nación, a fin de que queden incluidos en este, anualmente, las partidas necesarias para el cumplimiento de las disposiciones de la ley. También persiste la posibilidad de que los organismos creados por la ley sean financiados con recursos provenientes de acuerdos de cooperación internacional, donaciones o subsidios.

La gran innovación que introdujo esta modificación legislativa fue la creación del Fondo de Asistencia Directa a las Víctimas, disponiendo -en la parte final- que los decomisos aplicados en virtud de la ley, y aquellos originados en causas de lavado de activos provenientes de los delitos previstos en la norma, tendrán como destino específico el mentado fondo, administrado por el Consejo Federal para la Lucha Contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas, cuyo régimen será establecido por una ley especial. De hecho, el impulsor de la ley, desde octubre de 2018, fue el propio Consejo Federal con dos años desde su creación.

La ley de trata tuvo impacto en el Código Penal argentino, puesto que sustituyó el sexto párrafo del art. 23, estableciendo la procedencia de decomisar la cosa mueble o inmueble donde se haya mantenido a la víctima privada de su libertad u objeto de explotación en los casos de las condenas aplicadas por configurarse los delitos de: corrupción de menores, promoción de la prostitución y explotación sexual (arts. 125, 125 bis, 127 CP), reducción a una persona a esclavitud o servidumbre, trabajos forzados, matrimonio servil (art. 140 CP), sustracción, reducción u obligación a una persona con el fin de forzar a la víctima o a un tercero a hacer, no hacer, tolerar algo contra su voluntad (art. 142 bis CP), oferta, captación, traslado, recepción de personas con fines de explotación (art. 145 bis), agravado según lo previsto en el artículo siguiente y, por último, el delito previsto en el art. 170 CP, que comúnmente es designado “secuestro extorsivo”. En la parte final, el art. 23, concordantemente con el sistema creado, agrega que los bienes decomisados con motivo de tales delitos, y el producido de las multas que se impongan, quedarán afectados a programas de asistencia a la víctima.

Otras normas completan el panorama de la “Reparación de los perjuicios ocasionados por el Delito”, contenida en el capítulo I, del Título IV del Código Penal. El art. 29, autoriza a incluir en la condena la orden de reposición al estado anterior (inc. 1) y la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, su familia o a un tercero (inc. 2). Al respecto, la Cámara de Casación Penal ha admitido la legitimación del Ministerio Público Fiscal para formular dicha petición, en cuestiones que involucren personas en acreditadas condiciones de vulnerabilidad (CFed. Cas. Penal, sala IV, “Giménez, Iván y otro s/ recurso de casación”, causa FCT 97/2013/TO1/CFC1, resolución del 30/04/2019, referida a un caso que investigaba la explotación laboral).

La implementación del Fondo de Asistencia a las Víctimas del Delito de Trata es un claro exponente del Estado como “organizador” de la reparación integral debida, puesto que se nutre con los bienes decomisados y se conforma como un Fideicomiso de Administración con un “patrimonio de afectación” destinado a la asistencia directa a víctimas del delito de trata y explotación de personas, con el alcance que esto último tiene en la ley y su decreto reglamentario 111, del 26 de enero de 2015.

Los motivantes surgen de las obligaciones asumidas en los reseñados Tratados, pero, a la vez, podemos encontrar otras razones beneficiosas para el in-

terés público en este modo de intervención estatal. Para clarificar este punto, no debemos pasar por alto que las víctimas de la trata de personas y de explotación, inmediatamente después del rescate, padecen una extrema vulnerabilidad que conspira contra la posibilidad real de no volver a ser reclutadas y esclavizadas por las redes que las captaron al inicio. De este modo, el Estado organizador, que decomisa los bienes que son fruto y provecho del delito, anula el poder asimétrico que ostenta el victimario, lo debilita y potencia la utilidad social porque le quita sus instrumentos, herramientas, armas, impidiendo la continuidad de su accionar destructivo de la dignidad humana.

María Alejandra Mángano, María del Carmen Chena, Daniela Sodini³ afirman que “La experiencia indica que las víctimas de trata, al ser rescatadas, no están en condiciones de afrontar los avatares del proceso penal, pues tienen otras prioridades a cubrir más urgentes, no cuentan con los medios necesarios para encarar un reclamo judicial y obtener una reparación o, directamente, no se autoperceben como tales. Por esa razón es primordial procurar una reparación integral del daño ocasionado a la víctima a través de un mecanismo sencillo y no oneroso”⁴.

La reglamentación (decreto 844/2019) tiene por objeto concretar la efectividad del sistema que se viene perfeñando desde hace muchos años con la intervención de diversos actores institucionales (tales como la Comisión de Supervisión de Bienes Decomisados del Consejo Federal de Lucha contra la Trata de Personas, que también integran PROTEX y la DGRADB) y colectivos de lucha. Los ejes que regula son, en primer lugar, la creación de una Unidad Ejecutiva, encargada de elaborar un reglamento, recibir, sistematizar y llevar un registro de víctimas del caso, identificar la causa judicial, los bienes fideicomitidos, el estado de recepción y monto de su venta. Este registro es de suma relevancia, toda vez que el reconocimiento de la condición de “beneficiaria” de los fondos del fideicomiso, las víctimas del delito de trata y explotación de personas, deben estar individualizadas en la sentencia firme emitida por la autoridad ju-

³ María Alejandra Mángano, es titular de la PROTEX, María del Carmen Chena, de la Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes (DGRADB) y Daniela Sodini, ocupa el cargo de Subsecretaria Letrada en la Dirección Gral. de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes, PGN, Argentina.

⁴ Al respecto, resulta recomendable la lectura del artículo de coautoría de MÁNGANO, María Alejandra - CHENA, María del Carmen - SODINI, Daniela, “Recupero de activos para la reparación económica de las víctimas de trata y explotación de personas”, RDP 2019-7, 12/07/2019, 1313. Cita Online: AR/DOC/1679/2019.

judicial competente o en el legajo reservado correspondiente de la autoridad judicial interviniente (ver art. 2º, inc. c) de la ley 27.508 y art. 3º del decreto reglamentario 844/2019). Además, la Unidad Ejecutiva debe instruir al fiduciario para que haga efectivas las resoluciones judiciales firmes que dispongan restituciones económicas e indemnizaciones en favor de las víctimas de trata y explotación de personas; informar al Registro Nacional de Bienes Secuestrados y Decomisados de la existencia de bienes decomisados. La enajenación y el resultado de la venta funciona en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE) realiza la venta pública y la ganancia es transferida al Fondo Fiduciario para la restitución económica correspondiente a las víctimas. En los procesos cuya sentencia no se encuentre firme, y en los que la autoridad judicial autorice la venta anticipada de los bienes decomisados, se puede solicitar la transferencia del producto de la venta al Fondo (capítulo III, del decreto 844/2019). A partir del capítulo “Garantías para la asistencia directa”, entre otras pautas regladas, se precisa que “para atender a las reparaciones previstas en el artículo 6 de la ley 26.364 y sus modificatorias” (recordemos que se trata de múltiples formas de asistencia psicológica y médica, alojamiento apropiado, manutención, alimentación suficiente e higiene personal adecuada) “deben utilizarse los recursos disponibles conformados por otros ingresos provenientes de partidas presupuestarias, acuerdo de cooperación internacional, subsidios o donaciones específicamente destinados a la subcuenta a establecerse para este fin en el contrato de fideicomiso a suscribir entre las partes”. El decreto reglamenta un estándar de transparencia y publicidad al obligar a la Subsecretaría de Innovación Pública y Gobierno Abierto, dependiente de la Jefatura de Gabinete, a remitir al Consejo Federal una propuesta para la creación de una sección en su sitio web que permita realizar consultas públicas y gratuitas, y que garantice la transparencia de la administración de los fondos fideicomitados y el destino efectivo de las restituciones y reparaciones en favor de las víctimas del delito de trata y explotación (capítulo VII). Desde su puesta en marcha en octubre de 2021, los datos publicados en el sitio oficial del Ministerio Público Fiscal dan cuenta de la aplicación a casos concretos. El 26 de julio de 2022, la Unidad Ejecutiva del Fondo de Asistencia Directa a Víctimas de Trata de Personas realizó el pago de una suma de dinero en concepto de reparación económica a una joven que fue víctima del delito de trata con fines sexuales en la localidad santiagueña de La Banda, dentro del prostíbulo

“Negro el 20”. Los fondos provienen del inmueble que había servicio para la explotación sexual, que fue decomisado ante el pedido del Fiscal, de la PROTEX, de la Dirección General de Recupero de Activos y Decomiso de Bienes (DGRADB) de la Procuración General de la Nación y de la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas (DOVIC).

III. El reclamo de las personas trans y travestis

Desde hace no pocos años, el colectivo de las personas trans y travestis ha emprendido un reclamo para obtener el reconocimiento y la reparación de las violencias más extremas que han padecido por parte de fuerzas de seguridad y policiales durante la última dictadura cívico militar y los primeros años de la democracia.

En la Provincia de Buenos Aires, sólo dos personas han recibido la pensión prevista en la ley 14.042 de la provincia, que establece la reparación histórica a personas detenidas durante el período 1976-1983 por razones políticas, gremiales o estudiantiles.

Hasta el momento, a nivel nacional estas solicitudes deben tramitar -de modo individual- según el procedimiento administrativo previsto en las leyes reparatorias que reconocen un beneficio extraordinario “a toda persona que durante la vigencia del estado de sitio hubiese sido puesta a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, por decisión de éste, o que siendo civiles hubiesen sufrido detención en virtud de actos emanados de tribunales militares, hayan o no iniciado juicio por daños y perjuicios, siempre que no hubiesen percibido indemnización alguna en virtud de sentencia judicial” (ver Ley 24.043, sus modificatorias y reglamentarias). Luego de denegado el beneficio, se encuentran facultadas para acceder al control judicial suficiente mediante un recurso directo, según las leyes reparatorias existentes por las que el Estado asumió la responsabilidad por los delitos de lesa humanidad cometidos durante los gobiernos de facto.

El punto neurálgico de esta lucha parte de la base de considerar que las identidades travestis y trans fueron parte de las víctimas del plan de exterminio de la Junta Militar, escindido de la persecución política que padecieron jóvenes militantes y estudiantes universitarios, y que merecen un reconocimiento propio y autónomo del cuerpo de legalidad conformado por las leyes 24.043, 24.411, sus reglamentarias y modificatorias.

Entre los proyectos de ley que circulan en el Congreso de la Nación, se encuentra el impulsado por la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti Transsexual, inspirado en las ideas de Lohana Berkins y Marlene Wayar. La nota que lo distingue de otros es que toma como fecha de corte un momento histórico diferente del ámbito de aplicación temporal de las leyes reparatorias (que se extiende hasta el retorno de la democracia, el 10 de diciembre de 1983), puesto que considera que las reparaciones a este colectivo deben instituirse hasta la vigencia los edictos policiales que justificaban el accionar policial contra las travestis que perduró hasta el año 1995 en la Ciudad de Buenos Aires.

Conclusiones

En este recorrido que ha permitido la observación empírica de las diversas formas que viene adoptando el Estado para reconocer, ayudar y reparar a las personas dañadas, en tanto atravesadas por la construcción cultural y social del género, he advertido que, según el rol que el Estado asuma, se obtiene una clasificación en tres grandes grupos. El Estado asistencial, que debiera actuar frente a situaciones de emergencia y desamparo mediante acciones positivas, tal como refleja la renta periódica inembargable que perciben las víctimas indirectas del femicidio. El Estado organizador, mediador entre víctima y victimario, para extraer bienes de uno, debilitarlo, impedir que continúe con la actividad dañosa, generando una suerte de patrimonio afectado, un fondo solvente, cuyo destino es reparar de modo integral a la parte afectada y recobrar cierto equilibrio ocasionado por las relaciones asimétricas, opresivas y subordinantes. En este sentido, las normas de asistencia a las víctimas de trata, el recupero de activos y el fideicomiso de administración denominado “Fondo de Asistencia Directa a Víctimas de Trata - ley 26.364” son un claro exponente. Y, por último, el Estado reparador, que desde sus arcas públicas indemniza un daño cierto que le es imputable por alguna acción u omisión. Esta es la modalidad reparatoria que reclaman las personas travestis y trans por la violencia padecida por parte de fuerzas policiales, militares y de seguridad, durante la dictadura y un período democrático posterior.

Estos fenómenos del responder estatal en casos de violencia de género extrema, motivados en razones de justicia, de equidad y de solidaridad social, son

destellos que ponen en crisis una tradición de indolencia colectiva frente al sufrimiento humano que nos resulta intolerable con los parámetros culturales, sociales y legales actuales. Pues, la utilidad de reconocer la jerarquía supralegal de los Tratados de Derechos Humanos quedaría vacía si no conquistaran la escena formas concretas de proteger, resguardar y reparar de modo integral los derechos de las mujeres y de las personas del colectivo LGBTI afectados.

Principios que rigen los sumarios por violencia laboral en el ámbito del Poder Judicial

Macarena Marra Giménez*

Abstract: En este capítulo se desarrolla y evalúa la importancia de un cuidadoso tratamiento de las denuncias que se formulen por violencia laboral en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, dando cuenta que los procedimientos administrativos sancionatorios deben tramitarse, evaluarse y resolverse con una mirada especial sobre los hechos y la prueba, ante la necesidad de abordarlos con perspectiva de género.

Introducción

Las situaciones de discriminación y violencia que se desarrollan en las relaciones de trabajo no deben ser consideradas como un conflicto asilado entre determinadas personas, sino como una violación de derechos humanos en la cual la organización tiene responsabilidad.

En una entrevista radial, Claudia Caputi¹ afirmó “Las mujeres que trabajan en el sistema judicial sufren violencia”. Sin embargo, también advirtió la escasa cantidad de casos judicializados en los últimos diez años por hostigamiento laboral que sufren las mujeres en sus lugares de trabajo dentro del sector público nacional; los alcanzan muy pocos precedentes, los cuales no todos provienen de la relación de empleo público dentro del Poder Judicial de la Nación.

* Jueza del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. 12. Miembro titular de la Comisión Directiva de Red Mujeres para la Justicia. Profesora Adjunta de la Universidad Católica Argentina y de la Universidad Nacional de José C. Paz.

¹ Presidenta de la Red Mujeres para la Justicia y actual Vocal de la Sala II de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal.

Por su parte, Ana Casal² destaca los resultados de la encuesta realizada por la Colectiva de Trabajadoras Judiciales de la Provincia de Buenos Aires, de la cual surge que el 95% de las 267 trabajadoras judiciales bonaerenses encuestadas manifestaron haber experimentado violencia en el ámbito laboral.

Tales números, si bien relacionados entre distintas jurisdicciones, porque no contamos con estadísticas más precisas en el ámbito judicial nacional, evidencian las fallas del sistema, lo que resulta imperioso revertir. Es que, la falta de una respuesta institucional adecuada para hacer frente a este flagelo resulta por demás evidente ser la causa eficiente de estos datos alarmantes.

En este contexto, es necesario plantear una propuesta que se enmarque en el compromiso asumido por el Estado Argentino de erradicar la violencia en el ámbito laboral, en particular aquella dirigida contra mujeres, respecto de las cuales el sistema jurídico les alcanza una protección singular.

Cabe recordar que la ley 27.580 aprobó el Convenio OIT 190, a partir del cual se revalorizó la necesidad de contar con un clima laboral libre de violencias.

Atento la falta de reglamentación específica o de protocolos adaptados a las singularidades de estos casos en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, se propone examinar las herramientas con las que contamos para tramitar denuncias por situaciones de violencia contra la mujer por razones de género y preservar sin singularidades.

I. Marco protector. Un paracaídas convencional y legal

Cabe recordar las previsiones del art. 1º de la Convención de Belém do Pará³, el cual reza: “[...] debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. En particular, el art. 2º de la citada Convención explica los ámbitos en los cuales se produce este flagelo, y el inciso c) precisa que la definición dada incluye, también, a los actos que sean perpetrados o tolerados “[...] por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra”.

² CASAL Ana, “Decálogo por un Poder Judicial sin violencias, acosos ni discriminaciones por razón de género en las relaciones de trabajo”, en la obra colectiva *Justicia y género: la transversalización de la perspectiva de género en la función judicial*, Rosario, 2022, Editorial Red Mujeres para la Justicia, e-book Primera Edición, pags.69/sytes.

³ Ratificada por el Congreso Nacional argentino mediante la ley n° 24.632 en el mes de abril de 1996.

A su vez, en función del art. 7º, los Estados partes se han comprometido -entre otros-: * abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación (inc. a); *actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (Inc. b); *adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad (inc. d); *modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer (inc. e); *establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos (inc. f).

Ello se conecta con la definición del art. 1º de la Convención CEDAW, según la cual la discriminación contra la mujer “[...] detonará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, sociales, culturales y civil o en cualquier otra esfera”.

El art. 2º establece que la obligación general de los Estados partes consiste en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, en especial la violencia por razón de género contra la mujer. A través de la CEDAW la Argentina ha sumido, además de dicha obligación de carácter general, también la de carácter específico para esta temática de “Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación”.

La Recomendación General núm. 19 del Comité CEDAW indica que, con respecto a la violencia por razón de género contra la mujer, la obligación se compone de dos aspectos de la responsabilidad del Estado por dicha violencia, la resultante de los actos u omisiones del Estado parte o de sus agentes, por un lado, y, por otro, la de los agentes no estatales. Aclara que el Estado es responsable por sus agentes, lo cual incluye los actos u omisiones de los funcionarios de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Indicó que los Estados partes deben contar con un marco jurídico y de servicios jurídicos efectivo y accesible para hacer frente a todas las formas de violencia por razón de género contra la mujer cometidas por agentes estatales, ya sea en su territorio o extraterritorialmente. En particular, en el parágrafo 23 de la RG mencionada: “23. Los Estados partes son responsables de prevenir tales actos u omisiones de sus propios órganos y agentes mediante, entre otras, la capacitación y la adopción, aplicación y supervisión de las disposiciones jurídicas, reglamentos administrativos y códigos de conducta, y de la investigación, el enjuiciamiento y la aplicación de sanciones legales o disciplinarias adecuadas, así como de la concesión de reparación, en todos los casos de violencia por razón de género contra la mujer [...]”.

La Recomendación General nro. 35 del Comité CEDAW sobre la “Violencia por razones de género contra la Mujer”, aclaró que la discriminación contra la mujer incluye la violencia por razón de género y la conceptualizó como la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada, lo cual constituye una violación a sus derechos humanos.

En lo que aquí interesa, ha colocado en cabeza de los Estados, el deber de “[...] eliminar las prácticas institucionales y la conducta y el comportamiento de los funcionarios públicos que constituyan violencia de género contra la mujer, o que toleren dicha violencia, y que proporcionen un contexto para la falta de una respuesta o para una respuesta negligente”.

En consonancia con estas obligaciones, en cuanto al “Enjuiciamiento y castigo”, el Comité recomienda, entre otras medidas, que los Estados partes garanticen el acceso efectivo de las víctimas a los procedimientos de denuncia y que las autoridades respondan adecuadamente a todos los casos de violencia por razón de género contra la mujer, otorgando a los presuntos autores un trato justo, imparcial, oportuno y rápido.

Tales lineamientos se replican en el orden local de los arts. 4, 6 y concordantes de la Ley n° 26.485 de Protección Integral de las Mujeres.

El art. 4° define como violencia contra las mujeres a “[...] toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal”, definición que incluye las conductas perpetradas desde

el Estado o por sus agentes. Además, el inc. c) del art. 6° de la citada ley conceptualiza como violencia laboral contra las mujeres aquella “[...] que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo [...] incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral”.

A tales previsiones convencionales y legales, se agrega el deber de diligencia reforzado de los Estados⁴ para investigar hechos de violencia contra las mujeres, el cual se ha identificado a partir de tres ejes: 1) el deber general de los Estados de investigar los hechos de violencia de género con debida diligencia, en forma seria y exhaustiva; 2) el deber de dirigir dichas investigaciones de manera imparcial, libre de tendencias y con apego al principio de no discriminación; y 3) el deber de conducir las investigaciones respetando en forma adecuada los derechos de las víctimas para minimizar la victimización secundaria.

Se ha destacado que “[...] esta serie de recomendaciones del orden supranacional, expresa mucho sobre la minuciosa comprensión del modo en que los Estados deben tramitar los procedimientos subsecuentes a denuncias, y que tengan por miras la investigación de hechos antijurídicos, y su eventual sanción, si correspondiere, sobre la base de una búsqueda proactiva de la verdad. Lo cual no debe descartar otra batería de remedios compatibles con el espíritu y texto de las normas reseñadas, incluso preventivos y reparatorios, y que incluyen, entre otros posibles, la detección temprana de sucesos”⁵.

II. Principio e instituciones de derecho público argentino

Desde la temática propia de la rama *ius publicista* del derecho que abordamos en esta oportunidad, debe tenerse presente los principios que rigen la función materialmente administrativa, en el caso que se pretende abarcar situaciones de violencia contra la mujer en el ámbito del empleo público en el Poder Judicial. En primer término, es preciso tener en cuenta el principio de legitimidad que

⁴ CIDH en su jurisprudencia (v.gr., los casos “González y otras –“Campo Algodonero”– vs. México”, párrafo 283, criterio reiterado por la CIDH en otros precedentes, como “Velásquez Paiz y otro vs. Guatemala”, “Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, y “J. vs. Perú”).

⁵ Voto Dra. Claudia Caputi, Sala II CNACAF in re: “Nievas, Eduardo Saturnino c/EN-M° Seguridad-GN s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg”, sentencia del 28/05/2021 (expte. Nro. 48.047/2015).

rige el obrar estatal, el cual involucra la legalidad, conforme el cual todo el ejercicio del poder público debe realizarse acorde a la ley vigente; y el principio de razonabilidad, es decir proporcionalidad entre medios y fines.

A tales principios, cabe agregar aquéllos que rigen los procedimientos administrativos⁶, teniendo especialmente en cuenta los sumarios que puedan iniciarse a raíz de las denuncias que se formulen, tales como: impulsión e instrucción de oficio; búsqueda de verdad material; celeridad, economía, sencillez y eficacia de los actos que al efecto se dicten; informalismo o formalismo atenuado; debido proceso adjetivo⁷, y el derecho a una decisión fundada.

Tales instituciones del derecho administrativo nacional requieren ser observadas, a los fines de incorporar una mirada que contemple las vicisitudes de género y diversidades. Es que, la temática de género produce un corte transversal de todas las ciencias jurídicas, sus principios e instituciones. Dicha “transversalización” –tal como lo define Claudia Caputi– importa un concepto que procura explicar que la perspectiva o el enfoque de género “[...] se plasma en una suerte de corte transversal a las disciplinas jurídicas, que las deja remozadas, replanteadas o resignificadas”⁸ y “traduce una meta que debe ser abordada con respecto a todas las materias jurídicas”⁹.

III. Presunción. Parámetros para la actuación sumarial

En punto a la presunción de toda tramitación sumarial que se origine en una denuncia por maltrato o abuso laboral, a los fines de dar curso a las actuaciones o procedimientos, resulta interesante tener en cuenta los parámetros que surgen del “Protocolo de Actuación y Litigio del Ministerio Público Fiscal”; si bien regulado para casos de muertes violentas de mujeres, el cual dispone que desde el comienzo de una investigación, es decir, desde las primeras diligencias, se debe sostener la hipótesis de femicidio y, eventualmente, con el transcurso de la investigación, se podrá descartar dicha hipótesis, pero no a la inversa.

⁶ Conf. art. 1° de la ley 19.549, T. HUTCHINSON, *Régimen de Procedimientos Administrativos Ley 19.549: revisado y comentado*, Ed. Astrea.

⁷ El cual involucra el derecho de toda persona a ser oída, ofrecer y producir prueba, como a alegar sobre la producida y el derecho a una decisión fundada.

⁸ CAPUTI, C., “Instituciones del Derecho Administrativo al Servicio de los Derechos de las Niñas, Mujeres y Ancianas”, publicado en *Cuestiones Estructurales del Derecho Administrativo* -Jornadas organizadas por la Universidad Austral-Facultad de Derecho, Ediciones RAP, págs. 271 y sgtes.

⁹ CAPUTI, Claudia, pág. 274, op. cit.

Dicha pauta, señala el mencionado protocolo, tiene por finalidad incorporar la perspectiva de género desde el inicio de la investigación y asegurar la detección y conservación de los signos e indicios de violencia de género que puedan estar presentes. Con dicha mirada desde el inicio de la investigación, será preciso atender las circunstancias especiales de estos casos y otorgar a la mujer que denuncia la tutela singular que le confiere el ordenamiento convencional y legal, aún ante la omisión reglamentaria.

En este sentido, ha de considerarse las definiciones de los comportamientos irregulares que puedan denunciarse.

Al respecto, se ha señalado -además de las definiciones contenidas en el art. 6° de la ley de protección integral 26.485-, que “[...] las formas de violencia consisten en comportamientos hostiles, que suelen abarcar desde el acorralamiento paulatino constituido por pequeños actos descalificantes, hasta hechos de ese cariz, bien que únicos o instantáneos”¹⁰. Se ha agregado que “[...] Bajo el enfoque psicológico, de modo análogo se concibe al acoso como manifestándose en forma intencional y/o repetitiva, resultando detectable por sus consecuencias, en tanto provoca tensión, incomodidad, rechazo, desagrado y malestar en la persona a quien está dirigido”¹¹.

Asimismo, ha de tenerse como referencia la definición de violencia y acoso por motivos de género en el ámbito laboral, que prevé el “Protocolo marco para el abordaje de las violencias por motivos de género en el sector público nacional”, aprobado mediante la decisión administrativa nro. 1012/2021, cuyo art. 4° establece como violencia “[...] toda conducta, acción u omisión, que, de manera directa o indirecta, por cualquier medio, tanto en el ámbito público como en el privado -dentro de las relaciones laborales-, basada en una relación desigualdad de poder, afecte la vida, la libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así la seguridad personal y/o carrera laboral de mujeres y LGTBI+”.

¹⁰ Conf. Voto de la Dra. Claudia Caputi in re: “Nievas” citado ut supra, en el cual cita el trabajo de la Dra. Mirian Mabel Ivanega: “Mobbing: acoso y discriminación en el empleo público”, en Revista *La Ley*, editorial La Ley, Buenos Aires, Volumen 2012-C, págs. 826 a 851; asimismo, la reseña de CAPUTI, María Claudia en: “Un balance de la jurisprudencia federal en materia de empleo público en los últimos quince años”, en la obra colectiva: AA.VV., *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo: a 200 años de la Declaración de la Independencia* - En homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2017, págs. 169 a 190.

¹¹ Conf. Voto de la Dra. Claudia Caputi in re “Nievas” con sus citas, VELAZQUEZ, Susana, *Violencias cotidianas, violencia de género – Escuchar, aprender, ayudar*, Buenos Aires, 2003, Editorial Paidós, en especial Primera parte, Sección 8, donde cita una obra anterior de dicha autora, de 1995, titulada: “Violencia de género. El acoso sexual hacia las mujeres en los lugares de trabajo”.

Por ello, cuando sean denunciados dichos comportamientos deberá procederse a instruir sumario teniendo especialmente en cuenta las particularidades que se verifican en estos casos.

IV. Prevención Sumarial

Se ha destacado que los regímenes disciplinarios contemplan una etapa de reserva de las actuaciones, en la cual la persona que instruye el sumario reúne las pruebas para determinar la existencia de irregularidades.

Sobre la temática que abordamos en esta oportunidad, resulta interesante destacar el abordaje que sobre este punto prevé el citado protocolo de actuación para el sector público nacional¹², el cual establece una instancia de consulta y asesoramiento (primer escucha), luego de la cual se realiza un informe con los hechos más relevantes, la valoración de los derechos afectados, la asesoría brindada y los mecanismos de protección pertinentes, así como la sugerencia que se considere adecuada, el que será elevado a la máxima autoridad de la que dependa la persona que denuncia (con su consentimiento) a fin de evaluar la posible tramitación de actuaciones administrativas y/o investigaciones sumariales (art. 7°).

Ha de señalarse que, la única finalidad de dicha etapa es la de acreditar la veracidad de los hechos en los que se funda la denuncia y para ello deben adoptarse las diligencias que se estimen pertinentes. En esta etapa del procedimiento no hay bilateralización posible porque no existe hasta dicho momento persona sumariada¹³.

Se ha sostenido que ello apunta a “[...] brindar efectividad a uno de los fines de la investigación, cual es que el instructor pueda reunir los elementos de prueba que permitan emitir una opinión sobre los hechos y sus posibles responsables”.

Ahora bien, debe tenerse especialmente en cuenta que una vez ordenada la instrucción del sumario, la persona sobre la cual recae la denuncia debe tener acceso al expediente, formular su descargo y ofrecer las pruebas que considere útiles para su defensa, bajo pena de nulidad de las actuaciones tramitadas sin dicha intervención.

¹² Aprobado mediante la decisión administrativa nro. 1012/2021.

¹³ CNACAF, Sala II in re: “Jarque, Gabriel Darío c/EN-M Público de la Defensa y otro s/proceso de conocimiento”, sentencia del 01/04/2022 (expte. Nro. 16.241/2020).

En este aspecto, cabe tener presente respecto del acceso al expediente por parte de la persona sumariada, si bien es cierto que determinadas actuaciones pueden ser calificadas como “reservadas”, tales como dictámenes o informes, que ello debe estar calificado mediante decisión fundada¹⁴.

Por otro lado, cabe considerar que aún en el caso de agentes que tengan carácter de interinos la CSJN, con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, ha declarado la nulidad de las decisiones segregativas en los casos en los que tuvieron como fundamento no la transitoriedad de los nombramientos sino por haberse constatado faltas de servicio (tales como no mantener buen trato y cordialidad con sus pares, incumplimiento del horario laboral e inasistencias sin preaviso), cuando fueron decididas sin sumario previo¹⁵. Se destacó en dicha oportunidad que, una decisión contraria “[...] importaría convalidar decisiones administrativas que proyecten sombras sobre la reputación de los funcionarios o empleados a quienes se les imputan hechos que no han sido demostrados en legal forma, vulnerándose, por esa vía, garantías consagradas en la ley Fundamental”. Ello, por afectar la garantía de defensa en juicio, consagrada en el art. 18 de la CN, así como también convenciones internacionales de derechos humanos.

V. Herramientas procedimentales contenidas en la Ley de Protección Integral

Cabe tener presente que el Título III de la Ley de Protección Integral de la Mujeres establece una serie de disposiciones de procedimiento y procesales, para proteger y resguardar a la mujer que denuncia y que deben ser considerados al tramitar este tipo de actuaciones sumariales.

En punto a los procedimientos, fija los derechos y garantías mínimas (art. 16). Allí se enumeran: a) la gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado; b) obtener una respuesta oportuna y efectiva; c) ser oída personalmente por quien debe juzgar y por la autoridad administrativa competente; d) a que su opinión sea tenida en cuenta al momento

¹⁴ Conf. Ley nacional de procedimientos administrativos nro. 19.549, arts. 2° inc. c) y 38 del decreto reglamentario 1759/1991.

¹⁵ CSJN CAF 2580/2018/CA1-CS1 “Flores, María José c/EN-M Público de la defensa s/amparo ley 16.986” y CNT 48251/2018/1/RH1 “Fino, Daniel Alberto c/Administración Nacional de la Seguridad Social ANSES s/acción de amparo”, ambas del 9/02/2023.

de arribar a una decisión que la afecte; e) a recibir protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en el artículo 3° de la presente ley; f) a la protección de su intimidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones; g) a participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa; h) a recibir un trato humanizado, evitando la revictimización; i) la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos; j) a oponerse a la realización de inspecciones sobre su cuerpo por fuera del estricto marco de la orden judicial. En caso de consentirlas, y en los peritajes judiciales, tiene derecho a ser acompañada por alguien de su confianza y a que sean realizados por personal profesional especializado y formado con perspectiva de género; k) a contar con mecanismos eficientes para denunciar a los funcionarios por el incumplimiento de los plazos establecidos y demás irregularidades.

VI. Encuadre legal. Incumplimiento de los Reglamentos para la Justicia Nacional

Ha de considerarse que las acciones antijurídicas tendrán distintas consecuencias: penales, si los hechos encuadran en algún tipo penal; civiles, en atención a que podrán derivar en eventuales reclamos reparatorios; y, en el caso que examinamos, administrativas, disciplinarias propiamente dichas.

Sobre el punto debe tenerse en cuenta que, en la tramitación del sumario o procedimiento disciplinario deberá indicarse la normativa que se reprocha como incumplida. Es decir, la infracción que se endilga, a los fines de que la persona sobre la cual recae la denuncia ejerza válidamente su derecho de defensa.

Debe tenerse presente que, las denuncias por violencia contra una mujer en el ámbito laboral deben encuadrarse en el marco normativo respectivo, que en el plano general podrá ser el art. 8° del reglamento para la Justicia Nacional, en tanto establece que “Los magistrados, funcionarios y empleados deberán observar una conducta irreprochable”; y, lo propio respecto de los regímenes jurídicos para los magistrados, funcionarios y empleados de los Ministerios Públicos de la Defensa¹⁶ y Fiscal.

¹⁶ Régimen jurídico para Magistrados, Funcionarios y Empleados del Ministerio Público de la De-

La ley del Consejo de la Magistratura establece que la Comisión de Disciplina y Acusación propondrá al Plenario las sanciones disciplinarias a quienes ejerzan la Magistratura con carácter de titulares, subrogantes o personas jubiladas convocadas, como así también propondrá su remoción por “las faltas a la consideración y el respeto debido a otros magistrados, funcionarios y empleados judiciales”¹⁷.

Es decir, han de considerarse aquellas normas reglamentarias vigentes que hacen referencia a faltas a la consideración y el respeto debido u actos ofensivos al decoro de la función judicial y de comportamiento dentro de la oficina judicial.

Sin embargo, cabe reparar que la CSJN -al examinar el recurso Interpuesto por un juez contra la sanción de multa aplicada por el Consejo de la Magistratura¹⁸- advirtió que, por no ejercer funciones jurisdiccionales, no competía al plenario del Consejo de la Magistratura pronunciarse con relación al planteo de violencia de género efectuado en el marco de la ley 26.485, máxime cuando dicha norma regula las características del procedimiento cuyas reglas dictarán las distintas jurisdicciones, en el ámbito de sus competencias, en el caso de no adherir al régimen que establece en el Cap. II de su Título III (arts. 19 a 40, reglamentados mediante el decreto 1011/2010). Sin perjuicio de ello, considero que no resultaba arbitraria la valoración efectuada por el órgano sancionador de la voluminosa prueba producida, en atención a que la conducta incriminada denotaba una extralimitación en el modo en como ejerció sus facultades, frente a la negativa de la funcionaria afectada en dar cumplimiento a su orden.

En dicha oportunidad, el Alto Tribunal reiteró que “[...] el Plenario carece de atribuciones jurisdiccionales para calificar los hechos como subsumidos -o no- en la ley en cuestión, de igual modo que, por lo mismo, le está vedado pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas que los interesados invoquen en sus estrados”. Sin embargo, advirtió que no podía

fensa de la Nación, aprobado por Resol. N° 1628/2010.

¹⁷ Ley del Consejo de la Magistratura, art. 14 inc. 2.

¹⁸ Resolución CSJN N° 2346/2022 (expediente N° 4546/2019), en oportunidad de tratar el recurso interpuesto por el Juez de la Cámara Federal de Casación Penal, Juan Carlos Gemignani contra la resolución nro. 132/2019 del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, que le impuso la sanción disciplinaria de multa equivalente al 35% de sus haberes, por única vez con incurrir en la conducta prevista en el art. 14, ap. a) incs. 2 y 4 de la ley 24.937 (textos según ley 26.855), en razón de haber dispuesto la detención de una funcionaria de la Cámara a raíz de reparos por ella opuestos a la confección de un inventario sobre bienes muebles no identificados ordenado por magistrado.

dejar de estimarse que el art. 7° de la ley 26.845¹⁹ establece preceptos rectores respecto de la protección de la mujer que resultan vinculantes para todos los poderes estatales, sean de orden nacional, provinciales o municipales. En tal sentido, sostuvo que cabría inferir que el Consejo de la Magistratura ha entendido que la conducta desplegada por el magistrado sancionado violentó la letra de dicha norma legal.

VII. Especial cuidado a la persona que denuncia

Se ha destacado en estos casos, la importancia de atender a la persona que denuncia a través de lo que se califica como “escucha digna y respetuosa”. Sobre este tópico, se ha señalado que “[...] desde la transdisciplina se caracteriza también como activa y empática, sumada a la intervención inmediata y adecuada y que reconozca la singular carga emocional de quien denuncia, trazarán, entonces, el paradigma de actuación que dejará a las Administraciones públicas al abrigo de la tacha de ilicitud, inconstitucionalidad o inconvencionalidad”²⁰.

¹⁹ ARTICULO 7° — Preceptos rectores. Los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores: a) La eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres; b) La adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres; c) La asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia; d) La adopción del principio de transversalidad estará presente en todas las medidas así como en la ejecución de las disposiciones normativas, articulando interinstitucionalmente y coordinando recursos presupuestarios; e) El incentivo a la cooperación y participación de la sociedad civil, comprometiendo a entidades privadas y actores públicos no estatales; f) El respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, sin autorización de quien la padece; g) La garantía de la existencia y disponibilidad de recursos económicos que permitan el cumplimiento de los objetivos de la presente ley; h) Todas las acciones conducentes a efectivizar los principios y derechos reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

²⁰ Conf. Voto de Claudia Caputi in re “Nievas” citado ut supra, en el cual hace referencia a la “Guía para la prevención e intervención de situaciones de violencia contra las mujeres en las organizaciones”, publicación del ex - Instituto Nacional de las Mujeres – Dirección Nacional de Asistencia Técnica, dirigida por Heidi Canzobre, donde se explica la actitud a seguir por los servicios especializados, a los que se encomienda una escucha que asigne validación a la experiencia relatada.

Así también, lo prevé la decisión administrativa nro. 1012/2021 que sancionó el protocolo de actuación para estos casos en el ámbito del sector público nacional, el cual señala que dicha escucha favorecerá la comunicación por parte de quien consulta, así como la no revictimización, al evitarse la repetición innecesaria del relato de los hechos, como la exposición pública de la persona que denuncia y/o de sus datos personales que permitan identificarla (art. 5). Destaca, en este sentido, el principio de “confidencialidad y respeto”, el cual involucra que la persona sea escuchada en su exposición sin menoscabo de su dignidad y sin intromisión en aspectos que resulten irrelevantes para el conocimiento de los hechos.

Se ha valorado, en la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal, que, sin perjuicio de la plenitud de defensa en juicio de la persona imputada de hechos configurativos de violencia de género, los intentos por quitar credibilidad a la persona afectada, al poner en duda su equilibrio psicológico y exigir un estándar probatorio desentendido de la realidad propia de la investigación, además de evocar estereotipos de género inadmisibles bajo el esquema convencional y legal, se perciben como intentos de correr el foco de lo que constituye el objeto del sumario administrativo. Asimismo, se ha propuesto emplear en dichas tramitaciones la locución “persona en situación de violencia” o “personas afectadas por situaciones de violencia”, y no la de “víctima”, siguiendo las tendencias actuales y, entre otras, la metodología de reporte de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ²¹.

VIII. Modulaciones probatorias

Al respecto, el inciso i) del art. 16 de la Ley n° 26.485 de Protección Integral, se consagra el principio de “amplitud probatoria”, a fines de “acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”. Dicho precepto se complementa con el art. 31, el cual dispone que “regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica” y se considerarán “[...] las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos,

²¹ Conf. Voto de Claudia Caputi in re “Nievas” ya citado.

siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes”; el cual si bien está previsto como guía procesal, resulta útil también como pauta en el marco de procedimiento administrativo que aquí se expone.

La jurisprudencia ya ha destacado que uno de los mayores desafíos que presentan estas situaciones agraviantes es la dificultad probatoria. Se ha advertido que resulta importante apreciar las dificultades propias de la acreditación de estos sucesos, que, en la mayoría de las situaciones, ocurren en la intimidad y quedan cubiertos por apariencias. Es que, se apreció en este sentido: “[...] en términos generales, aquellos comportamientos no siempre serán fáciles de probar por darse en una relación de empleo y en un ámbito laboral”. En dicho contexto, señaló que debía otorgarse principal importancia a las pruebas testimoniales de las personas que trabajan en la oficina²².

En cuanto a los informes de equipos interdisciplinarios, cabe reparar que la Ley 26.485 de protección integral, si bien en materia procesal, prevé la posibilidad de requerir un informe a un equipo interdisciplinario que pueda determinar los daños físicos, psicológicos o de otro tipo sufridos por la mujer, los que en nuestro caso podrán requerirse informes a la Oficina de Medicina Laboral e incluso al Cuerpo Médico Forense, a los fines de evaluar las eventuales consecuencias en la salud de la mujer que denuncia como para determinar el perfil psicológico de la persona denunciada. Es que, ya se ha destacado la importancia de la constatación del daño psíquico en las personas afectadas por *mobbing* o acoso laboral²³.

Sobre esta cuestión, en su jurisprudencia, la C.S.J.N. ha destacado las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan las personas en situación de discriminación o violencias a la hora de acreditar las conductas lesivas; y sus lineamientos perfilan a evitar que caigan en la impunidad, mediante una apreciación de contexto, con el doble sentido de ser una facultad/deber de la autoridad administrativa o judicial que gestiona la denuncia y, también, un derecho para la persona en situación de violencia²⁴.

²² Cons. CNACAF, Sala III in re: “C. M. L. -reservada- c/Defensor del Pueblo de la Nación s/empleo público”, 03/04/2014 (expte. nro. 14.404/2009).

²³ CNACCF, Sala III in re “A.V.A. c/E.N.” sentencia del 21/6/2012 (expte-. Nro. 6.151/2007).

²⁴ CNCAF, Sala II, ampliación de fundamentos de Claudia Caputi in re “Jarque Gabriel Darío c/EN-M Público de la Defensa y otro s/proceso de conocimiento”, sentencia del 1/04/2022 (expte. Nro. 16241/2020).

IX. Facultades sancionatorias

Y, por último, desde el punto de vista de las facultades sancionatorias, debe recordarse que, las sanciones que apliquen en los sumarios administrativos a raíz de denuncias que se formulen por violencia de género en el marco del empleo público tienen carácter disciplinario y no participan de la naturaleza de las medidas represivas del Código Penal²⁵. Es que, como lo ha sostenido la CSJN, “no se trata de la jurisdicción criminal propiamente dicha, ni del poder ordinario de imponer penas”²⁶. Así, se ha sostenido de manera reiterada que no resultan aplicables a su respecto de manera indiscriminada los principios y reglas que rigen la materia penal. En estos casos, debe meritarse las particularidades del bien jurídico protegido por la norma específica, lo que se ve reafirmado por la naturaleza preventiva del derecho administrativo sancionado, a diferencia de la represiva del derecho penal²⁷.

Por su parte, cabe tener presente que, es constante la jurisprudencia federal de la CSJN en el sentido que la apreciación de la gravedad de las faltas y la graduación de las sanciones pertenece al ámbito de las facultades propias de quienes ejercen, en este caso, las facultades administrativas sancionatorias como las que examinamos, por lo que esta materia sólo es revisable en caso de ilegitimidad o arbitrariedad²⁸. Dicho principio se vincula con la doctrina seguida por la jurisprudencia federal según la cual “[...] corresponde primariamente al órgano que ejerce las facultades apreciar las circunstancias y hechos configurativos de las faltas, determinar la norma aplicable y graduar la sanción, lo que no impide, verificar en sede judicial si los hechos se encuentran probados y si configuran la causal que fundó la medida impuesta, a fin de efectuar el control correspondiente [...]”. A ello, se ha agregado en forma reiterada que “[...] Bajo tal entendimiento, las atribuciones de los Tribunales en materia de revisión de los actos administrativos dictados en ejercicio de facultades disciplinarias, quedan limitadas a controlar la legitimidad del comportamiento del órgano sancionador; el cual se mantiene cuando la autoridad de la que emanó el acto en cuestión no ha violado norma jurídica alguna, y ha procedido de manera que luce razonable y no arbitraria”²⁹.

²⁵ CSJN Fallos: 241:419, 251:343, 268:98, 275:265, 303:1776 y 305:2130.

²⁶ CSJN Fallos: 19:231, 281:211.

²⁷ CSJN Fallos: 330:1855.

²⁸ CSJN Fallos: 3030:1029, 304:1335, 306:1792, 307:1282.

²⁹ CNACAF, Sala II in re: “Nievas, Eduardo Saturnino c/EN-M° de Seguridad-GN s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, del 28/05/2021 (expte. Nro. 48.074/2015) y sus citas.

Es interesante, en este aspecto, destacar que la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal declaró la cesantía de un agente denunciado por su pareja, también agente del Poder Judicial de la Nación, por violencia doméstica³⁰. En el caso, la Cámara en pleno consideró que el empleado infringió el art. 8° del Reglamento para la Justicia Nacional, al haberse configurado una conducta lo suficiente apta para originar, en forma objetiva, una situación de desconfianza en relación al cumplimiento de sus funciones, deteriorando la ética y la certidumbre que debe existir entre el Poder Judicial y sus agentes.

En dicha oportunidad, recordó “[...] estas sanciones tienen por finalidad mantener la disciplina que el orden jerárquico institucional supone y reprimir las transgresiones a los deberes públicos hacia la Administración, en sus aspectos de diligencia, decoro, fidelidad, obediencia, respeto, moralidad entre otros [...]”. Asimismo, indicó “[...] el derecho disciplinario tiene un fundamento que no es solo asegurar el buen funcionamiento de la organización administrativa sino también su decoro. En efecto, el empleado público en general debe contar, además de la idoneidad técnica pública debe tener un valor moral. Y esa idoneidad moral debe ser puesta de manifiesto tanto en el ejercicio de sus funciones como en los hechos ajenos al servicio [...]”.

Conclusión

Ante la falta de sanción de un protocolo para abordar las denuncias por motivos de género en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, se impone que la gestión de los procedimientos administrativos sancionatorios que se originen facilite que, tales procedimientos, sean abordados con una cuidadosa tarea que respete los parámetros convencionales, legales y jurisprudenciales³¹, y que aprecie los hechos bajo una mirada de género respetuosa de los derechos de las personas involucradas.

³⁰ CNACAF Ac. Nro. 2/2015 recaída en las actuaciones sumariales agente: Luis Alberto Viera, de fecha 12/08/2015.

³¹ Conf. VENTURA MARTÍNEZ, María y GALKIN, Analía E., “El procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires analizado desde el prisma de la equidad de género”, Buenos Aires, en Revista RAP, n° 504/505, págs. 77 y ss gtes.

Como se ha señalado en la jurisprudencia³², de no cumplirse con estos deberes no sólo se vulnerarán los derechos de la mujer víctima de violencia de género, sino que el Estado estará expuesto -en estos casos- a incurrir en responsabilidad en un doble marco de responsabilidad internacional y frente a aquélla.

³² CNACAF, Sala IV, “H. V. N. c/EN-M Defensa FF. AA. y otro s/Personal Militar y Civil de las FF. AA. y de Seg.”, 7/02/2017.

Condiciones salúíferas de trabajo. Un modelo hacia el bienestar laboral

Bettina Carol Koch*

Abstract:¹ A partir de la entrada en vigencia del Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo, todos los organismos públicos y privados deben adoptar medidas para promover entornos de trabajo saludables, libres de violencia y acoso, incluida la violencia y el acoso por razón de género. Ese objetivo es posible mediante la articulación de estrategias orientadas a lograr la transformación cultural que postula el Convenio, las que presento en un modelo de trabajo accesible para quienes deseen emprender ese camino.

Introducción

En el año 2019 la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio sobre la Violencia y el Acoso, que fue ratificado por nuestro país mediante la ley 27.580. Las disposiciones del Convenio entraron en vigor el 23 de febrero de 2021, fecha en que Argentina depositó el instrumento de ratificación en la Organización Internacional del Trabajo.

* Abogada. Mediadora. Coach ontológico. Especializada en gestión de conflictos y diseño de entornos de trabajo saludables. Funcionaria en el Consejo de la Magistratura. Docente y tallerista.

¹ Respecto al título del artículo, me permito tomar como metáfora esa palabra que acuñó el Dr. Augusto Morello que caracteriza las inmensas posibilidades que para la protección del derecho a la salud le cabe a la técnica amparista, nominándolo el amparo salúífero. Citar MORELLO Augusto M. (2007) "El amparo, Escudero del Derecho a la Salud", publicado en *El Derecho a la Salud*. Biblioteca de la Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II-Obras-Número 31, La Ley, Buenos Aires.

Dicha norma y la Recomendación 206 del mismo organismo -que la complementa-, implica un cambio de paradigma en la conceptualización de la violencia y acoso en el mundo del trabajo y en su abordaje, que abarca acciones para la prevención, apoyo, servicios, vías de recurso y de reparación del daño a las víctimas que las padecen.

De acuerdo a sus disposiciones, diversas medidas y acciones que se proponen deberían ser incorporadas por sus miembros a través de la legislación interna. Sin embargo, hay varias acciones que se pueden emprender para prevenir ese tipo de hechos y que no requieren de una nueva legislación ni de profesionales que faciliten su implementación, más allá de su clara conveniencia.

El abordaje de las situaciones conflictivas requiere, necesariamente, de la intervención de una persona mediadora con formación en resolución de conflictos². Pero, si las problemáticas se abordan desde una faz positiva, es decir, no desde los conflictos en sí sino desde lo que se desea alcanzar y sobre la base de las coincidencias, valores compartidos y fortalezas de las personas y del equipo, el mismo grupo puede gestionar un proceso de construcción colectiva y lograr cambios positivos en su interacción.

Bajo esas premisas, presentaré un modelo de abordaje de la violencia y acoso laboral con perspectiva de género desde la faz preventiva, que comprende acciones planificadas y articuladas estratégicamente para que pueda ser implementado en los equipos de trabajo sin la intervención y guía de un/a coach.

Si bien el modelo es aplicable en cualquier tipo de institución, las acciones y actividades que se plantean están enfocadas para quienes trabajan en los poderes judiciales de Argentina, pues hay algunas características que son propias de la cultura laboral que en ese ámbito impera, que se sostiene en factores vinculados con la organización, estructura, jerarquía vertical y comunicación interna; con los modelos de liderazgo; con los vínculos, valores, creencias, prejuicios y estereotipos que aún predominan; con el sistema de reconocimien-

² Cada vez más son las organizaciones que ofrecen espacios de abordaje pacífico y restaurativo de los conflictos que se suscitan en el ámbito laboral. Una de las pioneras fue la Dirección de Resolución de Conflictos de la S.C.B.A. (Ac. 3131/04 y Ac. 3536/11). El Consejo de la Magistratura de la Nación creó una oficina de resolución de conflictos internos mediante la Res. CM 246/17, que aún no se puso en funcionamiento. Una de las más recientes corresponde al Ministerio Público de la Defensa de la Nación, que, a través del Programa de Resolución Alternativa de Conflictos, la persona denunciante de un hecho de discriminación por género en el ámbito laboral puede elegir acceder a un proceso restaurativo a cargo de una persona mediadora. Ver Res. DGN Número: RDGN-2019-801-E-MPD-DGN#MPD, disponible en [<https://www.mpd.gov.ar/pdf/RESO80119.pdf>].

tos, recompensas y ascensos; y con el régimen sancionatorio del personal, funcionarios y magistrados, entre otros.

Las disfuncionalidades en alguno de esos factores y la ausencia de abordaje adecuado y oportuno son caldo de cultivo para la generación de ambientes de trabajo insalubres.

Enfocarnos en la cultura de nuestro espacio laboral para su transformación demandará inversión de tiempo y de energía emocional que vale la pena emprender, pues, más allá del mandato legal de promover una política interna de tolerancia cero a la violencia y al acoso, el bienestar individual y colectivo logrado a partir de nuevas interacciones abrirá un abanico de posibilidades y objetivos de mejora que deseen alcanzar.

Ahora la/o invito a conectarse con su presente laboral. El lugar donde se desempeña, las personas con las que trabaja y con las que interactúa; quiénes están y no están en su red de conversaciones, el tiempo que dedica y temas frecuentes con los que sí conversa; los vínculos e interacciones que se dan en el equipo de trabajo; las quejas recurrentes, los conflictos que se han suscitado y cómo han impactado en el clima laboral.

Iniciar la lectura de los capítulos siguientes desde esa conexión le otorgará un valor adicional y sentido a los conceptos y procesos que se describen.

Sea cual sea su presente personal y laboral, el modelo de abordaje que presentaré es una estrategia de intervención enfocada en la prevención de la violencia y acoso en el mundo del trabajo que se enmarca en las disposiciones de los arts. 2, 3, 4, 5, 6, 8 y 10 del Convenio 190 de la O.I.T.

Auguro que culminen estas páginas no solo con un cambio de perspectiva respecto de lo que está a su alcance emprender, sino con la decisión de transitar un nuevo camino para la generación de las condiciones salutarías de trabajo a los que alude metafóricamente el título de la obra³, sumando a esa travesía a las personas de su espacio laboral.

³ Op. 1.

Conceptualizaciones básicas necesarias

Definición de violencia y acoso en el Convenio 190 de la O.I.T.

Previo a emprender cualquier tipo de iniciativa en materia de violencia y acoso en el mundo del trabajo, es necesario conocer la definición internacional que presentó el Convenio 190 de la O.I.T.

Junto con la Recomendación 206, que es la norma que lo complementa, ofrece un abordaje integral que abarca acciones de prevención y de intervención eficaces que, en su conjunto, implican un cambio de paradigma.

Para que se configure el acoso laboral y se activen dispositivos de intervención ya no es necesaria la intención de provocar un daño ni la reiteración sistemática o habitualidad de conductas hostiles contra una persona o grupo de personas, como lo prevé la legislación nacional y diversos convenios colectivos de trabajo⁴. Un hecho aislado o la amenaza de producirse un hecho que cause o sea pasible de causar un daño da lugar a instaurar acciones orientadas a su prevención y erradicación.

El mencionado Convenio, define a la violencia y acoso como un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar un daño físico, psicológico, sexual o económico. La expresión “violencia” y “el acoso por razón de género” designan a los actos que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.

Postula, además, la necesidad de abordar las causas subyacentes y los factores de riesgo, como los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género, entre otras recomendaciones, y el deber de promover un entorno general de tolerancia cero frente a la violencia y el acoso.

Bajo los estándares fijados en esa norma, cada grupo de trabajo tiene el desafío de encaminar su política interna para promover entornos de trabajo libres de violencia y acoso.

⁴ Ver art. 6 inc “c” de la ley 26.485 y art. 2 de la resolución MTEySS N° 5/2007.

Muchos organismos públicos han presentado protocolos de prevención y actuación contra la violencia y el acoso, que son herramientas valiosas para prevenir y/o actuar ante ese tipo de hechos u omisiones⁵, pero la transformación cultural que propone el Convenio 190 de la O.I.T. sólo se logrará cuando el bienestar laboral y la política de tolerancia cero a la violencia y acoso sea resultado de los vínculos e interacciones que los miembros de esa organización sean capaces de construir.

Nociones sobre cultura, comunicación y conflictos

La cultura es el patrón general de conducta, creencias y valores que los miembros de una organización comparten. Implica la adquisición y transmisión de conocimientos, creencias y patrones de conducta en el transcurso del tiempo, y se la puede inferir de lo que las personas dicen, hacen y piensan en el contexto de la organización.

La cultura establece reglas tácitas de comportamiento y determina lo que está permitido y lo que no. Frases y comentarios como “quiso ese cargo, que se lo banque”, “llora como una nena”, “que pague el derecho de piso”, “está loca porque le vino”, “algo habrá hecho”, “son mujeres” son creencias que aún imperan en determinados ámbitos y denotan sesgos individualistas, discriminatorios y de género.

Una organización es una red de conversaciones que se dan en un conjunto de elementos formales e informales que se construyen a partir de la interacción.

Solemos creer que por el hecho de hablar nos comunicamos, pero la comunicación no es un fenómeno unidireccional -del que habla al que escucha-, sino que es un proceso interaccional complejo donde intervienen aspectos conscientes e inconscientes.

⁵ El *Decálogo por un Poder Judicial sin Violencias, Acosos ni Discriminaciones por razón de Género en las Relaciones de Trabajo*. 1a ed.- Rosario: Red Mujeres para la Justicia, 2022 consultado en [<https://redmujeresjusticia.org.ar/wp-content/uploads/2022/03/Deca%CC%81logo-por-un-Poder-Judicial-sin-violencias-acosos-ni-discriminacio%CC%81n-2.pdf>], presenta lineamientos para elaborar y mejorar protocolos de prevención y actuación en casos de violencia y acoso con perspectiva de género, con herramientas novedosas como las figuras del testigo proactivo y orientador confidencial.

Siguiendo a Paul Watzlawick⁶, hay una imposibilidad de no comunicar, es decir, toda conducta es comunicación, aun cuando no emitimos palabras. Actividad o inactividad, palabras o silencio, tienen siempre valor de mensaje e influyen sobre los demás y sobre la relación.

En toda comunicación hay un aspecto de contenido, que son los datos o información que se transmite, y un aspecto relacional que influye en el contenido. La relación pasa a ser un elemento meta comunicativo, pues el mensaje transmitido va a ser interpretado por el oyente en función de la relación que tenga con el emisor.

También hay una interacción comunicativa bidireccional en la que la conducta del emisor y del receptor se afecta mutuamente. Si bien se da en todas las conversaciones, en las discusiones se aprecia claramente: ambas partes responsabilizan su accionar por la actuación del otro, y solo hay un intercambio monótono de mensajes que cierran la posibilidad de cambio o de resolución del conflicto. Por ejemplo: “No te invito porque no participas nunca” y “no participo porque nunca me tenés en cuenta”. Ese proceso se repite en forma sucesiva y se genera una escalada de la discusión.

Nuestra comunicación se realiza mediante un lenguaje digital (lo que decimos y escribimos) y un lenguaje analógico o corporal que comprende toda la comunicación que no es verbal, como la postura corporal, gestos, rictus, ritmo y cadencia de la voz, y es la más apta para definir la relación entre los comunicantes. Así, las mismas palabras tendrán un sentido e impacto diferente de acuerdo a la relación que haya entre los comunicantes.

El rol, estatus o jerarquía entre los comunicantes también influyen en la comunicación. Pueden darse interacciones simétricas, si entre las personas hay igualdad de estatus, jerarquía o poder, o complementarias, cuando al menos una de las personas asume o adquiere jerarquía, rango, poder o alguna característica que lo haga percibir como superior sobre el otro, y mantienen interacciones diferentes que se complementan.

Muchos conflictos nacen a partir de interacciones simétricas que se dan entre pares, por ejemplo, entre magistrados de tribunales colegiados, entre funcionarios de un mismo juzgado o entre empleados, en los que las personas tienden a igualar su conducta recíprocamente e interactúan compitiendo. Ello, provoca una escalada en las discusiones y un riesgo en la relación.

⁶ WATZLAWICK, Paul, BEABIN BAVELAS Janet y JACKSON Don D. *Teoría de la Comunicación Humana*. Editorial Biblioteca de Psicología Textos Universitarios. Barcelona. p. 49.

Para preservar las relaciones y el buen clima laboral las relaciones simétricas y complementarias deben estar en equilibrio, es decir, deben alternarse. El conflicto es inherente a la naturaleza humana y, en consecuencia, está presente en todas las organizaciones, pero que sea propio de la interacción humana no implica que naturalicemos su presencia cuando los comportamientos se encuadran en los términos del Convenio 190 de la O.I.T., desarrollados precedentemente.

Las disputas no solo impactan en los contendientes, sino en todo el equipo de trabajo: se quiebra la confianza, la información circula tergiversada como “radio pasillo”, se divide el grupo entre los que están a favor o en contra de determinada persona y los conflictos se retroalimentan.

Por tal razón, el abordaje de la violencia y acoso debe ser integral, enfocado en el todo y en las partes, pues cada una de las personas que integran ese espacio laboral promueve, fomenta o perpetúa, con su hacer o no hacer, ese tipo de hechos.

El Modelo D.A.R.

Fijado el objetivo de lograr y/o sostener en el tiempo el bienestar laboral bajo los estándares de la O.I.T., iniciaremos un plan de acción en el que los equipos de trabajo auto gestionarán las actividades a partir de consignas a realizarse en etapas.

La herramienta que por excelencia será el vehículo de implementación del modelo es el diálogo constructivo, por lo que he denominado al modelo de trabajo con las siglas D.A.R., que significan “dialogar y apreciar para reconstruir”.

Para avanzar con pasos más firmes, recomiendo al lector repasar y profundizar los conceptos vertidos sobre la complejidad de la comunicación desarrollados con anterioridad.

No obstante ello, las siguientes recomendaciones les serán de gran utilidad para lograr que las reuniones y diálogos sean ordenados y productivos.

Diseño de la agenda de trabajo: Es importante fijar días y horarios que sean accesibles para todas las personas. Un buen momento es al inicio de la jornada o a la mitad, pues habrá tiempo suficiente para la reunión y para llevar a cabo algunas de las tareas que no admitan demora. No es recomendable iniciarla al

final, pues el cansancio, el hambre y las actividades personales posteriores a la jornada afectarán la predisposición y concentración necesarias.

Cumplir con el horario asignado es un aprendizaje. Las conversaciones suelen irse por las ramas y terminan siendo tediosas. Si el tiempo asignado resulta escaso, pueden prever una franja horaria mayor para la próxima reunión. La flexibilidad es la regla, aunque es aconsejable que las reuniones tengan una duración mínima de 40 minutos y una máxima de dos horas.

Asignar unos minutos iniciales de la reunión para distender, generar contexto de confianza y compartir información personal o profesional que pueda ser útil compartir. Por ejemplo, si alguien tiene un examen luego de la jornada, o si durmió poco porque cuidó a un familiar enfermo, si comparte esa información evitará una interpretación equivocada si la persona mira el reloj con frecuencia, o si suena una alarma o bostezo a cada rato.

Si fuera necesario hacer algunas reuniones fuera del horario laboral, deberá asegurarse la participación de todas las personas.

Fijar el temario de la reunión: Prever los temas antes de la reunión y establecer un orden de acuerdo a su prioridad. Si algún participante quiere incluir otro tema, si no es urgente lo propondrá al grupo una vez que se hayan tratado los temas fijados, siempre que haya tiempo suficiente. Puede plantearlo en la oportunidad de efectuar el cierre de la conversación para ser conversado en la reunión siguiente.

Si es un tema que considera urgente lo podrá plantear al grupo y se reprogramarán los otros temas, si fuera necesario.

Designación de una persona que modere y otra que tome notas. Es muy útil que haya una persona que modere la reunión para ordenar el diálogo y promover la participación de todas las personas. También es importante que haya al menos alguien que tome nota de las ideas centrales que vayan surgiendo, de modo de poder profundizar sobre ellas y analizar acciones posibles en futuras reuniones.

Compromisos y presentación de proyectos. Para que no haya diferentes expectativas o interpretaciones acerca de los compromisos que irán asumiendo, deben formularse por escrito con el detalle de qué se va a hacer: para qué, con qué propósito; quiénes lo harán; cómo lo van a hacer y con qué recursos; cuándo lo harán y dónde, si fuera pertinente. Si el objetivo planteado requiriera pasos previos, como conseguir recursos, autorizaciones, capacitaciones, etc., deberán estar planificados por etapas, con objetivos a corto, mediano y largo plazo.

Plan de acción

El modelo D.A.R. comprende el trabajo en tres etapas.

La primera tiene por fin conectar a las personas con lo que necesitan, desean y sueñan mediante un proceso de entrevistas apreciativas⁷, para que sobre esa base definan objetivos y diseñen los caminos para alcanzar el futuro deseado colectivamente.

La segunda etapa tiene por objetivo plasmar en un acuerdo de convivencia los compromisos que hayan asumido a partir de la identificación de necesidades y sueños colectivos que emergieron en la etapa anterior.

La tercera etapa comprende la diagramación de una rutina comunicacional enfocada en la reflexión colectiva sobre el quehacer institucional, la preservación del buen clima laboral y las relaciones.

Invitación y convocatoria

La forma en que se realizará la convocatoria para iniciar este nuevo camino es clave. Según lo que se exprese y cómo se exprese puede motivar o disuadir. Sumar voluntades genuinas, o lograr una participación formal.

Es útil volcar las ideas en un texto tentativo, para ordenarlas e ir a lo central. Cada uno le dará su impronta, pero la idea no es efectuar un discurso formal sino una invitación a conectarse, repensar y construir, entre todos, una dinámica de trabajo que les permita sentirse plenos y orgullosos de pertenecer a ese equipo de trabajo.

Es importante informar que el camino que se propone iniciar se enmarca en las disposiciones del Convenio 190 y Recomendación 206 de la O.I.T., cuya lectura será realizada por todos antes del inicio de las actividades, preferentemente en días previos.

Anticipar si las reuniones se realizarán dentro de la jornada laboral o no, y que en caso de ser realizadas fuera del horario laboral se consensuarán los días y horarios para que todas las personas puedan participar sin afectar otros compromisos.

⁷ La dinámica de trabajo de esta etapa es una adaptación de la metodología de indagación apreciativa que presentaron David Cooperrider y Miriam Subirana en el libro *Indagación Apreciativa. Un enfoque innovador para la transformación personal y de las organizaciones*. Ed. Kairos. Algunas de las intervenciones planteadas están inspiradas en propuestas presentadas por esos autores.

Es apropiado que la convocatoria a la primera reunión sea expresada a todos en un mismo acto y en forma personal, para evitar que circule información filtrada por la interpretación que puedan hacer quienes reciban primero la invitación a participar.

La convocatoria a iniciar ese nuevo camino conlleva un mensaje implícito de apertura e interés hacia el aporte que cada uno puede hacer para la construcción colectiva del bienestar de todos. Pero esa lectura puede no ser uniforme en el equipo de trabajo, por lo que es sustancial ponerle palabras y confirmar estas mediante los hechos.

Primera Etapa. Conexión

Actividad 1: Definición positiva de los temas a trabajar.

Usualmente definimos los problemas que nos afectan desde lo que no queremos: “no quiero un mal clima laboral” o “no quiero quejas constantes”. Ambas definiciones no describen lo que sí queremos y necesitamos. No tener problemas de clima no implica que las personas estén trabajando a gusto, la ausencia de quejas tampoco garantiza que haya satisfacción.

Si reformulo lo expresado en forma positiva, por ejemplo “quiero que mi oficina sea el mejor lugar para trabajar y crecer”, marca un norte, y es un punto de partida para pensar acciones para lograr ese estado ideal.

La siguiente actividad les permitirá reformular positivamente los hechos que no quieren que sucedan en su ámbito laboral, para poder trabajarlos en las fases siguientes.

Consignas:

1) Pensar en grupo situaciones, hechos o conductas que no quieren que se den en su espacio laboral, sea porque las consideran violentas, o porque son pasibles de generar violencia o simplemente porque los puede afectar anímicamente. Pueden ser situaciones reales o hipotéticas, que se den allí o no.

Para facilitar la emergencia de temas, piensen en aquellos factores que conforman la cultura interna: la organización, estructura, jerarquía vertical y comunicación interna; con los modelos de liderazgo; con los vínculos, valores, creencias, prejuicios y estereotipos que predominan; el sistema de reconocimientos, recompensas y ascensos; y el régimen sancionatorio del personal, funcionarios y magistrados.

2) A medida que van surgiendo, anotarlas en un pizarrón u hoja de trabajo grupal tipo listado, en primera persona de plural, por ejemplo, “no queremos chistes sexistas”.

3) Dividirse en mini grupos para reformular esas declaraciones en positivo. Pasarlas en limpio para tenerlas a la vista en la consigna siguiente.

Algunos ejemplos: “Mejorar la comunicación y promover la confianza”; “Fortalecer nuestros vínculos”, “Construir significado compartido”, etc.

Actividad 2. Entrevistas apreciativas⁸

En esta etapa trabajarán sobre los temas que definieron en la actividad anterior en distintas instancias o fases.

Trabajarán en parejas, guiados por consignas y preguntas orientadoras que están previstas para cada fase.

Cada pareja auto gestiona su trabajo, recoge la información y decide qué compartir o no con el resto del grupo.

Cada pareja trabajará sobre un solo tema. Puede ser por elección o sorteo. Si hubieran surgido pocos temas, serán abordados por distintas parejas.

Se sugiere una jornada de trabajo para cada fase.

Fase 1. Descubrir.

En esta oportunidad, mantendrán conversaciones por parejas que se centrarán en descubrir los momentos cumbres a nivel personal y los de la organización; identificar los factores que los posibilitaron (por ej. el liderazgo, las relaciones internas, la tecnología, los valores, etc.);

⁸ op.sit. 6.

identificar lo que da vida a la organización, sentido al equipo y motivación a la persona, y compartir vivencias, ideas y aspiraciones, descubriendo todos los logros (desde los mínimos y pequeños hasta los más grandes) identificando los momentos más dinámicos y eficaces de la organización. Todo ello a partir de las siguientes preguntas orientadoras.

Tópico a trabajar: *Apreciar lo mejor “de lo que es”.*

Entrevista: Mi mejor momento

Recuerda un momento en el que te sentiste más vital y apasionada/o por tu trabajo, en el que te sentías orgullosa/o de formar parte de la organización y comprometida/o. Un momento cumbre en relación con el tema establecido con anterioridad:

¿Cómo te sentías?

¿Qué lo convirtió en una experiencia cumbre?

¿Qué hiciste, dijiste y pensaste que creó la diferencia?

¿Qué hacían los demás a tu alrededor? ¿Quién estaba involucrada/o?

¿Qué fortaleza personal y organizacional estaba de manifiesto?

¿Qué es lo que te daba el poder interior para tener impacto en lo que estabas haciendo?

Entrevista: Nuestras fortalezas esenciales.

Compartan alguna historia de éxito acerca del equipo que forman parte. Recuerden algún momento en el que sintieran que el equipo trabajó alineado y con eficiencia.

¿Cuáles son los factores que dan fuerza al equipo al que pertenecemos?

Cuando como equipo hemos estado en nuestros mejores momentos, ¿cuáles han sido nuestras fortalezas más destacables, aquellas cosas que deberíamos conservar y ampliar mientras avanzamos hacia los desafíos del futuro?

¿Qué aspectos deberíamos conservar en nuestros métodos de gestión del trabajo y/o de dirección, aspectos que ayudan a que nuestra organización funcione con efectividad y mayor eficiencia?

¿Cuáles son los aspectos que debemos conservar de nuestra cultura y nuestra gente?

Puesta en común. Síntesis.

Las parejas contarán las historias de puntos cumbre y destacarán los valores y factores personales y relacionales que contribuyeron a que se dieran. De las historias debe emerger la esencia de lo vivido y la identificación de los factores esenciales que dan fuerza al equipo.

Realizar una síntesis grupal de los valores compartidos, las fortalezas que deben conservar y las que deben ampliar.

Fase 2. Soñar.

En esta fase se afirman los valores y se crea o se recrea una declaración de objetivos a partir del estado futuro deseado.

Tópico a trabajar: *Lograr una visión compartida de la organización.*

Consigna: Hagamos un viaje imaginario. Nos subimos en una máquina del tiempo que nos lleva al futuro. Han transcurrido tres años y ocurrieron muchos cambios positivos e innovadores en nuestro trabajo. Estás ilusionada/o, motivada/o con lo que ves y te sentís orgullosa/o de lo que en equipo han logrado.

1. ¿Qué cambios positivos aprecias?
2. ¿Cómo te ves y cómo te sentís?
3. ¿Qué estás haciendo y qué está ocurriendo de diferente?
4. ¿Cuál es la actitud de las personas?
5. ¿Qué innovación ves que te motiva?
6. ¿Qué mejoras ves en la organización?
8. ¿Qué es lo que haces para que cambien las cosas con respecto al pasado?
9. ¿Qué cosas valiosas han conservado para sostener estos cambios?

Puesta en común en grupo y síntesis: Culminada la entrevista, compartirán en el equipo la experiencia y lo que visualizaron. Re-

flexionarán sobre eso y plasmarán por escrito lo central que imaginaron.

Actividad creativa grupal.

En grupo plasmarán en una cartulina las ideas que surgieron. Cada participante escribirá, con su letra, algo que ansía para el futuro, pero redactado en tiempo presente, como si estuviera ya ocurriendo. Por ejemplo, si me surge el deseo de estar motivada/o, de disfrutar el trabajo, etc., podría poner “Amo lo que hago”.

Deben usar el humor, poner o hacer dibujos, utilizar metáforas, frases, parte de alguna canción, poema, inventar un anagrama, etc. No hay límites para la creatividad e imaginación. Finalmente, le pondrán un título con el que se sientan identificados.

Fase 3. Crear.

En esta fase vamos a bajar los sueños al nivel de la realidad y confrontarlos, como una provocación, con las condiciones actuales y recursos que disponemos o que está a nuestro alcance obtener. Se trata de diseñar la organización soñada y definir cómo debemos actuar para acercarnos a ella.

Modalidad: grupal, con técnica de tormenta de ideas.

Tópico a trabajar: *Suponiendo que cualquier cosa que imaginemos es posible en relación con nuestra área de oportunidad, ¿cómo podríamos...?*

Pautas: no juzgar ni censurar ninguna idea; no descartar ninguna; apoyar ideas aunque parezcan imposibles o “locas”; construir sobre las ideas de los demás; centrarse en el tema; mantener una conversación a la vez por tema; y buscar cantidad de ideas.

Elementos: el material trabajado en las fases anteriores. Una persona que modere, dos que tomen notas y dos que pasen en limpio las síntesis.

Consignas:

1. Tomando como base los temas que surgieron en las etapas anteriores, pensar en acciones que permitan acercarse al estado deseado. Se buscará el máximo número de ideas para cada tema.
2. Luego de la tormenta de ideas, leerán las que surgieron y reflexionarán sobre las que consideran más adecuadas para acercarlos al estado deseado. Es un momento de innovación para comenzar el diseño de objetivos a corto plazo, de planes tácticos y funcionales para lograr el futuro deseado.
3. El siguiente paso es formular propuestas posibles respecto de los temas e ideas que surgieron, y plasmarlas por escrito. Por ejemplo, si uno de los temas fue la necesidad de mejorar la comunicación interna, la redacción de la propuesta podría ser: *“Comunicación: establecemos mecanismos de regularidad en la comunicación formal creando claridad y transparencia”*.

Segunda etapa. Elaboración del Acuerdo de Convivencia

Esta etapa tiene por fin reforzar y reformular, en su caso, los compromisos que surgieron en la actividad anterior en conexión con el aspecto relacional.

Los temas ejes de trabajo y sobre los cuales formularán o reformularán compromisos serán, al menos, los que surgieron en las instancias anteriores de trabajo.

La selección de temas prioritarios debe estar en línea con la manda legal de tolerancia cero frente a la violencia y el acoso del Convenio 190 de la OIT.

Actividad: Listado de prioridades.

Previo a redactar los términos del Acuerdo, deberán realizar un listado de las acciones y un orden de prioridad.

Si todas tienen similar prioridad, se centrarán primero en aquellas que quieren o pueden poner en acción en los próximos días, semanas o meses.

He aquí algunas preguntas orientadoras que facilitarán la planificación. Las respuestas deben verse reflejadas en la redacción de los compromisos del Acuerdo.

Otorguen un nombre corto a cada una de las propuestas.

¿Cuáles son los beneficios internos de ponerlas en práctica?

¿Cómo mejorarían nuestras relaciones y el trabajo en equipo?

¿Qué pasos se necesitan para ejecutarlas?

¿Qué aprendizajes deberíamos adquirir para facilitar el éxito de esas propuestas?

¿Dónde podemos aprender lo que tenemos que hacer/mejorar?

¿Cómo continuamos creciendo/mejorando como equipo de trabajo?

¿Cuáles son los compromisos que individualmente debemos hacer en relación con esas propuestas?

Redacción del Acuerdo:

Se conformará un mini grupo (no más de tres personas) para iniciar la redacción de un boceto, que luego será enriquecido con el aporte de todos, o será completado con algo que se omitió.

Es conveniente que fijen encuentros a futuro para revisar la efectividad del acuerdo, estableciendo reuniones periódicas -al menos una por mes durante los primeros seis meses-, salvo que surjan situaciones que ameriten reunirse más seguido.

Finalizada la redacción conjunta, lo imprimirán y firmarán. La firma es un acto simbólico, tanto de autoría como de compromiso con lo plasmado.

Cada uno tendrá un ejemplar, de modo de tenerlo siempre a mano para cotejar su correspondencia con los hechos.

Las pautas que se sugieren a continuación les resultarán de utilidad para identificar las oportunidades de mejora.

Tercera etapa

A partir del trabajo realizado en las etapas anteriores han iniciado una rutina comunicacional que fue guiada con actividades y consignas de trabajo.

Han podido descubrir que el grupo tiene valores compartidos; que

hay una energía particular que los caracteriza y los hace únicos; que son creativos y que hay margen para la innovación.

De aquí en más, el equipo será responsable de auto gestionarse para buscar nuevos desafíos y mantener la rutina comunicacional constructiva, que debe girar sobre tres ejes centrales: preservar las relaciones, generar/mantener un ambiente saludable de trabajo y generar objetivos de mejora en forma permanente.

Para ello, es necesaria una auto evaluación individual acerca de cómo están respecto de sus necesidades y anhelos. Qué distancia hay entre el presente en relación con el pasado, es decir, los logros alcanzados, y cuán lejos o cerca sienten que están en relación con el futuro deseado, con los objetivos planteados.

Luego de haber realizado las preguntas, cuyas respuestas serán privadas, compartirán lo que deseen con el resto del equipo, especialmente aquellos aspectos que entiendan que pueden sumar al crecimiento, madurez y fortalecimiento de las relaciones. Si prefieren no hacerlo, no pasa nada. Posiblemente puedan aportar su mirada desde otro lugar o en otro momento en que no se sientan expuestos.

1) Actividad: Autodiagnóstico individual.

Realizar el autodiagnóstico en forma individual. Las respuestas son privadas y solo se compartirán con el resto del grupo si así se lo desea, y en la medida de lo que se quiera.

Preguntas:

Teniendo en cuenta el camino personal que transitó desde el inicio de las reuniones apreciativas (etapa primera) a hoy, las necesidades que tenía, las emociones que predominaban, sus expectativas y deseos, y todo lo que sucedió a partir de allí hasta hoy. De todos los logros, ¿qué le gustaría conservar? ¿Qué le gustaría potenciar?

De todo lo que aún está pendiente, ¿qué le gustaría que no suceda más? ¿Qué le gustaría transformar? ¿Qué le gustaría generar? ¿Cómo podría hacerlo? ¿Qué recursos necesita?

2) Actividad: *Autodiagnóstico grupal*

Elegir un moderador y dos personas que tomen nota de los temas que vayan surgiendo.

Preguntas: Teniendo en cuenta el camino que han iniciado desde el inicio de las reuniones apreciativas (etapa primera) a hoy, los descubrimientos que realizaron en torno a los valores que comparten, las necesidades grupales que surgieron y cómo soñaron juntos la organización ideal. De todo eso que lograron y alcanzaron, ¿qué desean conservar? ¿Qué quieren potenciar?

De lo que está pendiente de lograr, ¿qué desean evitar o eliminar? ¿Qué les gustaría que fuera diferente?

De cada respuesta, tanto de lo que lograron como de lo que está pendiente, piensen qué recursos necesitan; qué necesitan hacer para conseguirlos; y planifiquen en una línea de tiempo qué, para qué, cómo, cuándo, dónde realizarán lo que hayan pensado.

La etapa tercera no culmina nunca. Es la meta y el camino a la vez para la generación de nuevas e infinitas posibilidades.

Consideraciones finales

Culmino estas páginas con la enorme gratificación que representa para mí aportar una luz al camino de quienes ansían trabajar en ambientes saludables, libres de violencia.

La luz permitirá ver los diferentes recorridos que hay y las fortalezas que tienen para lograrlo, sin la intervención directa y acompañamiento de un profesional coach o mediador/a.

El nombre con que he bautizado al modelo que diseñé -las siglas D.A.R.- resume su esencia: dialogar y apreciar para reconstruir. La elección de las siglas permite incorporar otro concepto que es clave para construir, que es el dar. El recibir ya depende de la acción del otro sobre el que no tengo control. Pero mi forma de dar, a través del modelo D.A.R., puede generar las condiciones necesarias para el recibir.

Será cuestión de probar, de equivocarse y de repensar las estrategias, buscando nuevas perspectivas desde dónde mirar, sin perder de vista el norte elegido.

Los recursos y las herramientas para trabajar en ambientes saludables están a nuestro alcance. Sólo tenemos que tener una real convicción de cambio para trabajar en el objetivo de lograr un entorno laboral saludable.

MIRADAS, RELATOS Y PROPUESTAS EN MATERIA PENAL

Elementos indispensables para defender, acusar y juzgar a mujeres en contexto de vulnerabilidad en causas de narcotráfico

Laura Liliana Martín*

Abstract: La vulnerabilidad de mujeres y personas trans criminalizadas en contextos de narcocriminalidad, es un factor de necesario estudio y aplicación a la hora de defenderlas, acusarlas y juzgarlas. Con el trabajo se pondrán a disposición del lector herramientas con basamento constitucional, para que sentencias y procesos penales apliquen perspectiva de género, y se abordarán los cambios legislativos necesarios para eliminar sesgos de género.

I. Mujeres, cuestiones género y la narcocriminalidad

La enorme mayoría de las mujeres que son judicializadas en el ámbito penal por causas de narcotráfico, son:

- Mujeres de grupos étnicos o raciales, o extranjeras con o sin radicación en el país;
- Mujeres provenientes de estructuras sociales de bajísimos recursos económicos; que viven en barrios marginales con necesidades básicas insatisfechas;
- Mujeres del colectivo LGBTIQ+ de bajos recursos económicos;
- Mujeres amas de casa o con trabajos esporádicos conocidos como “changas”, sin acceso al sistema laboral regular, con ingresos asistenciales mínimos y más de un hijo menor de edad.

* Abogada, Universidad Nacional del Nordeste, 1996. Especialista en Derecho Procesal, Universidad Nacional del Nordeste, 2001. Ex profesora Universitaria, Universidad de la Cuenca del Plata, Sede Paso de los Libres, Defensora Pública Oficial.

Entre ese enorme universo, la mayoría de ellas fueron niñas que padecieron violencia infantil, carecieron de vivienda digna, de alimentación adecuada, no accedieron a completar la educación obligatoria, poseen adicciones de larga data o provienen de familias con conflictos con la ley; y que, cuando ya son adultas, permanecen en tales condiciones, a las que se suman la violencia de género, violencia psicológica o económica a las que las someten sus parejas o familiares, y en gran número son madres de hijos menores.

Resulta, entonces, que las cárceles o lugares de detención como Escuadrones o Comisarias de Fuerzas Federales, están repletas de mujeres en esas condiciones; si no permanecen encarceladas, quedan sometidas a largos procesos penales con arrestos domiciliarios o pulseras electrónicas o restricciones menores a la libertad, que les impide trabajar en blanco o buscar la forma de mejorar sus vidas, o de atender correctamente a sus hijos, porque siempre ronda el fantasma de la condena a pena privativa de libertad, en sendas condenas que terminan padeciendo.

El panorama es fácilmente comprobable, pero poco visibilizado a nivel macro.

Pareciera que es mejor no ver, no hablar, no ocuparse de razonar sobre el tema, porque ellas padecen en silencio, sufren en silencio y son revictimizadas, una y otra vez.

La problemática social que describo es triste y no mejora, al contrario, las mujeres siguen siendo criminalizadas, los hijos separados de ellas, el “peso de ley” cae sobre sus vidas.

A la hora de encontrarnos, por ejemplo, con el ejercicio de su Defensa técnica, si bien podemos tener y hacer valer herramientas procesales para demostrar los grados de vulnerabilidad, es recurrente el freno que proviene de algunos operadores judiciales, que no logran comprender esas realidades para mirar el asunto desde la perspectiva de género y resolver en consecuencia, lo que ayudaría a mitigar el daño.

También es cierto que, vemos en otros casos un progresivo avance en dictámenes fiscales o sentencias de Tribunales inferiores o de Casación¹, en los que

¹ Recientemente publicado por la Cámara Federal de Casación Penal: “El género en las decisiones judiciales de la Cámara Federal de Casación Penal”, Selección de Jurisprudencia (2023), Secretaría de Jurisprudencia, Dirección de Informática Jurídica, Agosto 2024, en Boletín Género 2024.pdf (pensamientopenal.com.ar) www.pensamientopenal.com.ar/system/files/Boletín%20Género%202024.pdf.

se aplican al caso concreto las garantías constitucionales que conducen a solucionar los conflictos penales que involucran derechos de mujeres de alta vulnerabilidad, con perspectiva de género; y sin dejar de mencionar el trabajo que lleva adelante la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación².

Para poder comprender la problemática integralmente, no podemos desconocer que el narcotráfico se nutre de la utilización, captación y explotación de mujeres altamente vulnerables para lograr sus cometidos. Las victimizan y las colocan en riesgo de vida o de peligros inminentes, haciéndoles ingerir cápsulas con cocaína, o las envuelven en cinturones para transportar marihuana u otras sustancias estupefacientes en viajes dentro del país o hacia países vecinos, con promesas de pagos de sumas que para ellas son impensadas; y que, si son detenidas, se quedan sin el dinero y sin la libertad.

Desde el inicio, podemos darnos cuenta que solamente una situación de verdadera desesperación puede hacer tomar una decisión tan drástica y arriesgada a una persona que podría perder más de lo poco que tiene, y sabemos que tiene casi nada, únicamente para tener algo de dinero que, por sus propias condiciones, no puede obtener. Y no es justificar las acciones, es reflexionar sobre lo que sucede y entender que todo tiene un por qué.

Las mujeres y personas trans que aceptan transportar drogas, de por sí, tienen su capacidad viciada. Los vicios en la voluntad pueden ser de variado origen, pero mínimamente se relacionan con:

- Amenazas a las que son sometidas para cumplir el cometido, de sus parejas o de quienes las captan para el viaje, generalmente personas conocidas o allegados o familiares.
- Violencia doméstica a la que son sometidas y que se extiende muchas veces a sus hijos/as menores de edad, que las impulsa a salir a buscar oportunidades para escapar del entorno.

² Según el último informe correspondiente al tercer trimestre de 2024, de la OVD dependiente de la CSJN, fueron atendidas 4.430 personas, el 71% del sexo femenino, con un promedio de edad en 29 años; de las personas mayores afectadas el 50% no completó el nivel secundario; el 71% de las personas denunciadas son hombres de edad promedio 39 años, de las cuales el 33% afectados por consumo problemático de alcohol, el 31% consumidores problemáticos de sustancias psicoactivas y el 8% poseían armas. En parte del informe se establece que: “[...] La violencia psicológica estuvo presente en el 97% de las evaluaciones de riesgo de las personas afectadas, la física en el 44%, la simbólica en el 4%, la ambiental en el 30%, la de tipo económica y patrimonial en el 26%, la social en el 9% y la sexual en el 6%. Entre aquellas personas víctimas de violencia sexual, 9 de cada 10 son de sexo femenino y 4 de cada 10 son niñas, niños y adolescentes. Se registró la modalidad digital de violencia en el 2% de los casos (total: 62). En el 80% las personas denunciadas eran las parejas o ex-parejas de las afectadas [...]”. En <https://ovd.gov.ar/ovd/estadisticas/detalle>.

- Necesidad urgente de solventar la atención adecuada de sus hijos menores, como alimento y vivienda, que con las ayudas asistenciales que pueden recibir no le alcanzan para nada.
- Enfermedades graves propias o de sus hijos, que requieren dinero para ser adecuadamente atendidas.
- Falta de recursos propios para vivir dignamente, y falta absoluta de posibilidades de acceso a mejores condiciones de vida, que es aprovechado por quienes las someten a engaños o promesas de éxito asegurado, rápido y con dinero en efectivo que de otra manera no tendrían.

La realidad económica del país, sin dudas, genera y potencia esas circunstancias, y esos datos tampoco se pueden pasar por alto. De hecho, la alta inflación, el encarecimiento de la canasta básica y otros productos necesarios mínimamente para vivir, generan situaciones de desesperación y agobio frente a la demanda de sus hijos o las propias que no llegan a ser satisfechas.

Sin perjuicio de las diferencias típicas, estas situaciones podrían ser comparables al hurto calamitoso, sin embargo, por tratarse de narcotráfico se tiende a minimizar las verdaderas razones que las llevan por ese camino.

Por ello, es necesario entender la problemática en su conjunto, para poder defenderlas, acusarlas y juzgarlas adecuadamente, de modo tal que el sistema judicial se nutra de datos objetivos y comprobables, en cada caso particular, con cada petición que se formule a favor de una mujer criminalizada en ese contexto de vulnerabilidad; también en las acusaciones, que deben eliminar sesgos de género para favorecer sentencias con perspectiva de género.

Ese camino es muy necesario arraigar para que siempre existan sentencias más justas, y que sobre todo no las revictimicen. No es una tarea sencilla porque los estereotipos y cánones preestablecidos están muy arraigados en la institución justicia, sin embargo, el ejercicio de ir eliminándolos generará necesariamente un modelo más equitativo, sin discriminaciones y con el cumplimiento efectivo del plexo constitucional.

II. Herramientas para evaluar las condiciones de las mujeres criminalizadas en contexto de narcotráfico

Como ya lo dije, se vislumbra un cambio jurisprudencial positivo en cuanto a las “cuestiones de género” en sentencias penales, con aplicación concreta de nor-

mas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; lo que sin dudas significa un enorme avance más cercano a las directrices sobre la temática, como las que hace muchos años establece la Convención de Belem do Pará, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer con rango constitucional, la Ley 26.485, entre otras.

Lógicamente y sumado al amplio catálogo de derechos que se reconocen a las mujeres, la posibilidad de acceso a la justicia y la protección judicial efectiva completan el marco en el que se deben atender las problemáticas en el proceso penal que las tenga como imputadas.

En 2015, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ³ emitió la Recomendación general número 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia ⁴ y, de su vasto articulado, se pueden extraer una enorme cantidad de material de comprensión respecto del tema⁵.

Entonces, debemos resaltar que, por ejemplo, los arts. 1.1 y 24 CADH; 2., 3 y 26 del PICDyP, son las garantías que las protegen cuando son llevadas a proceso penal como imputadas, por aplicación del art. 8.2 CADH, o el inciso 1 del mismo artículo cuando su presencia en el proceso sea como víctima.

En ese marco y con la debida diligencia reforzada, es que no podemos hablar de un proceso penal de investigación de narco criminalidad con perspectiva de género si, al menos, no nos hacemos ciertas preguntas cuyas respuestas deben ser probadas, de cualquier mujer o mujer trans involucrada en causas de narco-tráfico.

Y, a modo de ejemplo, podemos citar algunas:

- ¿La mujer se encuentra en un estado de vulnerabilidad extrema?
- ¿Ese estado de vulnerabilidad extrema debe ceder ante el bien “salud pública” que protege la ley 23.737?
- ¿Tuvo posibilidades diferentes a las elegidas considerando el contexto de extrema vulnerabilidad en el que vive?
- ¿Se le podría exigir otro comportamiento en ese estado?
- ¿Es madre de hijos menores y es su único sostén?
- ¿Su pareja la somete a violencia económica, psicológica o física?

³ CEDAW, órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

⁴ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Distr. general 3 de agosto de 2015. CEDAW/C/GC/33 en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf.

⁵ En el capítulo II de la citada Recomendación 33 se establecen las “Cuestiones generales y recomendaciones sobre el acceso de la mujer a la justicia”.

- ¿Ha denunciado situaciones de violencia?, y, en su caso, ¿fueron atendidas sus demandas?
- ¿Depende exclusivamente del abusador para vivir y solventar necesidades propias y/o de sus hijos?
- ¿Vive en una familia en conflicto con la ley penal?, ¿hay integrantes de esa familia relacionados con el narcotráfico?, ¿hay integrantes privados de su libertad por ese tipo de delitos?
- ¿Tiene vivienda digna?, ¿solventa adecuadamente las necesidades básicas propias y/o de sus hijos?
- ¿Tiene alguna enfermedad que le impide trabajar?
- ¿Alguno/s de su/s hijo/s es/son enfermo/s?, ¿qué enfermedad padece/n?, ¿puede costear adecuadamente el/los tratamiento/s?, ¿tiene hijo/s adicto/s a sustancias?
- Si es una niña o una adolescente, ¿sus progenitores viven?, ¿cohabita con ellos?, ¿asiste a la escuela?, ¿sus necesidades básicas son satisfechas?
- ¿Pueden aplicarse al caso pautas de inimputabilidad, eximentes de responsabilidad o excusas absolutorias?
- ¿La mujer es adicta?, ¿depende de alguien para acceder a la sustancia?
- ¿Fue obligada a transportar la sustancia?, ¿por quién?, ¿cómo se le obligó?, ¿fue drogada, amenazada, engañada?
- ¿Alguien le retuvo su documento de identidad o su pasaporte antes del viaje?
- ¿Existen conversaciones en su celular que demuestren que estaba siendo amenazada o compelida a actuar como lo hizo?

Como el trabajo es una breve reseña de un tema sumamente complejo y extenso, lógicamente, esa lista de preguntas puede ampliarse, modificarse, porque también es compleja la forma de operar en el narcotráfico; hay modalidades que aparecen y otras que dejan de usarse, como, por ejemplo, apareció hace un tiempo la modalidad de uso de un documento de identidad de una mujer para enviar encomiendas con sustancias estupefacientes, obtenido mediante engaño o falsas promesas por personas cercanas y bajo promesa de pago de altas sumas de dinero.

En casos como éstos, la mujer ni siquiera se anima a abrir la encomienda si le es entregada para su despacho, o de preguntar qué se remitirá en la caja, porque son amenazadas o engañadas con excusas como que se trata de celulares,

perfumes importados o cualquier objeto de alto costo, pero nunca se les dice la verdad; en los casos en que no tienen contacto con la encomienda y solo facilitan el documento de identidad para su despacho o para aparecer como destinatarias, se la engaña con artilugios y mentiras que la convencen de que no se trata de nada ilegal.

Como podemos ver, lo importante es que siempre la mujer sea el centro de atención en el análisis; porque se puede comenzar una investigación direccionando hacia la posibilidad de que, en realidad, sea víctima inclusive del delito de trata con fines de tráfico de estupefacientes, lo cual favorecería enormemente la realización de justicia en casos concretos, y se puede lograr darle la ayuda a tiempo y no revictimizarla.

La voluntad y la razón en contextos de vulnerabilidad extrema siempre están viciadas, a poco indagar con informes psicológicos o psiquiátricos adecuados, aparecen los síntomas de victimización. Se debe trabajar con absoluta responsabilidad para desentrañar esos síntomas que seguramente podrán ser el motivo de sus acciones y, así, se pueden fundar con mayor justicia las decisiones de sobreseerlas o absolverlas.

Tanto CEDAW como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en reiterados informes y recomendaciones, evalúan los parámetros que acabo de enumerar y los consideran elementos concretos de vulneración de derechos de mujeres; que sin dudas pueden incrementar la nómina, dada la enorme diversidad de vulnerabilidades posibles⁶ ligada a la diversificación de operaciones de la delincuencia organizada en narcotráfico y sus derivaciones o nexos, como los delitos de trata.

Los mencionados instrumentos son de consulta indispensable para los operadores judiciales, porque fijan lineamientos y orientaciones para que los Estados parte puedan legislar, fijar políticas criminales o medidas que tiendan a la verdadera garantía de los derechos de mujeres y niñas que pueden ser víctimas de la criminalidad organizada y que se convierten, cuando son captadas, en sujetos de imputación penal.

⁶ CIDH “Medidas para reducir la prisión preventiva” en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf; CIDH “Informe Anual” 2017 en www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/indice.asp; CEDAW “Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19” en www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-recommendation-no-35-gender-based-violence.

III. La teoría del delito puede cambiar para erradicar los sesgos de género

Como pudimos ver, existen numerosas circunstancias que involucran a mujeres de extrema vulnerabilidad en la narcocriminalidad y que condicionan su voluntad en los hechos criminales que se les imputan cuando son judicializadas por ser halladas con drogas o formando parte de una organización destinada a la comercialización o distribución de narcóticos.

Es habitual que las parejas las usen para diversas operaciones, que pueden ir desde el narcomenudeo hasta el tráfico internacional de sustancias prohibidas; en esos casos, la mayoría de las mujeres refieren no tener otra opción que obedecer las órdenes, porque no solo puede estar en riesgo su propio sustento y el de sus hijos, sino que sus vidas dependen del abusador.

También, son habituales los relatos de mujeres desesperadas por carencias que las agobian y que repercuten directamente en sus hijos que acceden a realizar ventas al por menor, distribuciones o tráfico internacional de sustancias prohibidas para poder cubrirlas o satisfacerlas de manera inmediata.

En todos los casos la psiquis es un elemento fundamental que debe ser evaluada, porque nos puede conducir a inexistencia de voluntad o vicios graves, que lógicamente influyen en la prueba del dolo.

En la teoría del delito la construcción del reproche penal necesariamente debe pasar dicho filtro, porque, si no se puede probar el dolo, no puede existir reproche. Tengamos en cuenta que, también Ley 23.737⁷ contiene un catálogo de delitos dolosos, que van desde la tenencia para consumo hasta la participación en el crimen organizado.

Al momento de analizar los tipos penales, sabido es que, al llegar al dolo no podemos desconocer que se integra de dos elementos: el intelectual, es decir, la conciencia por parte del sujeto de los elementos que configuran el delito, y otro volitivo, es decir, el sujeto conociendo los elementos del tipo penal, decide ejecutar la acción típica.

Necesariamente ambos elementos deben probarse para el reproche penal.

Retomando lo dicho en los anteriores acápites, no es muy difícil darse cuenta que, en los casos de las mujeres implicadas en delitos como venta, distribución interna o tráfico internacional de estupefacientes (y que, además, son altamente vulnerables porque en el examen de preguntas la mayoría quedaría

⁷ Régimen penal de estupefacientes.

atrapada en al menos más de una de las situaciones analizadas en el apartado 2), sea por vicios que afecten el elemento intelectual o vicios que afecten el volitivo, resultaría imposible completar el escalón del dolo en la teoría del delito.

Lo que sucede es que la ley penal no incluye estas circunstancias como exculpantes o atenuantes y se debe recurrir a algunos de los institutos penales fijados, por ejemplo, en el artículo 34 del Código Penal, para poder demostrar vicios intelectuales y/o volitivos o ambos, como por ejemplo el estado de necesidad exculpante, legítima defensa, o figuras como los errores exculpantes, entre otros.

Porque si observamos, por ejemplo, el art. 45 del Código Penal, la participación criminal podría no ser imputada a una mujer que actuara como sujeto indispensable para la acción, si mediara una causa de justificación basada en la extrema vulnerabilidad por género y demás condiciones personales.

Lógicamente, si analizamos en conjunto las situaciones descriptas de alta vulnerabilidad, condiciones personales y psíquicas de la mujer imputada, contexto social y económico en el que desarrolló su infancia, adolescencia y transita su adultez, podemos en cada circunstancia encontrar elementos comunes con los institutos exculpantes o atenuantes, pero no vamos a hallar en la ley penal una teoría específica que estudie y regule dichas causales con perspectiva de género y con arreglo a los Instrumentos constitucionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El derecho penal, sin adaptaciones o reformas con perspectiva de género, queda muy atrás de los cambios sociales que presentan las nuevas formas de delincuencia individual u organizada relacionadas con el narcotráfico y delitos conexos que involucran a mujeres, y que, en innumerables casos, se relacionan también con otras figuras como la trata de personas⁸.

⁸ En *Violencia contra las mujeres por razones de género: propuestas de reformas legales* / Mariángeles Ahumada Aguirre... [et al.]. - 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Defensoría General de la Nación, 2020. Libro digital, PDF, los autores sostienen que: "[...] 2. Modificaciones a las eximentes previstas en el art. 34 CP a. Introducción. Aunque se registran importantes avances en lo que se refiere a la lucha contra la discriminación, al observar el funcionamiento de las eximentes previstas por el derecho penal se advierte que las mujeres se encuentran en una posición mucho más desventajosa que los hombres [...] En particular, se observa la subutilización de algunas de las eximentes generales previstas por la ley penal cuando son invocadas por las mujeres y personas de la diversidad sexual. Por esos motivos, se considera de vital importancia la incorporación de la perspectiva de género en la regulación normativa de las eximentes generales previstas en el Código Penal. A pesar de que el derecho penal ha pretendido ser un espacio neutral, lo cierto es que aún perviven categorías y prácticas discriminatorias originadas en la existencia de patrones sociales y culturales androcéntricos. No obstante, el examen de las leyes y las políticas para asegurar los principios de igualdad y

Al igual que lo que sucede con la falta de regulación penal más completa y moderna sobre delitos cibernéticos que evolucionan a velocidad de cometa en relación con la política criminal, es necesario que el legislador reedite la versión del Código Penal actual, con base constitucional, y atendiendo al contexto de vulnerabilidad que aqueja a millones de mujeres e integrantes del colectivo LGBTIQ+ en el país y en países vecinos; que por ello terminan siendo judicializadas, detenidas, condenadas, revictimizadas y sin posibilidades ciertas o concretas de ponderación amplia de sus realidades, carencias, necesidades y “elecciones” de vida.

Si se lograra un cambio en la ley penal con una modificación del Código Penal en algunas eximentes o en algunos tipos penales específicos, podríamos afirmar que Argentina ha superado los sesgos de género⁹.

En el ámbito del Ministerio Público de la Defensa de la Nación existe un compendio de libros que son de fácil acceso en la página de la Institución, publicados por excelsos autores, en los que se proponen modificaciones para mejorar la legislación penal en tal sentido y completar la teoría del delito con perspectiva de género. Invito a su lectura para mayor comprensión del tema en desarrollo¹⁰.

no discriminación es un deber estatal derivado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, un análisis que debe evaluar su posible efecto discriminatorio, aun cuando su formulación o redacción parezca neutral o se apliquen sin distinciones textuales. De acuerdo con esta lectura, el principio de no discriminación precisa que el significado social y la legalidad de una práctica o norma supuestamente neutral sean consideradas en términos de su impacto respecto del grupo, aun cuando parezcan neutrales en su formulación o se trate de medidas de alcance general y no diferenciado. De este modo, se privilegia el efecto o resultado discriminatorio, por sobre la intención declarada de discriminar. En base a estas consideraciones, se puede afirmar que la interpretación androcéntrica o sexista del art. 34 CPN, que con alta frecuencia excluye de su alcance las vivencias y necesidades específicas de las mujeres y personas LGBTIQ+ (como, por ejemplo, los casos de mujeres o personas LGBTIQ+ que repelieron violencia de género, o cometieron ilícitos por indicación de una persona que ejerce una relación abusiva), constituye una práctica discriminatoria por motivos de género, que vulnera el acceso a una tutela judicial efectiva y que debe ser corregida. Por otra parte, cuando una persona invoca que actuó bajo un contexto de violencia de género, se ponen en juego no solo el derecho de defensa y a un juicio justo (que exige considerar seriamente las experiencias de quienes se ven inmersas en esos entornos coactivo); sino también el deber de actuar con la debida diligencia para investigar la violencia de género informada. Ese deber se activa definitivamente ante el conocimiento que toman las autoridades estatales de esa situación [...]”.

⁹ Definidos como: “[...] las actitudes, creencias, prejuicios o estereotipos basados en género que pueden influir en las decisiones y acciones de las personas de manera consciente o inconsciente. Estos aspectos pueden tener un impacto significativo en la forma en que las personas son tratadas en la sociedad y en diversas áreas vitales, incluyendo el ámbito laboral, la educación, la salud y la vida cotidiana. Abordar los sesgos de género es importante para promover un mundo más equitativo, ya que este tipo de sesgos pueden tener efectos negativos en la igualdad de género, la equidad y la justicia en la sociedad [...]” en Psicología-Online www.psicologia-online.com/que-son-los-sesgos-de-genero-tipos-ejemplos-7108.html.

¹⁰ En www.mpd.gov.ar.

IV. Conclusiones

Todas las mujeres tenemos derecho a que el Estado nos asegure una vida libre de violencias y a tener posibilidad cierta de acceso a la justicia para el ejercicio de la defensa en casos de imputación de delitos o como víctimas.

Las nuevas formas de criminalidad organizada, sumadas a las estadísticas sobre violencias a las que son sometidas, sobre todo, las mujeres con bajo nivel cultural, sin acceso a condiciones de vida digna, con hijos a cargo, con parejas o entorno relacionados con delitos o con el consumo problemático de alcohol o drogas, y varios otros factores negativos que se desarrollaron en este trabajo, coloca a tales mujeres en mayor estado de vulnerabilidad y mayor probabilidad de criminalización de ciertas conductas que pueden cometer y que derivan en encarcelamiento o privaciones de libertad que las alejan aun más de lograr salir del círculo vicioso en el que se desarrollan sus existencias.

Existen normas de rango constitucional que el Estado argentino debe cumplir; y existe, también, un trabajo permanente de interpretación de tales normas por parte de los órganos internacionales de Derechos Humanos, que se plasman en informes o recomendaciones para que los Estados parte adecúen sus legislaciones internas para eliminar los sesgos de género.

Sin embargo, en el caso de Argentina, hoy por hoy el Código Penal y otras normas penales como la propia ley 23737 no contienen reformas en las que se incluya la perspectiva de género.

Ante tal carencia normativa para poder defender, acusar o juzgar a mujeres en causas relacionadas con el narcotráfico, sólo se puede recurrir a algunas normas que, en el análisis integral de los hechos, se prueban los elementos intelectuales o volitivos viciados y se los subsume a la/las normas que más se acercan a lo que debería ser la debida diligencia de protección con perspectiva género basadas en la extrema vulnerabilidad. En otras palabras, hay mucho análisis que hacer, pero no hay normas directas que exculpen en determinadas circunstancias.

Esas normas eximentes o atenuantes de responsabilidad penal han generado cierta corriente jurisprudencial, como vimos en el compendio de la Cámara Federal de Casación Penal, pero resultan insuficientes porque muchas otras situaciones no están previstas en las tipologías penales para exculpar.

Coincido con la postura de la necesidad de modificar el art. 34 del CP, sobre todo los incisos 2 y 6, porque en el texto actual quedan excluidas las problemá-

ticas de mujeres y personas LGBTIQ+ que actuaron defendiéndose en situaciones de violencia de género en las que eran víctimas, o bien porque fueron compelidas a cometer delitos de manera forzada por alguna persona que las sometía a una relación de tipo abusiva.

En las causas de narcotráfico es común advertir, desde las primeras entrevistas, que ciertas mujeres en ciertas condiciones viven y cuentan con historias personales de alta vulnerabilidad. Por lo cual, es indispensable que esas circunstancias sean señaladas en las primeras oportunidades por parte de su defensa, para que ya queden identificadas cuestiones de género; lo que, además, genera en los encargados de la investigación judicial la obligación de encausar y remover esos sesgos, ya que el Estado Nacional está obligado a investigar con debida diligencia y debida diligencia reforzada los casos de violencia de género.

Las realidades pueden cambiar pero, en el compromiso con la justicia, debemos profundizar y mejorar la calidad de las investigaciones, para aprender a detectar cuestiones de género ni bien el sistema estatal comienza la persecución penal contra una mujer a la que se la relaciona con el narcotráfico¹¹.

Desde el momento en que una autoridad toma conocimiento de una situación de violencia contra la mujer, la obligación de aplicar la debida diligencia es inmediata. Este punto es de enorme importancia para defender, acusar y juzgar con perspectiva de género¹².

No puedo finalizar sin hacer mención a las violencias padecidas por las personas travestis y trans, grupo estigmatizado si los hay, y particularmente en aquellas personas con necesidades insatisfechas, con imposibilidad de integración social, con carencia de recursos económicos o culturales suficientes, que se ven envueltas en vidas difíciles y sufridas, y que son criminalizadas mayor-

¹¹ En el libro *Legítima defensa y géneros. Una cartografía de la jurisprudencia argentina*, las autoras advierten que: “[...] El relevamiento que realizamos permitió identificar 17 sentencias en las que se debatía si la persona imputada había actuado amparada por la legítima defensa y los jueces resolvieron el planteo de modo favorable. La jurisprudencia en cuestión fue emitida entre los años 2005 y 2020 y, desde el punto de vista geográfico, comprende casos de las provincias de Chubut, Santa Fe, Jujuy, Mendoza, Buenos Aires, Tucumán, Santiago del Estero, San Luis, Catamarca y Río Negro [...]”. Di Corleto Julieta et al, Defensoría General de la Nación 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2024. Libro digital, PDF.

¹² En 2022, la PROCUNAR, Procuraduría de Narcocriminalidad del Ministerio Público Fiscal de la Nación, ha realizado un interesante trabajo titulado “Narcocriminalidad y perspectiva de género. La perspectiva de género y enfoque interseccional en la persecución penal de la narcocriminalidad”, en https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2022/06/Procunar-informe_Narcocriminalidad-y-genero.pdf, en el que se aborda, desde la acusación, la forma de investigar en causas de narcotráfico en las que se advierten y se prueban cuestiones de género, que dieron lugar a fallos de interesante contenido, basados en dictámenes de fiscales federales.

mente por delitos de la ley N° 23.737 por los tipos de tenencia simple de estupefacientes o tenencia con fines de comercialización. Se reportan infinidad de denuncias o reclamos por el trato que les dan las fuerzas policiales al detenerlas y ser sometidas a vejámenes, tratos crueles o denigrantes, lo que también constituye violencia de género.

Y si comienza una causa judicial, se debe aplicar la visión de perspectiva de género con debida diligencia reforzada, por tratarse de personas de alta vulnerabilidad, al momento de defenderlas, acusarlas y juzgarlas con garantía de acceso a la justicia y el ejercicio pleno de sus derechos. La Corte Interamericana ya se expidió en un caso de violencia a personas trans por parte de fuerzas policiales¹³, por lo tanto, todos los parámetros y lineamientos de vulnerabilidades que se han analizado les son aplicables, y debemos hacerlas operativas en cada actuación que las tenga como imputadas o víctimas. La tarea es ardua, hay conciencias que despertar y muchos prejuicios o estereotipos persisten, pero debemos insistir, desde cada lugar o función, en la realización plena de justicia, por lo cual es obligatorio que la debida diligencia sea reforzada en casos de narcocriminalidad relacionadas con mujeres y/o personas tras¹⁴.

¹³ En "*Legítima defensa y géneros. Una cartografía de la jurisprudencia argentina*" se menciona la causa Azul Rojas Marín y Otras v. Perú de Marzo de 2020 en la cual: "[...] la Corte Interamericana se expidió, por primera vez, sobre un caso que damnificaba a una persona trans y declaró la responsabilidad internacional del Estado por la vulneración de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal y a la vida privada, a las garantías judiciales y protección judicial, y a no ser sometida a tortura. Así, en Azul Rojas Marín y Otras v. Perú el tribunal resolvió, entre otras cosas, que el deber de respetar los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana concernía a todos los agentes que actuaran en nombre del Estado. De ese modo, la detención arbitraria o la tortura de una persona, cualquiera fuera su condición, resultaba siempre contraria al Derecho Internacional y, en particular, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Asimismo, reconoció que las personas del colectivo LGBTTIQ+ fueron "históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales". En esa dirección, agregó que la orientación sexual, la identidad o la expresión de género de las personas eran categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, señaló que la violencia ejercida por razones de discriminación buscaba impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades de las víctimas; y que muchas veces esa violencia podía dar lugar a crímenes de odio [...]" Ob. Cit, p 19.

¹⁴ Como expresa Daniela M. Domeniconi "[...] La expresión debida diligencia comenzó a ser utilizada para indicar el deber de los Estados, surgido de la CADH, de investigar las violaciones de derechos humanos de modo efectivo ("Carpio Nicolley otros", 2004, párr. 129). La Corte IDH afirmó, de modo contundente, la existencia de un deber del Estado "de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación" ("Velásquez Rodríguez", 1998, párr. 174) [...] el deber de debida diligencia frente a violaciones de derechos humanos protegidos por la CADH implique una investigación seria para procurar la verdad, dirigida a obtener un resultado sancionatorio y una reparación [...] en el ámbito específico de la violencia de género, la Corte IDH estableció que cuando se

dá un contexto de violencia, subordinación y discriminación histórica contra las mujeres, los compromisos internacionales “imponen al Estado una responsabilidad reforzada” (“González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, 2009, párr. 283) [...] De allí comienza a hablarse del concepto de debida diligencia reforzada en materia de violencia contra las mujeres. En el caso “Campo Algodonero”, la Corte IDH sostuvo que: Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres [...] deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer [...] los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia [...] los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará (Corte IDH, 2009, párr. 258) [...]” en el artículo “La debida diligencia reforzada como estándar de acceso a la justicia en casos de violencia de género” de la *Revista Argumentos* (ISSN: 2525-0469) Núm. 16 2023, pp. 66-87 Sección: Dossier Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez [En Línea] <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>.

Perspectiva de género y control convencional a propósito de casos de mujeres imputadas por contrabando y transporte de estupefacientes

Débora Evelia Lastau*

Abstract: El presente trabajo tiene como fin acercarnos, a partir del abordaje de fallos en los que se ha juzgado a mujeres que han sido criminalizadas en relación a delitos de transporte y contrabando de estupefacientes, a diferentes soluciones aplicando una dogmática penal con perspectiva de género.

I. Perspectiva de género y control convencional

El número de mujeres encarceladas debido a estos delitos es cada vez mayor, si se tiene en cuenta “la implementación de políticas económicas y de reformas estructurales que transformaron las condiciones generales de la organización social del trabajo; y con notables cambios en los patrones de consumo de sustancias estupefacientes”, y éstas circunstancias se han materializado en la jurisprudencia en interpretaciones y adecuaciones dogmáticas a las particularísimas circunstancias de los casos proyectados.

Entonces, retomando la idea acerca de que la mayoría de las mujeres encarceladas en Argentina, en la órbita del Servicio Penitenciario de la Nación, se encuentran privadas de la libertad por delitos vinculados con el narcotráfico, es que se analizarán fallos en los que se ha juzgado a las involucradas teniendo en

* Abogada especialista en derecho penal por la UBA, y de la Universidad Torcuato Di Tella, Máster en Justicia Penal en Iberoamérica, Universidad de Salamanca (España). Máster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bolonia (Italia). Posgrado en Ejecución Penal por la Universitat de Barcelona, Maestranda en Derecho Penal en Universidad Austral (pendiente entrega y defensa de tesis). Actualmente se desempeña en el cargo efectivo de Prosecretaria de Cámara de la vocalía 12 de la Cámara Federal de Casación Penal.

cuenta, para ello, la perspectiva de género convencionalmente imperativa. Además, no sólo esta perspectiva de juzgamiento se impone por el hecho de ser mujeres las imputadas, no es el género solamente lo que las distingue, es el compromiso internacional y la lucha contra la narco-criminalidad la que ha generado “una guerra contra las mujeres, en especial, contra las mujeres pobres y extranjeras, y esto constituye un factor determinante en la situación penitenciaria femenina en nuestro país y en gran parte de los países del mundo”². No resulta menor señalar, además, que en la mayoría de los casos se trata de mujeres que son cabezas de familia monoparentales.

Ahora bien, acerca del deber de juzgar con perspectiva de género, acerca de esta concepción, cabe señalar que, se han dictado capacitaciones acerca del deber de los magistrados de aplicar o instrumentar esta mirada. Es decir que, ya no se trata de una prerrogativa, sino de una obligación. No va a superar un test de convencionalidad una sentencia judicial que implique el juzgamiento de una mujer perteneciente a un grupo de extrema vulnerabilidad, que se encuentre enfrentando un juicio penal por haber cometido un injusto de los ya señalados, y que no se hayan aplicado miradas desde este matiz, de cara a una dogmática penal estructurada y conservadora que, sin embargo, va cediendo ante este paradigma.

Este nuevo escenario, que ya no es tan novedoso, pero que hace paso a su andar, mejor dicho, este mandato, nace del deber jurídico internacional del Estado argentino de garantizar a las mujeres el acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género (art. 16 CN; arts. 1.1., 8, 25 y 26 CADH; arts. 2.1, 3, 14 y 26 PIDCyP; y arts. 2.c y 15.a CEDAW) y a ser juzgadas libre de patrones estereotipados de comportamiento (arts. 5.a CEDAW, 6.b CBP, 2.e Ley 26485).

De manera tal que, dicho imperativo, surge de forma expresa, además, de la Convención de Belem do Para (art. 8.c) y de la Ley 26485 (art. 9, inciso h), más el contenido de pronunciamientos y jurisprudencia de organismos internacionales de derechos humanos (ver al respecto, Corte IDH, *González y otras -conocida como Campo Algodonero- vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrafos 400-401; *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párrafos 216; *López Soto y otros*

² BLOOM, Bárbara, OWEN, Bárbara y COVINGTON, Stephanie, “Women Offenders and the Gendered effects of Public Policy”, en *Review of Policy Research*, N° 21, 2004, p. 38.

vs. Venezuela, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2018, párrafo, 236; y Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de agosto de 2017, párrafo 173; Comité CEDAW (2015), Recomendación General n° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. CEDAW/C/GC/33, párrafo 29.a.).³

Así pues, se entiende que los instrumentos internacionales señalados precedentemente determinan a los operadores de la administración de justicia que, siempre que se advierta o se invoque una situación de violencia de género, ya sea en casos de mujeres víctimas de delito o en un rol de infractoras de la ley penal, debe activarse indefectiblemente el “deber de debida diligencia reforzado para investigar, esclarecer y sancionar ese tipo de conductas”⁴. Es decir, la normativa Supranacional indicada que gobierna la materia —esto es, “en las condiciones de su vigencia”— impera el deber de aplicación de un estándar convencional del deber de debida diligencia para los casos de violencia contra las mujeres, en su calidad de víctimas o bien como infractoras de la ley penal interna.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH, específicamente, establece que los Estados deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y, a la vez, fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará. [Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, 2009, párr. 258].

³ ASENSIO, Raquel, DI CORLETO, Julieta y GONZÁLEZ, Cecilia, *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Capítulo 2. “Criminalización de mujeres por delitos de drogas”. AAVV, COLECCIÓN EUROSOCIAL N° 14, con el apoyo del Ministerio Público de la Defensa, Madrid, año 2020, Pág. 106, nota 140.

⁴ Corte IDH, “González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrafo. 193; “Espinoza Gonzales vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo. 241; “Velásquez y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, párrafo. 146.

En el ámbito internacional, cuando es necesario realizar un abordaje con perspectiva de género relativos a la cuantificación de la pena en casos en los que resultan imputadas mujeres víctima de violencia de género, cobran virtualidad aplicativa los principios que emergen de las Reglas de Bangkok, en la medida que se integran a las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas (hoy en día, actualizadas por las Reglas de Mandela; cf. Reglas de Bangkok, Observaciones Preliminares, ap. 2).

Es decir que, la perspectiva de género es entendida como un estándar normativo, que ofrece herramientas que habilitan una hermenéutica que coadyuvará a dictar resoluciones y fallos en los que se vieron involucradas mujeres cuya participación en un ilícito estuvo determinada por su condición de extrema vulnerabilidad, con una mirada integral a fin de reformular o caracterizar las categorías dogmáticas que se presumen neutrales a la luz de criterios de imputación y reproche. Máxime, teniendo en cuenta que, dentro del organigrama del crimen organizado, los roles más expuestos son llevados a cabo en su gran mayoría por mujeres en situación de extrema vulnerabilidad. “El hecho de que ellas desempeñen los roles inferiores en las redes de comercialización es paralelo a las condiciones de pobreza que padecen dentro del sistema social”⁵. La experiencia indica que, mientras “los hombres tienen más posibilidades para desempeñarse como intermediarios, reclutadores o comerciantes, las mujeres, por lo general, se insertan como correos de drogas o circunstanciales vendedoras de pequeñas cantidades en sus domicilios”⁶.

Los injustos penales por los que, en su gran mayoría, son enjuiciadas las mujeres en conflicto con la ley penal, relacionados al narcotráfico, están previstos en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley 23737, o por los delitos contenidos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero; en su mayoría, con penas que no permiten que la ejecución de la pena pueda ser en los términos del art. 26 del Código Penal, esto es, dejada en suspenso.

⁵ Centro de Estudios Legales y Sociales, Defensoría General de la Nación y Procuración Penitenciaria de la Nación, *Mujeres privadas de libertad. Los alcances del castigo*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, pág. 25.

⁶ Anitua, Gabriel Ignacio y Picco, Valeria Alejandra. “Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres ‘mulas’” en *Violencia de género, Estrategias de litigio para la defensa de derechos de las mujeres*. MPD, 2012. Capítulo VII, Página 229.

II. Mujeres infractoras, perspectiva de género y dogmática penal

En tal sentido, cabe señalar que, se ha verificado en la jurisprudencia en la materia que los magistrados, al momento de fallar en casos en los que se presentan las circunstancias fácticas señaladas en el párrafo precedente, señalan una moderación de la respuesta acogiendo cambios en la calificación legal por una menos gravosa que la ofrecida por el Ministerio Público, a fin de que ello tenga repercusión en el monto de pena y, de tal modo, suprimir el encarcelamiento. Otra forma ha sido modificar el grado de participación, la disminución de la pena cimentado en ponderaciones humanitarias o, finalmente, con “perforación del mínimo” de la pena previsto para el delito que se le reproche en cada caso en singular.

Previamente, importa señalar que, “A diferencia de las personas que distribuyen o trafican, [las mulas] no desempeñan roles empresariales más allá de las funciones de traslado [de estupefacientes] que le son asignadas y, en general, no tiene mayores responsabilidades dentro de las redes de tráfico, sea porque maneja poca información, porque transporta cantidades relativamente pequeñas de drogas, o bien porque en muchas ocasiones se trata de personas engañadas y/o utilizadas para hacer este trabajo. La palabra “mula” tiene una fuerte connotación negativa y peso simbólico, ya que se asocian los atributos del animal de carga -terquedad, brutalidad y fortaleza física- con las características de las personas que hacen este tipo de actividades”⁷.

Partiendo de la base de esa conceptualización en relación a las mujeres que infringen la ley penal en los parámetros señalados previamente, en el común denominador de los casos será preciso abordarlos teniendo como eje central el contexto particular de cada una de las mujeres involucradas en actividades de transporte, comercio al “menudeo” o contrabando de drogas. Ello, requerirá comprender, para luego evaluar, las circunstancias que llevaron a esas mujeres a incursionar en el delito, precisamente en la modalidad de tráfico como correos humanos o “mulas”. Consecuentemente, esa tarea implicará explorar los condicionamientos coyunturales y estructurales que las llevan a incursionar en el ámbito criminal bajo esta forma en particular.

⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio y PICCO, Valeria Alejandra. “Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres ‘mulas’” en *Violencia de género, Estrategias de litigio para la defensa de derechos de las mujeres*. MPD, 2012. Capítulo VII. Página 226/227.

En la mayoría de los casos, las causas judiciales, o los juicios de reproche o responsabilidad penal, son resueltos mediante la verificación de la concurrencia de determinados presupuestos jurídicos, rígidamente establecidos por la ley o por la consolidación de criterios de interpretación normativa que, en apariencia, facilitan la solución del problema, como si este tuviese una única respuesta posible y de aplicación general. Sin embargo, la teoría del delito no siempre resulta suficiente para hacer justicia al caso analizado.

Un ejemplo de lo expuesto se dio en el caso Suárez Eguez, Claudia⁸, en el cual la imputada, tras haber referido haberse encontrado en un estado de necesidad justificante, fue sobreseída. La nombrada había sido detenida con fecha 24 de octubre de 2017, por personal de Gendarmería nacional, mientras efectuaba un control de rutina en una ruta provincial de Jujuy. En dichas circunstancias, se le secuestró material estupefaciente [cocaína] que llevaba escondido entre sus ropas en el interior de su equipaje. Al momento de ser detenida, Claudia Suárez manifestó que provenía de Bolivia y que había aceptado “el trabajo” debido a que se encontraba en un estado de desesperación por el padecimiento de una grave enfermedad de su hijo (padecía osteosarcoma de fémur derecho de alto grado de malignidad, un tipo de cáncer de huesos), y, debido a esa circunstancia, necesitaba con urgencia dinero para hacerse cargo de los gastos que demandaba el tratamiento.

La defensa invocó que Suárez Eguez actuó bajo el supuesto de un estado de necesidad justificante. Sin embargo, el Juzgado de Instrucción dictó su procesamiento por el delito de transporte de estupefacientes y dispuso la prisión preventiva, resolución que fue convalidada después por la sala II de la Cámara Federal de Salta. Entre otras cuestiones, el tribunal consideró que no resultaba creíble que una persona que se encontraba coaccionada por la situación económica tuviera las condiciones mentales y espirituales necesarias para realizar un viaje de esas características. Además, encontró que no estaba suficientemente acreditado que el actuar ilícito de Suárez Eguez fuera el único medio posible para costear el tratamiento de su hijo, dado que existían otros familiares a cargo del cuidado. Un año después, con posterioridad al fallecimiento de su hijo por la enfermedad que ella había indicado, la posición fiscal cambió, adhirió al planteo defensivo y se requirió el dictado del sobreseimiento de Suárez Eguez por haber mediado un estado de necesidad. A su turno, el Juzgado de Instrucción

⁸ Cámara Federal de Salta, sala 2, “Suárez Eguez, Claudia”, causa n.º 20356/2017, rta.: 10/10/2018.

dio lugar al pedido por aplicación del principio acusatorio⁹. Pocos años después, en un caso similar, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy¹⁰ absolvió de culpa y cargo a M.C.R. en relación al delito de transporte de estupefacientes por el que había sido acusada. Contra dicha decisión, se alzó el Fiscal actuante¹¹; y, en una primera intervención, la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal había revocado la decisión del juez que con conformación unipersonal la había absuelto, aduciendo que el comportamiento delictual desplegado no era el único medio al alcance de R. para lograr la intervención de la niña y tampoco era idóneo ni necesario para salvaguardar el valor que se alegara. Agregó que, “basta para descartar la existencia del estado de necesidad justificante que se invocara, por la falta de los elementos básicos en que se funda; por un lado, la ausencia de los requisitos de actualidad e inminencia en el peligro para un bien jurídico tutelado; y por otro, la existencia de otros medios para salvaguardar el bien que se pretendía tutelar y la absoluta, clara e indudable innecesariedad y falta de idoneidad del transporte de droga reconocido y acreditado para los fines alegados por la defensa. Todo ello, [...] demuestra a todas luces la ausencia de los requisitos esenciales de la causal invocada, [...] exime de analizar la ponde-

⁹ ASENSIO, Raquel, DI CORLETO, Julieta y GONZÁLEZ, Cecilia, describieron detalladamente el planteo de la defensa, en la presentación del caso, en su trabajo de investigación: *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Capítulo 2. “Criminalización de mujeres por delitos de drogas”. AAVV, COLECCIÓN EUROSOCIAL N° 14, con el apoyo del Ministerio Público de la Defensa, Madrid, año 2020, Pág. 126.

¹⁰ Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, en la causa “R. M. C”, causa n.o 12570/2019, rta.: 08/11/2019.

¹¹ CFCP, Sala III, legajo de la Oficina Judicial, “R.M.C. s/impugnación”, FSA 12570/2019/5, Reg. 3.2019, de fecha 19 de diciembre de 2019. Al momento de fundar los agravios, el impugnante sostuvo que “la defensa no ha logrado acreditar que exista una causa que justifique la afectación del bien jurídico protegido por la norma ‘Salud Pública’, en tanto el mal que se pretendió evitar, y los extremos necesarios para configurar aquel permiso, no surgen de la prueba aportada por (esa parte). Más aún, cabe resaltar que la conducta desplegada por la imputada no se efectuó para evitar ninguna situación, sino para juntar dinero para la supuesta operación que pretendía realizarle a su hija menor”[...] Más allá de ello, (sostuvo) que aún llevando al extremo la interpretación efectuada por la defensa y considerando que el mal mayor constituía la discapacidad de su hija que iba a ser paliada con la operación, “ello no se solucionaría con el delito cometido (transporte de estupefacientes) y por lo tanto no resulta aplicable la eximente establecida por el art. 34, inc. 3 del C.P., por cuanto, la misma imputada refirió al momento de prestar declaración en el juicio que recibiría como pago la suma de US\$ 700, y si pensaba operarla en un sanatorio privado, ese monto no alcanzaba para cubrir siquiera la mitad de la cirugía que supuestamente le realizaría a su hija; y además, porque ese tipo de operaciones está cubierta íntegramente por el Hospital Materno Infantil de la provincia de Salta de manera gratuita”. En definitiva, añadió que no se vislumbraba en el caso que la situación de necesidad alegada por la defensa de R. importara la existencia de un peligro inminente sobre el bien jurídico que se pretendía salvar, pues se admitió que en ningún momento hubo peligro de vida para la niña.

ración de bienes en juego –salud de la niña vs salud pública como bien jurídico tutelado de manera abstracta por la ley de drogas- propuesta por la defensa en la audiencia”.

Y, ante un planteo subsidiario de la defensa, agregó que: “Los mismos fundamentos expuestos para descartar el estado de necesidad justificante, sirven de igual modo para demostrar la improcedencia del alegado estado de necesidad disculpante como causal de exculpación o la ausencia de culpabilidad que se pretende fundar en la situación personal de la encausada para una supuesta falta de autodeterminación derivada de la existencia de violencia de género o vulnerabilidad” (voto de mayoría conformada por los jueces Riggi y Catucci).

Sin embargo, el sufragio disidente, de adverso a los colegas, entendió que el caso debía abordarse en el marco del paradigma dogmático desarrollado a la luz de las disposiciones de la CEDAW y las leyes 24.632 “Convención Belem do Pará” y 26.485 de “Protección Integral de la Mujer”. Que, sobre esta base, cabía analizar dos ejes estructurantes de la situación específica y sus especiales características. Estos son la situación de especial vulnerabilidad de la imputada y los antecedentes familiares, que la ubicaban, con toda claridad, como víctima de un entorno familiar de violencia de género. Agregó que: “Estamos frente a lo que sucede cuando en el ámbito de las superteorías (el término lo traslada desde la filosofía al derecho penal, Pawlik Michael, en “Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre”, Goldstammer Archiv, 2014, pág. 374) entre las cuales se encuentra la teoría del delito, que reflejan la unidad de una materia científica en relación con su entorno social, ocurre un cambio, a consecuencia justamente de los cambios sociales, o una especial visualización de situaciones en el entorno social, que imponen el quebrantamiento y reformulación del aparato cognitivo en mérito a la necesidad de adecuación social de sus postulaciones (cfr. Thomas Kuhn, *Die Struktur wissenschaftlichen Revolutionen*, 1976, pág. 25)”. Para culminar su exposición aludiendo que: “Resulta dirimente para la exculpación, el marco de vulnerabilidad y el contexto de violencia intrafamiliar a consecuencia de su condición de mujer, cuadro que agudiza razonablemente la angustia que le generara la comprometida condición de limitación congénita de su hija, circunstancias que impiden, ya objetivamente, exigirle una conducta alternativa a la efectivamente por ella asumida. No se trata de resolver la cuestión en consideración al cotejo de elección entre dos bienes jurídicos, en los términos que autoriza el inc. 3ro. del art. 34 del C. Penal, puesto que resulta

de muy difícil resolución el objetivo cotejo entre la valoración de la salud pública y la sustancial mejora en las condiciones psicofísicas de la hija de la imputada R.M.C..

Sin embargo, concluyó que no podían caber dudas sobre que la especial situación de vulnerabilidad de R.M.C., así como la precedente y concomitante situación de violencia intrafamiliar a la que se veía sometida, impedían reclamarle una conducta alternativa ajustada a derecho, debido a que, “Conforme la perspectiva enunciada, R.M.C. no ha tenido frente a la norma una verdadera voluntad racional formalmente libre que permita imputarla penalmente”¹².

Este fallo que acabo de comentar, fue anulado y la impugnación del Ministerio Público Fiscal, en una posterior intervención¹³, fue resuelta de manera unipersonal por la jueza Angela E. Ledesma, quien finalmente absolvió a la inculpada.

En lo que aquí concierne, la jueza aseveró que: “si bien el Ministerio Público Fiscal postula una interpretación dogmática y objetiva del estado de necesidad justificante, lo cierto es que dicho análisis no puede prescindir de los factores sociales de género, pobreza y violencia que gobiernan la sociedad actual y que se acentúan en determinadas regiones. [...] en consecuencia, ese será el marco interpretativo a partir el cual deberá tratarse la impugnación”. [...] “la inminencia del mal, en este caso, está determinada por la imposibilidad de Rodríguez -debido a su situación de vulnerabilidad- de asumir con la premura que el médico le había indicado el tratamiento reconstructivo de la mano de su hija”.

Por otro lado, manifestó que: “sin desconocer la trascendencia que reviste la persecución de ese tipo de criminalidad, no debía pasar inadvertido que, nos encontramos ante un supuesto de una mujer que actuó como ‘mula’ o ‘correo humano’”. Que: “En el caso, nos encontramos ante una mujer que está a cargo de la manutención, cuidado y contención de sus dos hijos menores, en un contexto de violencia de género y con una situación socioeconómica desfavorable -en los términos de la Convención-, producto de las ocasionales y precarias actividades laborales a las que ha podido acceder, y que además no ha completado sus estudios secundarios (cfr. informe psicosocial). En esta tesitura, es que debe

¹² LESH, Heiko Hartmut. “Las ideas fundamentales para una revisión funcional”, traducción de Juan Carlos Gemignani, *El concepto de delito*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 232, citado por el juez en el fallo.

¹³ CFCP, Caso de la Oficina Judicial, FSA 12570/2019/10 caratulado “RODRÍGUEZ, Maribel Carina s/audiencia de sustanciación de impugnación (art. 362)”, Reg. 5/2021, de fecha 5 de marzo del año 2021.

afrontar con carácter urgente la cirugía que el médico le prescribió a su hija. Teniendo en cuenta el contexto analizado, resulta evidente la diferencia que existe entre los bienes jurídicos en juego. Por un lado, en términos abstractos se encuentra involucrada la salud pública (el bien protegido y tutelado en la Ley de Estupeficientes N° 23.737) -en este caso por el transporte de una cantidad inferior a un kilo de cocaína que era transportado por una mujer ‘mula’ en su cuerpo-, y, por el otro, en términos bien concretos, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija de tan solo dos años que se encuentra en la etapa de desarrollo. En consecuencia, no existen dudas, a mi entender, que, en este particular supuesto, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija era el bien con mayor protección legal. Más aún si tenemos en cuenta la incidencia psicológica que la malformación también produce en la vida de su hija y la carga emocional que eso conlleva sobre R.”

Para culminar, enfatizó que, en este tipo de hermenéutica, no era posible dejar de lado las presiones sociales y culturales que recaen sobre el rol materno de la mujer, que inevitablemente impactan en su estado emocional y juegan un rol significativo a la hora de decidir la ponderación de intereses en juego.

Párrafos siguientes, expresó que en los “supuestos como el presente tornan imperioso evaluar con sumo cuidado las circunstancias personales de la persona en conflicto con la ley penal para poder establecer las posibilidades ciertas de actuar de un modo diferente, y evitar así el uso arbitrario del poder penal del Estado”. Recordemos que, en estos escenarios, las respuestas desde la dogmática pueden ser desde la antijuridicidad, el estado de necesidad justificante, o desde la culpabilidad, el disculpante. Y, a los efectos de trazar las aristas de casos como el presente, se debe, indefectiblemente, tener en cuenta la jerarquía de los bienes en juego, la intensidad de la afectación y el grado de proximidad del peligro que se evita. De esta forma, es posible encuadrar muchos casos en los que las conductas ilícitas realizadas por las mujeres no producen grandes males a la salud pública¹⁴ (especialmente si se adopta un criterio estricto acerca de lo que signi-

¹⁴ La salud pública es el bien jurídico tutelado por las disposiciones de la ley, por tanto, las conductas vinculadas con el tráfico y posesión de drogas representan una posibilidad peligrosa para la difusión y propagación de estupeficientes en el resto de la población en general. La salud pública implica un ámbito de tutela mucho más amplio cuando se la sustenta desde las convenciones internacionales en la materia, como la Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupeficientes y la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupeficientes y Sustancias Psicotrópicas, que refieren resguardar “la salud física y moral de la humanidad” y “las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad”, respectivamente. (D’Alessio y Divito, 2011: 1017-1018).

fica) frente al mal para la salud o la vida de las mujeres o de sus familiares a cargo.

Finalmente, en el fallo se precisó que uno de los grandes objetivos de la justicia penal es que “con la aplicación del poder penal del Estado no se produzcan abusos que puedan estropear la vida de una persona. De allí se desprende la necesidad imperiosa de establecer un sistema de garantías, que funcione como un límite a ese enorme poder estatal y que proteja a los ciudadanos de cualquier uso arbitrario, injusto o ilegal, por ser el poder más violento y restrictivo que puede recaer sobre una persona”. En esta hipótesis en particular, la cuestión radicaba en una génesis de abordaje, justamente, con una perspectiva de género de cara a la realidad de cada mujer que se vio envuelta en esas circunstancias y cuáles fueron las motivaciones reales que la llevaron a cometer un injusto penal, cuáles eran las opciones ciertas de motivarse frente a la norma en un contexto de extrema vulnerabilidad. Otros autores coinciden en que, “En el contexto de las mujeres involucradas en actividades de contrabando de drogas, esto implicará comprender que las circunstancias que llevan a las mujeres a incursionar en el tráfico como correos (humanos) o ‘mulas’ son únicas para cada una y, además, implicará explorar los condicionamientos estructurales que empujan a las mujeres a participar en esta forma de criminalidad”¹⁵.

III. Otras soluciones posibles

A fin de abordar y resolver procesos desde esta perspectiva, hemos visto que se ha recurrido a la inserción constreñida de situaciones fácticas en calificaciones legales más o menos gravosas, o a la modificación de los grados de participación en el delito¹⁶.

¹⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio y PICCO, Valeria Alejandra. “Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres ‘mulas’” en *Violencia de género, Estrategias de litigio para la defensa de derechos de las mujeres*. MPD, 2012. Capítulo VII. Página 232.

¹⁶ CFCP, ‘Caso Bulacio’ de la Sala II, CFP 6260-2015-TO1-16-CFC1 BULACIO, Noelia Mirtha s-recurso casación, rta. el 13/06/2023, Reg. 624.2023. En la audiencia de informes (465 del CPPN), el juez que la presidió de manera unipersonal, juez Guillermo J. Yacobucci, al culminar la misma, se dirigió a la defensa (DPO) y a la imputada, y cerró la misma aduciendo que: “Voy a realizar una consideración del recurso fiscal analizándolo críticamente, a partir de las Convenciones que obligan a nuestro país en relación con la violencia de género y la vinculación que eso tiene con situaciones tan especiales como las que se han concretado en esta causa, sobre todo a partir de las sentencias condenatorias que han recaído sobre la persona que está coimputada en el expediente y que era pareja suya, de manera que ello tiene un peso significativo muy particular, el control de convenciona-

De igual modo, se ha optado por la aplicación del principio de oportunidad, otorgando la suspensión del juicio a prueba o la aplicación del juicio abreviado acordando la fijación de pena perforando el mínimo; por lo general, se impone la pena de tres años de prisión de ejecución condicional. Estas soluciones, pueden operar como atajos para hacer menguar la necesidad de un desarrollo acabado de la teoría del delito. Cualquiera de estas estrategias suele ser funcional a la vigencia de la dogmática penal tradicional, con la posibilidad de acomodar la respuesta a una decisión previa que es cubierta bajo un manto de racionalidad: “Los operadores judiciales que toman atajos para buscar soluciones más justas, pero evaden el tratamiento de la cuestión conforme a la dogmática tradicional, mantienen intacta la ficción de que la teoría del delito es una herramienta indispensable para resolver con justicia un caso. Parecería que, en estos supuestos, es preferible hacerle ‘trampa’ a la teoría en lugar de incluir nuevos paradigmas que le den otro sustento”¹⁷.

Perforación del mínimo previsto en la norma

Existe otro equipo de casos en los que la mayoría de las defensas pactó con el Ministerio Público Fiscal acerca del acuerdo de fijar a estas mujeres un monto de pena “acordado”, por debajo del mínimo legal previsto en los tipos penales que han sido reseñados en los párrafos anteriores. Y varios son los motivos por medio de los cuales se cimenta esa decisión. Como común denominador, la des-

lidad, la especialidad que se da en esta situación a partir de las condenas -por violencia de género respecto del coencausado en detrimento de la aquí imputada-, el tiempo que ya lleva tramitando esta investigación, realmente notorio, el hecho de que su imputación sea a título de partícipe secundario y la necesidad de no dilatar más el trámite a su respecto, de modo que con esos estándares, esas referencias, será analizada la apelación del fiscal, de modo tal que, a priori, encuentro que hay motivos de excepción relativos a la oposición fiscal como algo relevante, ya que aquí pareciera estar neutralizado ello por estos elementos que yo estoy mencionando, de mi parte nada más”. Cabe señalar, que la suspensión del juicio a prueba en este caso se otorgó a instancias del TOCF de CABA interviniente, y quien se oponía era el fiscal general, quien entendía que la impugnante debía ser llevada a juicio. Finalmente, el fundamento puede leerse en extenso del fallo. Otro precedente acerca del otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, ya en la etapa previa a celebrarse el juicio oral, se dio en el precedente, FSA 3101/2020/10, caratulado “Quiroga, Emilse Rocío s/audiencia de sustanciación de impugnación”, de fecha 16 de abril de 2021, del registro de la Oficina Judicial de la CFCP.

¹⁷ ASENSIO, Raquel, DI CORLETO, Julieta y GONZÁLEZ, Cecilia, *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Capítulo 2. “Criminalización de mujeres por delitos de drogas”. AAVV, COLECCIÓN EUROSOCIAL N° 14, con el apoyo del Ministerio Público de la Defensa, Madrid, año 2020, Pág. 126.

cripción acerca de su pertenencia a un grupo de personas en condiciones de vulnerabilidad, a lo que se suman consideraciones relativas a la posible vulneración de los principios de culpabilidad, proporcionalidad y razonabilidad en contextos de género.

En dicha hermenéutica, encuentro oportuno señalar que, los juicios abreviados que suelen pactar las partes permiten dar un cierre con inmediatez en el tiempo y la libertad de la mujer implicada para hacerse cargo de sus responsabilidades -madre, hija, pareja o situación en la que se haya visto envuelta en el momento mismo de tomar la decisión de infringir la ley penal-, pero, a diferencia de las consecuencias de resolver estos casos desde una perspectiva dogmática que implica sus absoluciones, cargará con una condena penal en sus antecedentes, particularidad que le acarreará sus vicisitudes frente a la posibilidad de inmiscuirse en un eventual mercado laboral.

En definitiva, la ventaja que presenta esta opción de “perforar el mínimo” y pactar un monto de pena que posibilite su ejecución condicional es la de recuperar inmediatamente su libertad. Mas no se advierte, de los fundamentos de los casos estudiados, que se realice un abordaje que implique los cuestionamientos que resultan ser una condición necesaria para poder afirmar que las decisiones judiciales fueron realizadas en base a lineamientos de una perspectiva de género a nivel convencional.

Así pues, en uno de los fallos se dispuso una pena inferior al mínimo legal por aplicación del principio acusatorio, en tanto la posición del Ministerio Público Fiscal había dado conformidad al planteo de la defensa de imponer tres años en suspenso, con particular atención al impacto que podría tener una pena de prisión efectiva en los/as hijos/as a cargo de la mujer condenada¹⁸; pues no se han corroborado en estos casos argumentos que redireccionen la solución final a cuestionamientos respecto de las condiciones que pesaron sobre las mujeres imputadas al momento de cometer los ilícitos.

¹⁸ Tribunal Oral Penal Económico N°1, CPE 1253/2014/TO1 (N° Int. 3083/2020), “ARCE Miriam Elisa s/ ley 22.415”, 2 de agosto de 2021; TOCF N°1 de Córdoba, “Tejeda, Héctor Anastacio, Tejeda ramón Omar Iván, Fariás Graciela Emilse s/infracción a la ley 23.737 (Expediente 12459/2019/TO1)” de fecha 10 de agosto de 2021. Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3, CPE 706/2022/TO1 (Reg. Int. 3008), “Acosta Ríos, Lourdes Patricia S/ Inf. Ley 22.415” del 5 de abril del año 2023.

IV. Conclusión

Si bien las transcripciones en ocasiones pueden resultar tediosas, entiendo que, en el devenir de este trabajo, resultaba necesario citar las posturas de los diferentes magistrados que, frente a una misma situación fáctica y coyuntural con rasgos determinantes que trasuntaban inequívocamente en un indefectible abordaje con perspectiva de género, encontraron diferentes soluciones encauzadas en los lineamientos de la teoría del delito. Más allá de que algunos podremos estar de acuerdo con una solución y otros con otra, lo que no se puede dejar de reconocer es que la perspectiva de género plantea las aristas casuísticas de un modo diferente al tradicional. En consecuencia, comenzar la génesis del abordaje en el marco de una determinada plataforma fáctica y contextual, indefectiblemente, nos conducirá en virtud de las respuestas reales que se respondan a una resolución del caso que seguramente no va a encontrar respuesta en la rígida y tradicional dogmática penal. El quid de la cuestión es que, frente a estos desafíos, se encuentran intrínsecamente relacionados -entre la hipótesis del caso y su solución- valores de equidad y justicia. En efecto, entiendo que el juzgar con perspectiva de género, amén del marco jurídico convencional, implica por parte de quienes deben aplicar la ley a casos concretos la tarea de volcar en sus decisiones una labor nutrida de valores directamente conectados al concepto de Justicia.

Niñas y mujeres víctimas de trata de personas: engaño, violencia y vulnerabilidad como los sellos distintivos de la trata de personas con fines de explotación sexual

Enrique Lilljedahl*

Abstract: La trata de personas con fines de explotación sexual es un delito de género, cuyas víctimas son mujeres y niñas y donde los engaños, violencias (directa, indirecta, tácita, simbólica, etc.) y la vulnerabilidad son inescindibles al delito. Por otra parte, el sistema prostibulario es la forma en la que se presenta la explotación sexual de mujeres y niñas, dado que en su estructura hay suficiente componente de abuso, dominación y discriminación que producen la transmutación de una mujer en una cosa.

I. Algunas breves precisiones

Marcelo Colombo destaca con corrección que las víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual son siempre mujeres¹. Se trata de un dato verificado en el informe de INECIP y la Embajada Británica en Bs As (2020)² y en el informe de la PROTEX, sobre las primeras 100 sentencias condenatorias por Trata de Personas (2015)³. Al igual que en el resto del mundo, en nuestro país

* Juez de Cámara del Tribunal Oral Federal de Catamarca, Juez subrogante permanente del Tribunal Oral Federal de Tucumán, Profesor adjunto, por concurso, de la cátedra de Derecho Penal I y a cargo del Taller de Litigación Oral de Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca.

¹ COLOMBO, Marcelo, “Algunas reflexiones acerca del derecho a acceso a la justicia para las mujeres víctimas de trata y explotación de personas”, en *Tratado de Géneros Derecho y Justicia -derecho penal y sistema judicial-* (Directoras generales: HERRERA, Marisa – FERNANDEZ Silvia E. – DE LA TORRE, Natalia), Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2020 t. I., pag. 450.

² Informe “La trata sexual en argentina -a 10 años de la ley, ¿qué investigó la justicia?”, CABA, INECIP – Embajada Británica en Bs As, 2020, pag. 29 (1ra edición).

³ Ver Informe PROTEX sobre las 100 primeras condenas sobre trata de personas. Consultado en

afecta a niñas y mujeres, ya que el 92% de las víctimas son mayores y el 7 % son niñas⁴.

Estamos frente a un delito particular y aberrante, donde género y vulnerabilidad suelen mostrarse como el anverso y reverso de una misma moneda, ya que a la degradación social de la mujer se le adicionan otros factores como la violencia, minoría de edad, migración, pertenencia a minorías étnicas, educación, pobreza, exclusión familiar, salud, dependencia de narcóticos, etc.

Es necesario conocer de qué hablamos cuando mencionamos la trata de personas para tomar real dimensión de este sádico y rentable delito, que, además, constituye una moderna forma de esclavitud, hartamente expandida a nivel global, regional y nacional, por la que se desnaturaliza la esencia del ser humano. Tenemos que saber que es un delito que castiga el comercio de mujeres y, por ello, es interjurisdiccional, dado que se produce por etapas entre un lugar de origen y otro de destino.

Básicamente, el proceso se da entre un sitio en el que se realiza la oferta de explotación o donde se capta a la víctima y otro en el que es recibida o acogida para ser explotada. En el ínterin se da el traslado, que es lo que vincula el origen con el destino. Va de suyo que las conductas típicas de ofrecer, captar, trasladar, recibir o acoger tienen por finalidad la explotación sexual, es decir, la comercialización de la prostitución ajena (art. 2º, ley 26364, reformado por la ley 26842).

Este delito puede agravarse por la utilización de algunos medios que, de acuerdo a lo que se verá, son inherentes al proceso de la trata, puesto que es difícil concebir el fin de la explotación sin que medie vulnerabilidad, engaño, fraude, violencia, amenazas, intimidación, coerción, sea que se presenten solos, varios de ellos o todos a la vez.

II. El engaño o el fraude

Nos situamos ante dos formas diferentes de ganarse la voluntad de la víctima para conseguir su explotación.

[Protex-100-Sentencias-Info-Final1.pdf (fiscales.gob.ar)].

⁴ Informe “La trata sexual en argentina -a 10 años de la ley, ¿qué investigó la justicia?”, CABA, INE-CIP – Embajada Británica en Bs As, 2020, pág. 21 (1ra edición).

II.a) Mediante el engaño, la víctima consiente su explotación por haber caído en error como consecuencia de una aserción falsa (mentira)⁵. Se apoya generalmente en falsas promesas realizadas a la víctima –o a un tercero al que la víctima le tiene confianza o que tiene autoridad sobre ella– sobre las posibilidades, modalidades o condiciones concretas en las que habrá de llevar adelante el trabajo ofrecido⁶.

Entonces, habría engaño cuando el vicio está dado desde el inicio mismo de la relación, es decir, cuando el autor desde el comienzo quiere inducir a error a la víctima para disimular que va a ser objeto de explotación o que, al menos, eso es lo que él procura. En definitiva, se conquista la voluntad a través de medios engañosos. La víctima tiene viciada su voluntad y, por esa razón, accede⁷.

También es posible que, mediante el engaño, se busque colocar a la víctima en una situación de vulnerabilidad de la que pueda aprovecharse luego el autor. Ello sucede, por ejemplo, cuando a través de ofertas engañosas de trabajo se consigue captar la voluntad de víctimas que luego son expuestas a la explotación de la prostitución⁸.

Someter, en muchas situaciones, no es igual a obligar a la fuerza, sino que es fruto de la manipulación y la mentira. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que el engaño actúa como una forma de afectación del ámbito de autodeterminación de las víctimas, con la particularidad de que, al tratarse de un medio de violación a la libertad solapado, actúa sin una limitación física de la libertad, es decir, sin necesidad de encadenamientos o privación coactiva de la libertad⁹.

Por otro lado, es atinado resaltar que esta forma de comisión “[...] puede ser “parcialmente engañosa”, como ocurre cuando se ponen en conocimiento de la víctima ciertas circunstancias que no son ciertas, por ejemplo que en el

⁵ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal -parte especial-*, t. II-A, pág. 286, ya citado; ABOSO, Gustavo Eduardo, *Código Penal -comentado-*, pág. 780, ya citado; BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho penal -parte especial-*, pág. 286 (remitiéndose a pág. 203), Ed. Con Texto, Resistencia, 2020 (3ra edición); RIQUERT, Marcelo A., *Código Penal de la Nación -comentado-*, CABA, Editorial, Erreius, 2018, pág. 1061, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Tráfico de personas -La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2013 (2da edición), pág.37/38.

⁶ ABOSO, Gustavo Eduardo, *Código Penal*, pág. 780, ya citado.

⁷ CFCP, sala I, FMP 1187/2014/TO1/CFC1, “Hurtado Isaías, Nelson y Padilla Coronado, Patricia Soledad, s/ Recurso de casación”, sentencia del 1 de julio de 2022. Reg. 833/22.

⁸ CFCP, Sala III, 4/10/2020, “C., C.K. y otros s/ recurso de casación, publicado en RDP 2021-2, 4/02/2021-126. Cita: TR LALEY AR/JUR/57144/2020.

⁹ CFCP, Sala I, 17/6/2021, causa FTU 12668/2015/TO01/CFC1, “L.,A.R. y otro s/ recurso de casación”; Según el voto del Dr. Petrone, al que adhieren sus colegas Barroetaveña y Figueroa. Registro Nro. 952/21.

lugar de destino ejercerá la prostitución pero no se le indican en realidad que será bajo condiciones de encierro, golpes, etc.; o cuando se le prometen ganancias o utilidades que no se ajustan a la realidad, o se le miente sobre las consecuencias que puede tener determinada actividad para su salud.”¹⁰

Tampoco es menor la cuestión sobre la entidad del engaño, puesto que éste habitualmente camina de la mano con la vulnerabilidad de las víctimas, de lo que se desprende la entidad suficiente y razonable de una burda manipulación. Donna lo explica claramente: “El engaño engloba la mentira, pero debe tener una entidad suficiente para inducir en error con eficacia. Y, en ese sentido, la cuestión debe verse desde el punto de vista de la víctima, más allá de que, objetivamente, para la media el engaño no sea idóneo, pero si lo ha sido para la persona afectada. Y esto debe interpretarse de esta forma, habida cuenta que en este tipo de delitos se aprovecha la ignorancia, la falta de educación y cultura de la víctima.”¹¹

II. b) En el fraude, a diferencia del engaño, el autor se aprovecha de una determinada situación en la que se encuentra la víctima en cualquier tramo de la trata, desde el primer momento (ofrecimiento o captación) hasta el lugar de destino (acogimiento).

El fraude incluye al engaño y puede especificarse como un engaño más preparado, ya que no se limita a la aseveración falaz, sino que el sujeto activo se apoya en un ardid o maquinación, esto es, montando una escena ficticia –*mise en scène*– para producir el error y generar la explotación¹².

Pero, además del despliegue artificioso, el fraude incluye también al abuso de confianza, vale decir, mujeres y niñas que aceptan los términos de su explotación o quedan a merced de sus tratantes no por haber caído en error, como consecuencia del despliegue escenográfico del autor, sino simplemente por haber confiado en éste¹³. El abuso de confianza es, efectivamente, un medio fraudu-

¹⁰ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Tráfico de personas -La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2013 (2da edición), págs. 37/8.

¹¹ DONNA, *Derecho penal -parte especial-*, t. II-A, pág. 286, ya citado. En el mismo sentido, LU-
NIANI, Diego Sebastián, *La trata de personas y otros delitos relacionados*, pág. 231, ya citado.

¹² DONNA, Ob. cit., pág. 286; Riquert, Ob. Cit., pág. 1062; HAIRABEDIÁN, Ob. Cit.; pág. 38.

¹³ “[...] a los 15 años llegué a Catamarca, a la casa de M. N. a trabajar en una Whiskería, [...] me fueron a buscar a Tucumán con la intención de que viniera a trabajar en un bar, cosa que no fue así, porque al llegar me llevaron al bar y me dijeron que tenía que estar en las mesas sentada o en los sillones con los clientes y no trabajar de moza, vistiéndome con ropa provocativa, la cual se usa para

lento consistente en ganarse la confianza –o tenerla ya ganada por cualquier motivo– con el propósito de perjudicar a otro. Específicamente, en este delito, ese propósito es el de someterlo a explotación.

La consecuencia de lo dicho es que, en el engaño, el dolo nace en el comienzo de la relación entre el autor y la víctima (ex ante), mientras que en el fraude no necesariamente es así. El dolo de defraudar la voluntad de la víctima puede ser ex post al ofrecimiento, captación, traslado, recibimiento o acogida. Un ejemplo típico es el que se da en las relaciones de pareja donde el hombre convence a la mujer para prostituirse¹⁴.

III. Violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción

Carrara, con notable simpleza, si bien renegaba de la condición de la violencia como circunstancia reducida a influir (agravante) en el modo de ser de algunos delitos especiales, describió a la violencia como aquel acto, cualquiera sea éste, con el cual, empleando violencia sobre el cuerpo o la voluntad ajena, se obliga a alguien, contra su propio deseo, a hacer, a omitir o a permitir que otros hagan una cosa¹⁵. De tal manera, los elementos de la violencia –la que ejerce una persona humana sobre otra– serían: 1) que se ejerza violencia sobre el cuerpo (*vis phisica*) o sobre el alma (*vis moralis*); 2) que el fin de esa violencia sea el de obligar a otro a hacer, omitir o tolerar alguna cosa que de otra suerte no habría tolerado, omitido ni hecho –precisamente en esto consiste la lesión de la libertad personal–¹⁶.

Nos enfrentamos, entonces, a medios intimidatorios, de diverso tipo, que utiliza el autor para perseguir su finalidad de explotación de la mujer, de manera

ejercer la prostitución, ante mi rechazo me dijo que me quede tranquila que ella me iba a enseñar todo, que había buena plata, yo en ese momento me quería volver, después de un mes de estar ahí, y sin plata para volverme, me largué a trabajar, haciendo copas al comienzo y después largándome con pases sexuales, dado que me había comprado cosas como champú y demás elementos los cuales debía devolver. Estuve con ella bastante tiempo, unos nueve años entre idas y vueltas.” (testimonio de P.C.G. en la causa 2232/15, “N., M.C. s infracción a la ley 26364”, tramitada ante el TOCF de Catamarca)

¹⁴ TOCF de Jujuy, sentencia del 29 de diciembre de 2015, “J., M.A. s/ infracción...”, causa FSA 8398/2014/TO1.

¹⁵ CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal* -parte especial-, Bogotá, Ed. Temis, 1967, tomo 4, pág. 333, (2da edición).

¹⁶ CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal* -parte especial-, Bogotá, Ed. Temis, 1967, tomo 4, pág. 336, (2da edición).

tal que incluye a la violencia física, moral y cualquier otra que, bajo la apariencia de normalidad, genere intimidaciones o imponga coerciones a las víctimas a través de cualquier acto dirigido a someterla.

También hay que decir que, la trata de personas es inescindible de cualquier forma de violencia. En esencia, estamos frente a un delito violento que persigue la degradación de la mujer; y, si bien es cierto que, en muchos casos, el fin de explotación se consigue a través de formas que encubren la agresión personal, también es cierto que el quiebre de la dignidad individual está usualmente atado a la producción o reproducción de severidades, abusos –incluidos los sexuales–, ataques y agresiones de todo tipo.

En definitiva, el proceso de la trata está atravesado por diferentes tipos de violencia: directa, indirecta o simbólica. Nuestro país está obligado internacionalmente a establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer (CEDAW, 2º, c) y a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, como también modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer (Conv. Belem do Para, 7º, b y e).

Por otra parte, la ley 26485, a nivel interno, define la violencia contra la mujer y considera violencia indirecta a toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón (art. 4º). Mientras que, tipifica a la violencia simbólica como: “La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad” (art. 5º, inc. 5). A su vez, la ley de víctimas 27372, establece como especialmente grave al delito de trata de personas, presumiendo su peligrosidad, y obligando al Estado a resguardar la seguridad de las víctimas (arts. 5º, d, y 8º, f).

La violencia no solo repercute en el cuerpo de las víctimas, sino también en sus emociones, espíritu, psiquis, etc. Se trata de una violencia que, directa o indirectamente, explicita un mensaje hartamente elocuente para atemorizar a la víctima respecto de las repercusiones que va a tener el no aceptar las condiciones de explotación impuestas por el tratante.

En este contexto, hay que prestar especial atención a la violencia simbólica, puesto que se manifiesta a través de la construcción e imposición de estereotipos, creencias, valoraciones, conductas y representaciones que sutilmente buscan le-

gitimar y naturalizar situaciones de dominación, profundizando la desigualdad y la violencia¹⁷.

III. a) Por violencia ha de entenderse la fuerza ejercida sobre las personas, quedando comprendidos también, en virtud de lo dispuesto por el art 78 del código penal, el uso de medios hipnóticos y narcóticos. La regla, dice De la Rúa, se refiere a la violencia física –no a la moral–, puesto que tanto los medios hipnóticos como los narcóticos eliminan la voluntad¹⁸.

De modo genérico, es posible sostener que la violencia debe estar dirigida a torcer la voluntad de la víctima, y puede desplegarse en contra de la propia víctima o de un tercero para doblegar la voluntad de aquella¹⁹. A su vez, es importante tener en cuenta que la violencia no tiene una manifestación unidireccional a través de golpes, vejaciones o tortura hacia las víctimas, se puede presentar como encierros y abusos de todo tipo, incluido el sexual, lo que es frecuente durante el período de ablande, para familiarizar a la víctima con su sometimiento sexual ulterior²⁰.

No es indispensable que la violencia permanezca durante todo el proceso de la trata, desde el lugar de origen hasta el de destino, sino que, es usual que cale tan fuerte en el ánimo de la víctima que hasta puede mantenerse con el recuerdo que el autor traiga a la víctima sobre la posibilidad de volver a sufrirla. Tampoco es necesario que la violencia se concrete en el inicio del tráfico, sino en cualquier momento del mismo (desde el origen hasta el destino), incluso más allá de este, cuando cesa la explotación y la víctima es silenciada.

En cuanto al suministro de estupefacientes por parte del autor, como manifestación de la violencia, es más que frecuente y hasta se torna indispensable en algunos supuestos para que la víctima pueda sobrellevar el vilipendio a la personalidad que produce la explotación. A menudo se escucha a las mujeres explotadas señalar que el consumo de alcaloides es inherente a esa actividad, en la medida que permite resistir las constantes situaciones de abuso a las que son sometidas por los “clientes” y los tratantes.

¹⁷ MEDINA, Graciela – YUBA, Gabriela, *Protección integral a las mujeres -ley 26845 comentada-*, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2021, pág. 257.

¹⁸ DE LA RÚA, Jorge – TARDITTI, *Aída, Derecho Penal* -parte general-, CABA, 2014, Ed. Hammurabi, 2014, t. I, pág. 222/3 (1ra edición).

¹⁹ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Tráfico de personas -La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2013 (2da edición), pág. 38.

²⁰ TOCF de Catamarca, sentencia del 9 de junio de 2021, causa “B., J.R. s/ infracción a la ley 23737”, Expte. 52500/2018, 638/2017, 23480/2018.

Por otra parte, tampoco se puede obviar que el abastecimiento de drogas por parte de los explotadores genera una dependencia de la víctima hacia éstos, no solo por la entrega de los tóxicos en sí mismos y la adicción consecuente, sino también porque se los cobran, produciendo una enorme deuda que es usada para prolongar la explotación.

III.b) Existe amenaza cuando se anuncia un mal futuro, serio, inminente, grave e injusto, en la medida que su realización dependa de la voluntad del emisor de la misma. El anuncio (amenaza) puede recaer en contra de la víctima o de un tercero que produzca la misma consecuencia en la psiquis de la víctima, esto es, causarle temor. La amenaza (*vis compulsiva*), sostiene Donna, “[...] debe entenderse como el anuncio de un mal grave para la víctima o un tercero, esto es, un peligro cualquiera que es capaz de determinarlo a obrar de una manera orientada a los fines de no ser sometido a ese mal anunciado.”²¹ Por su parte, Nuñez caracteriza a la *vis compulsiva* como una fuerza moral ejercida en contra de alguien para doblegar su voluntad y obligarla a actuar²² (o abstenerse de ello).

Bajo esta modalidad, el sujeto pasivo se encuentra ante el dilema de someterse a la voluntad del autor o, llegado el caso, sufrir las consecuencias anunciadas²³. De allí que, sea más apropiado hablar de amenaza coactiva, es decir, aquella que se produce para obligar a otra persona a hacer, no hacer o tolerar algo en contra de su voluntad (art. 149 bis, segundo párrafo, del Cód. Penal). Reparemos que la amenaza no está dirigida genéricamente a alarmar o a causar temor, sino a obligar a la mujer a someterse a la explotación sexual o a seguirla tolerando.

También, hay que decir que, las amenazas son ordinariamente potenciales, disimuladas o indirectas, en el sentido de que la víctima tiene claro que si no acata las órdenes de los explotadores las consecuencias pueden ser graves, sin importar a este respecto que hayan sido explícitas, sino que del comportamiento de los autores pueda ello razonablemente deducirse²⁴. Pueden dar lugar a este

²¹ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal -parte especial-*, t. II-A, pág. 144, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011 (2da edición).

²² NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino -parte general-*, Buenos Aires, Ed. Editorial Bibliográfica Argentina, 1965 (2da edición).

²³ RIQUERT, Marcelo Alfredo, *Código Penal -comentado y anotado-*, CABA, 2018, Ed. Erreius, t. II, pág. 1062, (1ra edición).

²⁴ Véase sentencia del TOF de Mar del Plata, en causa FMP 1187//2014/TO1, “Hurtado Isaías Nelson y otro s/ ing. Ley 26364 (23 de diciembre de 2019).

tipo de inferencias los gritos constantes, las sanciones de todo tipo, el uso de armas, disparo de armas, la violencia desplegada contra otras víctimas, el abuso psicológico, etc.

A su vez, las amenazas pueden estar dirigidas a infundir temor de sufrir un mal en la persona, libertad, patrimonio, honra o cualquier otro derecho personal de la víctima o de un tercero con el que tenga relación. De allí que sea frecuente la amenaza de revelar el ejercicio de la prostitución por parte de las víctimas²⁵.

III.c) A su vez, la violencia se puede concretar a través de cualquier medio de intimidación o coerción, como formas disimuladas de ejercerla (violencia tácita). El control psicológico es una de las maneras más frecuentes, por ejemplo, en los supuestos de inmigrantes ilegales, a quienes se controla a partir de generarles una sensación de inseguridad ante el miedo a ser deportados. En realidad, se les hace sentir que en el único lugar que se hallan seguras es en el lugar de explotación, caso contrario serán descubiertas y expulsadas del país. También se imprime control psicológico cuando se les retiene la documentación a las víctimas, para que no puedan, en el ideario de ellas, alejarse del lugar de explotación. Tengamos en cuenta que, en muchos casos, las víctimas son menores de edad, que creen que no pueden circular libremente sin tener alguien a cargo o contar con su documentación personal.

Exactamente el mismo efecto psicológico se consigue cuando el tratante le muestra a su víctima el poder que detenta (por ejemplo, exteriorizando relaciones con las fuerzas de seguridad, el poder judicial, político, etc.). Es importante tomar dimensión de cómo repercute en la psiquis de las víctimas que su explotador le exhiba o alardee de sus vínculos con las agencias referidas. No hay duda de que ello causa una íntima convicción en las mujeres explotadas de que cualquier resistencia o salida que procure la puede poner en peligro (coacción tácita).

²⁵ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Tráfico de personas -La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2013 (2da edición), pág. 40. En este sentido se consideró que “En vinculación con las argumentaciones de la esforzada defensa de A. respecto a que nunca existió afectación a la capacidad de autodeterminación de las víctimas-testigos y que cada una de las mujeres decidió libremente ejercer la prostitución, adquiere particular trascendencia lo indicado en la sentencia respecto a que las víctimas “También acreditaron, por intermedio de sus testimonios, que A. las amenazaba con contar a sus familias de la actividad prostitucional que ejercían y/o publicar sus fotografías íntimas en Facebook; y que las mujeres, conforme se señala en el fallo en crisis, también dijeron del nombrado que “[...] tenía un carácter fuerte [...]”, habiendo referido puntualmente la testigo A.D.A. a un episodio en que le tiró una silla” (CFCP, Sala III, 4/10/2020, “C., C.K. y otros s/ recurso de casación, publicado en RDP 2021-2, 4/02/2021-126. Cita: TR LALEY AR/JUR/57144/2020).

A veces, se recurre a la generación de deudas relacionadas a: i) la logística de su captación; ii) los traslados hasta el destino; iii) la compra de la mujer a otro explotador; iv) los gastos de comida; v) el cobro de habitación u hospedaje, incluso cuando es en el mismo lugar de “trabajo”; vi) gastos en productos cosméticos, ropa, de protección sexual (preservativos), test de embarazos, toallitas diarias, etc.; vii) viajes que las víctimas realizan con el propio explotador; viii) costos de gestión de documentación; ix) revisiones médicas, incluso cuando son atendidas en hospitales públicos; x) otros.

Esta maniobra de coacción psicológica tiene como finalidad que la víctima continúe vinculada a su explotador. Lo mismo se procura a través de la imposición de multas como castigos de supuestas faltas o pérdidas en las que la víctima haya hecho incurrir a su “patrón”. Esas deudas la mantienen ligada –coactivamente, por cierto– a su explotador.

Otra estrategia es la de mantenerla controlada (coartada) en su capacidad de circular, ya que es el propio tratante el que le autogestiona la vida supervisando sus movimientos. Así, se ha entendido que constituye un indicador insoslayable de control personal, que coarta la libertad de la persona y explica la explotación, la circunstancia de que el autor “[...] era quién se encargaba de cocinarles (a las víctimas), comprarles todo lo que ellas necesitaban, hasta sus cosas personales como toallitas protectoras, así logrando que estas mujeres no salgan del local.”²⁶

No hay duda de que producir el aislamiento de la víctima es una forma bastante eficiente de control personal, ya que se la coloca en situación de vulnerabilidad, lejos del contacto con los demás. Pero, hay que tener claro que el aislamiento solo se concreta con violencia, encerrando contra su voluntad a la víctima o con un marcado componente de presión psicológica. El hacerlas sentir inestables o inseguras en el medio social es una de las maneras en las que se expresa el abuso psicológico referido.

En algunos supuestos se habla de persuasión coercitiva, lo que parece una contradicción en sí misma, pero existen supuestos a los que perfectamente les cabe. Tal es el caso la “secta coercitiva”, distinguida por la búsqueda del aislamiento de la persona, la intervención sobre variables de su entorno, el abuso

²⁶ TOF de Catamarca, sentencia n° 286, del 5/junio/2019, autos “L., A. R. y otro s/ infracción art. 145bis, conforme ley 26842”. Sentencia que fue confirmada por la CFCP, sala I, causa FTU/12668/2015/T01/CFC1, conforme voto del Dr. Daniel A. Petrone, al que adhirieron los Dres. Diego Barroetaveña y Ana María Figueroa.

psicológico y el sometimiento de los integrantes a las creencias y prácticas de la secta²⁷.

Por otra parte, una forma normal de intimidar directamente a las víctimas es a través de los malos tratos, los que también repercuten en sus psiquis, ya que para no ser objeto de los mismos se abstienen de producir cualquier acto que le genere malestar a su explotador. Dicha situación, por supuesto, fue creada adrede por el sujeto activo a sabiendas de las inhibiciones internas que genera en las víctimas. Lo que se busca es limitar, al máximo posible, las eventuales defensas que pudieran llegar a oponer.

Al respecto, se ha dicho que: “Cabe enfatizar también que se sometía a las damnificadas a solapadas formas de coerción, a fin de infundirles temor y evitar su liberación. En tal sentido, deben mencionarse los malos tratos, el sistema de multas, el endeudamiento, más el sistema de control que se ejercía sobre la circulación de las mujeres”²⁸.

IV. La vulnerabilidad y el sistema prostibulario

Vulnerabilidad es aquel estado de indefensión, de debilitamiento de la personalidad, donde se ausentan las fuerzas para poder enfrentar todo tipo de presiones inhumanas y amenazantes²⁹. El Tribunal Oral Federal de Jujuy, en un destacado pronunciamiento, estremecedor por la crueldad de los hechos objeto de juzgamiento, ha dicho acertadamente que es indispensable “[r]eferirse a la dignidad de la persona, como concepto primario, casi antropológico, relevante porque actúa la voluntad de cada uno, voluntad que se encuentra en el centro del principio de autonomía, entendido como la libre elección de un plan de vida e ideales de excelencia, de manera tal que para elegir debe existir un catálogo de posibilidades, para que la posibilidad exista es necesario un conocimiento mínimo de las opciones vitales disponibles, si este no existe no hay elección posible, no hay autonomía y se lesiona la dignidad “esto es vulnerabilidad””³⁰.

²⁷ CFCP, sala I, causa FMP 1187/2014/TO1CFC1, “Hurtado Isaías Nelson y Padilla Coronado Patricia Soledad s/ recurso de casación”, sentencia del 1° de julio de 2022, voto del Dr. Barroetaveña.

²⁸ CFCP, Sala II, causa FCR 52019312/2012/TO01/18CFC2, “Montoya Pedro Eduardo y otros/ recurso de casación”, sentencia del 12/abril/2018. Causa “Aliká”.

²⁹ DE CESARIS, Juan, *La vulnerabilidad en la ley de trata de personas*, Sup Act. 10/09/2009, 1; en igual sentido: COLOMBO, Marcelo L – MANGANO, María Alejandra, Ob. Cit.

³⁰ TOCF, Jujuy, sentencia 29/dic/2015, J., M.A. y otro s/ infracción a la ley 26364”, c. 8398/2014;

La nota distintiva de la vulnerabilidad es, entonces, la falta de alternativas reales para evitar someterse al abuso³¹. Como contrapartida, para el autor implica un actuar a sobre seguro, sin riesgo, puesto que manipula a una mujer que se encuentra ante circunstancias aciagas que degradan su voluntad y libertad para decidir, negándole (anulándole) opciones frente al ultraje. En el caso de las niñas, no cuentan con una madurez personal que les permita enfrentar a su explotador.

El autor conoce y usa –en realidad abusa– de la vulnerabilidad de la víctima para ofrecerle, captarla, transportarla, recibirla o acogerla con el fin de explotarla sexualmente, “[...] de modo que la persona crea que someterse a la voluntad del abusador es la única alternativa real o aceptable que dispone y que resulte razonable que crea eso a la luz de la situación”³².

Para ello, es trascendental, además de la cuestión de género, relacionar una pluralidad de indicadores como: la edad, pobreza, exclusión social y cultural, educación limitada, aislamiento del entorno, migración, falta de documentación, desamparo, problemática familiar, hacinamiento, adicción a sustancias tóxicas, personalidad de la víctima, antecedentes penales, enfermedad, etnia, orientación sexual, expresión e identidad de género, nacionalidad, falta de contención, de hogar, familia, contexto de violencia física o psíquica, violencia institucional, etcétera.

En este sentido, nuestra CSJN ha adherido, mediante la Acordada 5/2009, a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, en las que precisamente se consigna que: “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.- Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”.

Fallo confirmado por la CFCP, sala I, el 22/diciembre/2017.

³¹ CFCP, SALA I: “Del Valle Zapata, Adriana s/ legajo de casación • 27/12/2021. Cita: TR LALEY AR/JUR/202461/2021

³² CFCP, Sala IV, 21-11-13, “Che, Ziyin; Li, Chengguo; Choi, Kyunhak; Dong Soo, Jang s/ recurso de casación, c. 15.668, reg. 2257.13.4; www.pjn.gov.ar; citado por MAIZÁ, María Cecilia, en “Delitos contra la libertad -reducción y trata de personas-”, en *Revista de derecho penal*, CABA, Ed. Rubinzal Culzoni, 2014, tomo 2, pág. 361.

De lo dicho se desprende que, el estado de vulnerabilidad se comprueba cuando se analizan en conjunto una serie de factores que aisladamente quizás sean insuficientes o dudosos para generar dicho cuadro³³.

Ahora bien, en lo que estrictamente concierne a la trata con fines de explotación sexual, se ha llegado a sostener que la pertenencia de la víctima al entramado prostibulario, más su delicada situación socioeconómica, constituye en sí mismo un aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima³⁴.

La explotación sexual de niñas y mujeres proviene esencialmente de la ignominiosa relación entre proxenetismo–prostíbulo y ésta, a su vez, está indisolublemente vinculada al desvalor cultural de la desigualdad de género y la pobreza. Por eso es que, la trata de mujeres y niñas no puede ser analizada sesgadamente sin tener en cuenta la realidad social de violencia contra la mujer.

Es claro que, se ve facilitada por la existencia de una sociedad patriarcal en la que las relaciones de subordinación y exclusión de la mujer son socialmente aceptadas y tienen profundas raíces culturales. Se trata de una sociedad que exalta lo masculino por sobre lo femenino, que le da preeminencia y le asigna los atributos de poder, dominación, dirección y construcción. Hay una idea de mujer sometida al hombre y a su servicio.

Vale decir que, el sistema prostibulario (ejecutado en el prostíbulo y dirigido por proxenetas) y la trata de mujeres con fines de explotación sexual no pueden escindirse, ya que, desde el punto de vista sociológico, las mujeres prostituidas y las mujeres objeto de la trata son las mismas. Los lugares de explotación también son los mismos: prostíbulos, privados, whiskerías, cabarets, pubs, etc. Las redes de proxenetas convergen en la generación de ganancias millonarias mientras provocan enormes daños a sus víctimas: distintas formas de violencia, lesiones, abusos de toda índole, violaciones, enfermedades de transmisión sexual, trastornos de estrés postraumático, adicciones y procesos de descorporización³⁵. Para Marcelo Colombo, el sistema prostibulario es, en esencia, la trata, y apunta que en las reglas que lo estructuran existe ya suficiente componente de abuso, dominación, discriminación que producen la trasmutación de una mujer en una

³³ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Tráfico de personas -La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2013 (2da edición), pág. 45.

³⁴ TOCF, Tucumán, sentencia del 6/octubre/2021, causa 15.387/2019, caratulada “D., G.S.s/ Infracción ley 26364”.

³⁵ SILVA, Alicia Noelia, *Femicidio y trata de mujeres con fines de explotación sexual: dos expresiones de una misma violencia*, www.infojus.gov.ar, 6 de octubre de 2014, Id Infojus: DACF 140722.

cosa³⁶. Según su aguda mirada “[el] sistema prostibulario anida en las características de vulnerabilidad de sus víctimas. La primera, la desigualdad de género que está presente siempre. La segunda, la pobreza está en un porcentaje tan alto que equivaldría a decir: el binomio género y pobreza son pilares constitutivos de la actividad prostibularia”³⁷. Específicamente, son las mujeres nacidas en entornos desfavorecidos y con educación deficitaria las que integran mayormente el elenco prostibulario³⁸. “Esas mujeres, además, en un 90 % de los casos fueron iniciadas en la prostitución siendo mujeres y niñas o adolescentes”.³⁹

V. La convergencia

La violencia, como apuntaba antes, puede asumir diversas formas (física, sexual, moral, tácita, directa, indirecta, simbólica, etc.) y no es inusual que se presenten todas juntas. De hecho, es posible asegurar que, si existen golpes para ablandar la resistencia de la víctima, habrá también amenazas, intimidaciones o coerciones de todo tipo. Hay que incluir aquí la manipulación de la víctima hacia la gratitud, ya que temor y gratitud son dos formas en que se puede “manejar” a las víctimas⁴⁰. Eufemísticamente se alude a la gratitud de no ser golpeada entre las golpeadas, una agraciada entre las desdichadas; en realidad, se apunta a un sistema de premios y castigos cruel que torna agradecida a quién puede evitar su propia penuria.

Violencia, amenazas coactivas, presión psicológica, intimidaciones y coacciones varias aparecen estrechamente vinculadas e incluso yuxtapuestas con el engaño, fraude y, sobre todo, con el abuso de una situación de vulnerabilidad. Se trata de un combo que los expoliadores saben aprovechar a la perfección.

La vulnerabilidad, sea creada o generada por el propio tratante, subyace siempre, ya que se trata de víctimas que no se encuentran en condiciones de repeler las violencias –sentido amplio– a las que son expuestas. En alguna etapa

³⁶ COLOMBO, Marcelo, “La trata de personas con fines de explotación sexual frente a la desigualdad y la vulnerabilidad” en AA.VV. *–La trata de personas con fines de explotación sexual –cuestiones interjurisdiccionales–*, Buenos Aires, Ed. Ad - Hoc, 2013, pág. 38 y ss.

³⁷ Ídem.

³⁸ Ídem.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ RUGGIERO, Vincenzo, *Delitos de los débiles y los poderosos*, Buenos Aires, Ed. Hoc., 2005, pág. 2005.

del proceso de trata, entre el origen y el destino, la víctima se encontrará, de una manera u otra, en situación de vulnerabilidad y su opresor se abusará de ello.

VI. Conclusiones

Las víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual son niñas y mujeres.

Con el engaño se busca colocar a la víctima en una situación de vulnerabilidad de la que pueda aprovecharse luego el autor.

El proceso de la trata está atravesado por diferentes tipos de violencia: directa, indirecta, tácita o simbólica.

La explotación sexual de niñas y mujeres proviene esencialmente de la ignominiosa relación entre proxenetismo–prostíbulo.

En las reglas que estructuran el sistema prostibulario existe suficiente abuso, dominación y discriminación que producen la trasmutación de una mujer en una cosa.

La violencia, amenazas coactivas, presión psicológica, intimidaciones, coacciones, engaño, fraude y el abuso de una situación de vulnerabilidad conforman un combo que los expoliadores saben aprovechar a la perfección.

La fuerza expansiva de la cláusula de no punibilidad prevista en el artículo 5 de la Ley N° 26.364

María Pamela Tenreyro*

Abstract: Partiendo de la previsión contenida en el art. 5° de la Ley n°26.364, se pretende interpelar a los operadores jurídicos, superando estereotipos y visiones sesgadas, bregando a la aplicación de aquella norma, con el consiguiente repliegue punitivo, a otras situaciones en donde se encuentre una mujer en conflicto con la ley penal, cuyas ciertas particularidades contextuales condicionan su autodeterminación.

I. Introducción

La intención de este trabajo es partir del análisis del art. 5° de la ley n° 26.364 y rescatar su valor, su espíritu tuitivo, para que pueda aplicarse a otros supuestos en los que se encuentren mujeres en conflicto con la ley penal.

La fuerza expansiva propuesta no sólo procura una hermenéutica *in bonam partem* o a la luz del principio pro persona previsto en el art 29 CADH, sino que se fundamenta en el deber que detentan los operadores del sistema judicial de aplicar perspectiva de género¹.

* Doctora en Derecho. Profesora universitaria (UNT, UNSTA, San Pablo Tucumán) e investigadora categorizada. Defensora Pública Coadyuvante ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán

¹ LABOZZETTA, Mariela, “¿Tenemos política criminal en materia de violencia de género?”, en Sistemas judiciales n 22, ARDUINO, Ileana (Dir.) *Género, diversidad sexual y justicia*, CEJA e INECIP, 2018. p 85, observó que “el servicio de justicia está erigido en la matriz misma del patriarcado, de modo que tiende a sostener y reproducir prácticas violentas presentes en el orden social. Ello se advierte con mayor intensidad en el derecho penal, que tiene una estructura androcéntrica y que no ha evidenciado evoluciones normativas ni organizacionales [...]”.

Si bien esta obligación se encuentra consagrada, a nivel nacional e internacional, en diversos instrumentos jurídicos, que serán mencionados en los acápites siguientes, se considera que aún queda mucho por trabajar para deconstruir las masculinidades hegemónicas, asentadas en una deformación social e histórica enseñada a través de mandatos, roles y estereotipos de género².

Se propone aportar una visión superadora que represente enfrentar las discriminaciones y contrarrestar la agresión sistemática que padecen las mujeres, para que, desde la dogmática del derecho penal, se proporcionen soluciones más humanitarias como justas y, a la vez, se salvaguarden los compromisos contraídos por el Estado Argentino.

Es por ello que, la aplicación de la perspectiva de género pretende neutralizar las graves consecuencias que la negación de la igualdad y el derecho a vivir una vida libre de violencia acarrea para las mujeres³.

II. El deber normativo de aplicar y resolver con perspectiva de género

La defensa por la dignidad de las personas es uno de los principios fundamentales del Derecho. El Estado no puede mantenerse al margen o inactivo, sino que tiene a su cargo velar por una conformación social que permita garantizar el pleno goce de los derechos, a través de la promoción de las medidas de actuación positiva, conforme se desprende de los arts. 75 inc. 22 e inc. 23 de la Constitución Nacional (CN)⁴.

Partiendo de la premisa de reconocer las situaciones desventajosas en que – en distintos ámbitos- se encuentran las mujeres frente a los hombres, es imprescindible que, quienes ejercen la función judicial, detenten un enfoque de género con el fin de garantizar decisiones asertivas. Por el contrario, cuando no es así, se reivindica una práctica que se basa en relaciones de jerarquía por ra-

² Desde hace muchos años, la sociedad elaboró preconceptos respecto a cómo deben ser y proceder los varones (como proveedores, fuertes, viriles, etc.) y las mujeres (como maternas, sensibles, frágiles, dóciles, etc.)

³ Conf. Paraboni, Romina Soledad, “Mujeres en situación de vulnerabilidad imputadas por hechos de transporte y contrabando de estupefacientes. Análisis de algunas decisiones adoptadas por la Cámara Federal de Casación Penal y elaboración de estrategias de defensa con perspectiva de género”, en VVAA Estudios sobre jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa. Número especial: Estupefacientes, pág. 90.

⁴ TENREYRO, María Pamela, *Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa*, *Advocatus*, Córdoba, 2012, págs. 23 y 24.

zones de género, incurriéndose en un caso de error judicial, como también un supuesto de violencia institucional. Lo que, no debe admitirse.

El enfoque de género es una obligación asumida por la República Argentina en materia de lucha contra la violencia de género al suscribir la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁵, cuyo art. 1° postula: “A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Además, del texto se observa la necesidad de revisar patrones socio-culturales, ya que la persistencia de prejuicios y estereotipos discriminatorios por motivos de género resulta un serio obstáculo para la protección de los derechos humanos de las mujeres⁶.

Al respecto, la Recomendación General n° 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las mujeres (Comité CEDAW), establece que: “[...] los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera per-

⁵ El 8/5/1985 el Congreso de la Nación sancionó la ley n° 23.179, para su implementación en Argentina, y desde 1994 posee jerarquía constitucional en virtud de lo establecido en el art. 75 inc. 22. Véase, en el art. 2°: “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; f) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer”. Art. 5: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

sonas, organizaciones o empresas. En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas [...]”.

En igual dirección, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como “Convención de Belem do Para”, entiende “por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1°). Además, “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”. Por lo que: “Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer [...]” (Art. 8).

La ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (ley n° 26.485)⁷, indica en el art. 4 que: “Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, en el espacio analógico digital, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”⁸. Prescribiendo en su art. 7 que, el Poder Judicial –como uno de los órganos del Estado– debe adoptar las medidas

⁷ Publicada en BON: 14/4/2009.

⁸ Artículo sustituido por art. 3° de la ley n°27.736, BON: 23/10/2023.

tendientes a modificar y/o eliminar patrones socioculturales, usos y prácticas que pudieren constituirse en situaciones de discriminación contra las mujeres.

Por la llamada ley “Micaela García”, n°27.499⁹, se determinó una capacitación obligatoria en materia de género para todos los agentes que integran los poderes públicos. Su valor radica en motorizar un cambio educacional para transformar prácticas burocráticas con sesgos discriminatorios y encaminarnos a una sociedad más inclusiva.

Agregando que, merced al deber de supremacía convencional, derivado de los arts. 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), todos los entes estatales tienen que realizar un control de convencionalidad; ya que los casos de violencia contra la mujer quedan comprendidos como una transgresión del art. 5 de la CADH, que consagra el derecho a la integridad personal. Siendo destacable la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en “caso del Penal Miguel Castro vs. Perú”¹⁰, “caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”¹¹, “caso Fernández Ortega y otros vs. México”¹², Caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”¹³, “caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala”¹⁴, “caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala”¹⁵, “caso

⁹ Publicada en BON: 10/1/2019.

¹⁰ Sentencia del 25/11/2006: “El Estado del Perú intencionalmente infligió violencia contra las prisioneras políticas como castigo por su doble transgresión del sistema imperante: el uso del factor género para infligir daño y torturar a las prisioneras”.

¹¹ Sentencia del 16/11/2009, por la que se reconoció por primera vez que cuando los estereotipos de género se reflejan en políticas públicas y prácticas de agentes estatales, contribuyen a mantener y justificar la subordinación de las mujeres y son una de las causas y consecuencias de la violencia de género. La Corte reconoció que hay una conexión entre la discriminación y la violencia y afirmó que el uso de estereotipos “reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia”. En particular, indicó que los Estados “deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer”.

¹² Sentencia del 30/8/2010: “que la violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos”, sino que es “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, que “trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”.

¹³ Sentencia del 31/8/2010: “En casos de violencia contra la mujer, ciertos instrumentos internacionales resultan útiles para precisar y dar contenido a la obligación estatal reforzada de investigarlos con la debida diligencia”.

¹⁴ Sentencia del 4/9/2012: “el Tribunal ha indicado en su jurisprudencia reiterada que la investigación penal debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género. El Tribunal recuerda que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada,

López Soto y otros vs. Venezuela”¹⁶, “caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México”¹⁷, “caso Bedoya Lima y otra Vs. Colombia”¹⁸, “caso Barbosa de Souza y otros vs. Brasil”¹⁹, entre otros.

También lo dispuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el “caso Maria Da Penha Vs. Brasil”²⁰, presentado por una víctima de violencia doméstica, ocasión que el organismo supranacional aplicó por primera vez la Convención Belém do Pará y decidió que el Estado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante quince años pese a las reclamaciones oportunamente efectuadas.

Sumado a que, el Informe “Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”²¹ parte de la premisa de que el poder judicial cons-

lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia”.

¹⁵ Sentencia del 9/3/2018, párr. 295: “La Corte ha identificado, reconocido, visibilizado y rechazado estereotipos de género que son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y respecto de los cuales los Estados deben tomar medidas para erradicarlos”.

¹⁶ Sentencia del 26/9/2018: “Asimismo, la Corte se ha referido a los lineamientos desarrollados por la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas, en los cuales se enlista una serie de medidas conducentes a cumplir con sus obligaciones internacionales de debida diligencia en cuanto a prevención, a saber: ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer; existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcionen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la violencia; políticas o planes de acción que se ocupen de la cuestión de la violencia contra la mujer; sensibilización del sistema de justicia penal y la policía en cuanto a cuestiones de género, accesibilidad y disponibilidad de servicios de apoyo; existencia de medidas para aumentar la sensibilización y modificar las políticas discriminatorias en la esfera de la educación y en los medios de información, y reunión de datos y elaboración de estadísticas sobre la violencia contra la mujer”.

¹⁷ Sentencia del 28/11/2018, párr.218: Es necesario que el Estado implemente programas, políticas o mecanismos para activamente luchar contra estos prejuicios y garantizar a las mujeres una igualdad real. Cuando el Estado no desarrolla acciones concretas para erradicarlos, los refuerza e institucionaliza, lo cual genera y reproduce violencia contra la mujer

¹⁸ Sentencia del 27/8/2021

¹⁹ Sentencia del 7/9/2021: “La ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia”

²⁰ Informe n° 54/01, del 16/4/2001

²¹ Elaborado por la Relatoría sobre los derechos de la mujer, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, del 20 de enero de 2007. En el mismo se recalcó la obligación de los Estados de organizar su estructura gubernamental para prevenir, investigar, sancionar y reparar actos de violencia y discriminación contra las mujeres, utilizando como base instrumentos como la Convención de Belém do Pará, la Convención Americana y la Convención

tituye la primera línea de defensa a nivel nacional para la protección de los derechos y las libertades individuales de las mujeres, y por ello la importancia de su respuesta efectiva ante violaciones de derechos humanos.

Así, a partir del bloque normativo como los precedentes jurisprudenciales citados, se fijó el estándar de la debida diligencia en cabeza de las autoridades estatales en materia de género, para contrarrestar un patrón general de negligencia e inactividad.

Por este motivo, se insta a procurar y vigilar que los operadores judiciales procedan con perspectiva de género, y, en consecuencia, en caso de no hacerlo, se les apliquen las sanciones que correspondan, con finalidad correctora y ejemplificadora.

III. La sabiduría del art. 5° de la ley n°26.364

Desde el año 2008 se encuentra vigente la ley n°26.364²², de prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas, que dota al sistema legal de un completo marco preventivo, represivo, asistencial y proteccionista²³. En esta norma existe una herramienta valiosa para comprender y considerar un repliegue del sistema represivo contra las mujeres. Tal es, la cláusula de no punibilidad del art. 5°, que determina: “Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las dañificara”.

Entendiéndose en la jurisprudencia que: “Resulta hipócrita el reclamo punitivo y la exigencia a una víctima de trata que regrese a condiciones de vulnerabilidad y rechace la oportunidad de resguardarse de la explotación y vulneración de sus derechos que la atormentó durante toda su vida”²⁴.

El delito de trata de personas atenta directamente contra la voluntad de au-

Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

²² Publicada BON 30/04/2028.

²³ LUCIANI, Diego Sebastián, *Criminalidad organizada y trata de personas*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2011, págs. 95 a 111.

²⁴ Conf. CFCP, sala II, “JHA y otra”. Reg. n° 23/17. Causa n° 81000828. 13/2/2017, del voto de Slokar.

todeterminación del sujeto pasivo. Las conductas de las víctimas deben entenderse –a priori– como carentes de una libre voluntad precisamente por la conducta del sujeto activo que las restringe, limita o anula, lo cual reduce sus posibilidades de ajustar su conducta a derecho.

En esta inteligencia, la persona cooptada en una red de trata, e inducida, condicionada u obligada a cometer un delito, no debe recibir un reproche de culpabilidad, pues carece de autodeterminación y libertad para conducir sus acciones. El axioma es que, no se prevé una persecución y castigo, sino por el contrario un proceso de reempoderamiento²⁵.

De este modo, se atiende a la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima de trata, que es llevada a realizar una conducta penada por el estado de indefensión, de debilitamiento de la personalidad, donde se ausentan las fuerzas para poder enfrentar todo tipo de presiones inhumanas y amenazantes²⁶.

Cabe señalar que, la citada cláusula de no punibilidad se origina tanto del “Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños”, anexo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (aprobada por la República Argentina mediante la ley N° 25.632, en el año 2002), como de la Recomendación General N° 19 del Comité creado por la CEDAW, en cuyo art. 6 se resalta el deber de los Estados de adoptar medidas para suprimir todas las formas de trata y explotación de la prostitución de la mujer.

Entre las finalidades del aludido instrumento se enuncia, por un lado, la existencia de un mandato internacional de no criminalizar las conductas de las víctimas de trata de personas y, por otro, la necesidad de prevenir y combatir la trata, promoviendo la cooperación de los Estados para lograr esos fines.

La finalidad de protección y ayuda a las víctimas de trata de personas surge expresamente tanto del “Preámbulo” como de las “Finalidades” del Protocolo de Palermo. A la vez, del art. 6.2.b. se desprende que cada Estado deberá pro-

²⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio, “Se trata de no criminalizar a las víctimas...” en VVAA *El delito de trata de personas. Herramientas para los defensores públicos*, publicación realizada por la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Buenos Aires, 2013, pág. 35.

²⁶ Cfr. DE CESARIS, Juan, “La vulnerabilidad en la Ley de Trata de Personas”, Revista *La Ley, Suplemento Actualidad*, 10/09/2029, citado por Martínez, Stella Maris, en “Criminalización de víctimas de trata de persona”, pág. 53 en VVAA *Revista das Defensorias públicas do Mercosul* - R. Defensorías Publs. Mercosul, Brasília, DF, n. 3, p. 1-192, jun. 2013.

porcionar a las víctimas “asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de defensa”.

En el art. 3 se establece la responsabilidad para los Estados de disponer de medidas destinadas a la recuperación física, psicológica y social, mediante un alojamiento adecuado, asesoramiento e información acerca de sus derechos, asistencia médica, psicológica y material, oportunidades de empleo, educación y capacitación. Además, se establece el deber de brindar seguridad física, tanto mientras se encuentren en un territorio como en el eventual trámite de repatriación, y cada Estado “velará porque su ordenamiento jurídico interno provea medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos” (art. 6.6).

Para garantizar la efectiva prestación de los deberes asistenciales, el Estado deberá disponer la correspondiente previsión y asignación de recursos públicos para la contención de las mujeres rescatadas, con la finalidad de que éstas puedan comenzar con su proceso de recuperación; el cual necesita llevarse a cabo a través de un trabajo multidisciplinario e integral, que se inicia fortaleciendo su identidad para ir creando un vínculo de contención y confianza donde cada una de las mujeres pueda con fortaleza asumir lo que han vivido y sobreponerse. Solo así, cuando ellas hayan podido recobrar su estabilidad psicofísica, podrán comenzar a idear y ejecutar su propio plan de vida²⁷.

También, se prevé la posibilidad de evitar el riesgo de revictimización, previsto en el Capítulo III, vinculado a las medidas de prevención y cooperación. Asimismo, es importante destacar que la Relatora Especial sobre la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, en su Informe sobre la “Administración de Justicia Penal y las Víctimas de Trata de Personas”, sostuvo que las víctimas de la trata “no deben ser enjuiciadas por delitos relacionados con su condición de víctimas de la trata”²⁸.

²⁷ TENREYRO, María Pamela, “Responsabilidad estatal por la inactividad en la debida contención, protección y asistencia a las mujeres víctimas de trata”, en *VVAA VIII Jornadas Nacionales de la Defensa Pública Oficial*, Coordinador: Luis E. Ducastella Arbizu, editorial Jusbaire, Buenos Aires, 2021, págs. 557 a 564.

²⁸ Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Joy Ngozi Ezeilo, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en el 20° período de sesiones, 6/6/2012, A/HRC/20/18.

Desde esta perspectiva, la detención y el castigo de mujeres imputadas víctimas de trata de personas es incompatible con un enfoque basado en los derechos humanos.

IV. La importancia de la fuerza expansiva de la cláusula de no punibilidad

Continuando lo esgrimido en el acápite anterior, luego de descubrir la génesis del art. 5° de la ley n°26.364, se considera que la misma debe proyectarse y aplicarse a otros casos donde se tengan que resolver en sede penal situaciones de mujeres vulnerables, sumidas en contextos de violencia, donde está afectada su autodeterminación. Ello exige superar los preconceptos de “buena mujer”, “mala mujer”, “buena víctima”, “mala víctima”.

El punto de partida es observar las circunstancias culturales, sociales o económicas en la que ellas se encuentran en un proceso judicial, de modo de identificar los patrones de condicionalidad que las ubican en condiciones de inferioridad y, consecuentemente, con más posibilidades de ser perjudicadas o atacadas, que operan como circunstancias reductoras de su culpabilidad.

En cuanto a la definición y alcance de situación de vulnerabilidad, cabe seguir las pautas interpretativas que brindan las “Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, adoptadas en la Cumbre Judicial Iberoamericana de Brasilia, en marzo de 2008, a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante la Acordada n° 5/2009.

De conformidad con lo establecido en el Capítulo I, Sección 2°, de esas Reglas, se considera en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Lo que, a la vez, dependerá de sus características específicas o, incluso, de su nivel de desarrollo social y económico.

Al respecto, la CIDH en el caso “Furlan y familiares vs. Argentina”²⁹, reafirmó el criterio que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer

²⁹ Sentencia del 31/8/2012, véase párr. 134.

las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”. Un enfoque integrador permite comprender que muchas mujeres involucradas en delitos de contrabando o tráfico de estupefacientes, en razón de sus circunstancias apremiantes que limitan su autodeterminación, se encuentra en un lugar asimilable a las víctimas del delito de trata; y, en todo caso, es posible la aplicación extensiva del art. 5° de la Ley 26.634, para que pueda significar un repliegue del *ius puniendi* a través de una resolución absolutoria, o bien procurar un control de proporcionalidad para habilitar la inconstitucionalidad de los mínimos legales de la pena.

a. El fallo “Zeballos Gutiérrez” del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán

Un antecedente alentador de la aplicación de perspectiva género en un proceso penal, que apoya la tesis propuesta en este ensayo, es el pronunciamiento dictado el 22 de junio de 2023, por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, en la causa “Zeballos Gutiérrez, Luisa y otros s/Infracción Ley 23.737” (Expte. n° 24566/2014)³⁰.

En el debate quedó sentado que la imputada, al momento de los hechos, era oriunda de la ciudad de Tarija (Bolivia), había sido madre recientemente, fue despedida al anunciar su embarazo y se hallaba con dificultades de encontrar un nuevo trabajo, por lo que atravesaba necesidades económicas; que en tal contexto, había aceptado un trabajo ofrecido por “Pati”, en el cual debía traer unos paquetes a la Argentina (que a la postre contenían sustancia estupefaciente); que se encontró en la Terminal de Pichamal con “Pati” y donde le entregó los bultos y el celular que le secuestrarán, que por este trabajo iban a pagarle U\$D 1100.

Producido el hallazgo del material prohibido, en un procedimiento de control vehicular, ya en la Provincia de Tucumán, Luisa fue detenida. Y, al momento de presentar su declaración indagatoria en instrucción, indicó que deseaba acogerse a la figura del arrepentido y quiso proporcionar datos sobre “Pati”, en presencia de un juez y un fiscal federal.

³⁰ Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, integrado en forma colegiada por los doctores Enrique Lilljedahl, presidente, Carlos Enrique Ignacio Jiménez Montilla, juez de cámara, y María Noel Costa.

Sin embargo, fue ignorada y no existió en el expediente prueba alguna de que las autoridades aludidas hayan abierto una investigación consecuente con el delito denunciado.

Esta omisión de diligencia funcional denota, por un lado, el incumplimiento estatal de investigar hacia arriba las estructuras del narcotráfico a la luz de lo dispuesto por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas; y, por otro lado, es un ejemplo de cómo se invisibiliza la petición de una mujer, conduciéndola a una situación de mayor desamparo.

El aporte de este decisorio es que se analizó con perspectiva de género la situación de la Sra. Zeballos. El fallo realiza mención de que “la Convención de Belém do Pará en su artículo 7, refiere a las obligaciones inmediatas del Estado en casos de violencia contra las mujeres, que incluyen procedimientos, mecanismos judiciales y legislación encaminada a prevenir la impunidad, incluyendo medidas para proteger a las mujeres de actos de violencia inminentes”. Es decir que, a través de una absolución, se enmendó la indiferencia antes padecida por la imputada.

En la resolución, quedó consignado que: “Zeballos Gutiérrez dijo que fue captada para hacer este trabajo y que la base para que ello sucediera fue su situación personal de vulnerabilidad y si bien en su declaración también manifestó el deseo de acogerse a los beneficios del instituto del arrepentido, ello no desobligaba a los funcionarios entonces a cargo de la pesquisa de investigar y hacerlo con perspectiva de género, esto es, investigar si la imputada era, en realidad, una víctima de un delito que esencialmente victimiza a las mujeres como es el de trata de personas. Para avanzar en la acusación en su contra, los acusadores debieron haber descartado aquellas circunstancias que señalaba la incoada. Tampoco sirve marcar una eventual contradicción entre ser arrepentido y víctima de trata de personas, puesto que al señalar que había sido captada en la situación indicada, los funcionarios estatales son los que tienen la obligación de darle una adecuada respuesta jurídica a los dichos de las hipotéticas víctimas, sin detenerse en cuestiones formales para inhibir las obligaciones convencionales de investigar, pero también contener y asistir, a las eventuales víctimas”.

Cabe subrayar que, “Género y vulnerabilidad suelen mostrarse como el anverso y reverso de una misma moneda, pues es difícil que aparezca una sin la otra, habida cuenta que –como veremos– las relaciones de subordinación y ex-

clusión socialmente aceptadas por cuestiones de género tienen profundas raíces culturales que lentamente, y no sin fuertes resistencias –expresas y tácitas–, van revirtiéndose”.

A fin de cuentas, desmitificando las construcciones sociales arquetípicas, la dialéctica judicial puede ser capaz de desentrañar la realidad solapada de las mujeres vulneradas utilizadas por las redes de criminalidad organizada.

V. Reflexión final

Más allá de la lucha que vienen dando los movimientos de mujeres y los feminismos, la cual se reivindica, se considera que se debe seguir bregando por un cambio cultural y social que humanice la mirada sobre las mujeres en conflicto con la ley penal, descontracturando la teoría del delito y la dogmática penal tradicional, detectando la problemática derivada de la violencia de género, identificando la situación de familias monoparentales con jefatura femenina, como la recarga de tareas de cuidado que pesa sobre las mujeres, entre muchos otros aspectos que irrumpieron en el campo jurídico y que interpelan a las/os operadoras/es del sistema de Administración de justicia en su quehacer diario³¹.

Para arribar a pronunciamientos justos y razonables es indispensable incorporar la perspectiva de género, indagando en la vida de las mujeres, muchas veces víctimas de violencia y en situación de vulnerabilidad, para superar la desigualdad estructural, histórica, social, cultural e institucional.

En definitiva, sólo si se supera el rígido discurso jurídico, es posible comprender el valor de la fuerza expansiva del art. 5° de la ley n°26.364 para otras situaciones en las que se precisa imponer una tutela jurisdiccional diferenciada.

³¹ ASENSIO, Raquel y DI CORLETO, Julieta, “Metodología feminista y dogmática penal” en *VVAA Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad Hacia una teoría del delito con enfoque de género*, Colección Eurosocia N° 14, Madrid, 2020, pág. 23.

Delitos sexuales en causas de lesa humanidad: un enfoque jurídico

María Verónica Michelli*

Abstract: El texto aborda los delitos sexuales en el contexto de lesa humanidad, enfatizando la necesidad de aplicar figuras penales específicas para estos crímenes en lugar de subsumirlos bajo “tormentos”. Se destaca la responsabilidad de los superiores jerárquicos y la importancia de juzgar con perspectiva de género, reconociendo la violencia sexual como un instrumento de control social y represión dirigido principalmente contra las mujeres.

Puntos claves en el abordaje del tema

I. Tipificación de los delitos sexuales: se analizan los artículos del Código Penal argentino vigentes durante la dictadura, que tipificaban los delitos sexuales, resaltando la distinción entre violación y abuso deshonesto.

Violencia sexual como crimen de lesa humanidad: se establece que los abusos sexuales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil constituyen crímenes de lesa humanidad.

Responsabilidad de los superiores jerárquicos: se destaca la importancia de atribuir responsabilidad funcional a los superiores jerárquicos por los delitos contra la integridad sexual cometidos por sus subordinados, en línea con la jurisprudencia internacional y la sentencia “Martel” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

* Secretaria de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de La Plata. Magister en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Sevilla, Diplomada en Innovación y Gestión Judicial por la U. Champagnat, Diplomada en Prácticas de Litigación Oral en el Sistema Acusatorio. Docente de la UCALP.

Perspectiva de género: se enfatiza la necesidad de juzgar los hechos con perspectiva de género, reconociendo la violencia sexual como una forma de control social y un instrumento de represión dirigido principalmente contra las mujeres.

Importancia de la calificación específica: se argumenta que la calificación de los abusos sexuales bajo figuras penales específicas es fundamental para visibilizar estos delitos y evitar su invisibilización dentro de la categoría general de “tormentos”.

II. En el marco de las nociones que guían estas líneas, debe señalarse que la violación y demás formas de abuso sexual se encuentran criminalizadas en el derecho penal internacional desde hace mucho tiempo; y, en ese orden, ha cobrado especial importancia la jurisprudencia emanada de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda -precedentes “Akayesu” del Tribunal para Ruanda del 2/9/98 y “Furundzija” del Tribunal para la ex Yugoslavia del 10/12/98-.

En idéntico sentido, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹ ha señalado diversas modalidades de violencia sexual —artículo 7, 1, g—, tales como la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo y la esterilización forzados o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable. Pues bien, la categoría de delitos contra la humanidad incluye, desde sus inicios, los ataques contra la libertad sexual junto con la tortura, el asesinato y la privación de la libertad, entre las demás conductas típicas descriptas en los diversos apartados del citado artículo 7.

Ahora bien, no puede soslayarse que, para que las conductas señaladas puedan ser catalogadas como crímenes contra la humanidad, es necesario que los abusos sexuales formen parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, es decir, una línea de conducta que implique la comisión de actos contra la población civil de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política, tal como lo requiere el artículo 7 apartado 2 inciso “a” del Estatuto señalado. En ese orden, puede afirmarse que el escenario en el que se desarrollaron los hechos criminales sucedidos durante la última dictadura militar en Argentina contiene la crimi-

¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, Naciones Unidas, aprobado por Ley N.º 25.390, Boletín Oficial de la República Argentina, 23 de enero de 2001, e implementado por Ley N.º 26.200, Boletín Oficial de la República Argentina, 9 de enero de 2007.

nalidad estatal requerida por la norma, pues tuvo generalidad y sistematicidad.

En esa línea, en la sentencia de la causa 13/84 de la Cámara Federal se ha sostenido que:

Los comandantes otorgaron a los cuadros inferiores de las fuerzas armadas una gran discrecionalidad para privar de la libertad a quienes aparecieran, según la información de inteligencia, como vinculados a la subversión; se dispuso que se los interrogará bajo tormentos y se los sometiera a regímenes inhumanos de vida, mientras se los tenía clandestinamente en cautiverio; se concedió, por fin, una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima, el ingreso al sistema legal, la libertad o, simplemente, la eliminación física.²

Puede afirmarse que la violencia sexual ejercida dentro de los centros clandestinos de detención que funcionaron durante la dictadura militar en Argentina, imperante a partir del 24 de marzo de 1976, puede ingresar en la categoría de lesa humanidad, pues es un acto delictivo fruto del dominio que los agentes de la represión ilegal tenían sobre las personas secuestradas, con el fin de cumplir con el plan criminal dirigido a la población civil. Si el poder que se otorgó a los cuadros inferiores pudo sellar la suerte de las víctimas, con más razón aún puede afirmarse que las agresiones sexuales encuadran como conductas criminales dentro de la discrecionalidad otorgada por los comandantes a los cuadros inferiores, tal como lo ha delineado la causa 13/84.

Es decir, los delitos sexuales ingresan en el ataque generalizado que constituyó el plan sistemático de represión, tal como lo requiere la normativa internacional que determina cuáles son los crímenes de lesa humanidad, en los términos del artículo 7. 1 g del Estatuto de Roma.

Sentado ello, una de las situaciones problemáticas que se plantea es que suele calificarse a los abusos sexuales exclusivamente como “tormentos”, prescindiendo del empleo de las figuras penales que la legislación prevé específicamente para esas situaciones. De este modo, los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado suelen quedar invisibilizados dentro del conjunto de padecimientos sufridos en cautiverio y son calificados globalmente como “tormentos”. Esta forma de calificar los hechos impide reflejar la especificidad de la agresión sufrida por la víctima del abuso sexual, pues queda englobada en una descripción típica que no demuestra todo el contenido del injusto puesto de manifiesto en la acción.

² Fallo de la Cámara Federal 309:13/84, p. 291.

Ahora bien, en ciertos casos, la falta de calificación de los abusos sexuales según las figuras específicas de la legislación nacional parece asociarse a la idea de que no se darían las condiciones exigidas por el derecho internacional para considerar a los delitos sexuales propiamente dichos como crímenes contra la humanidad. A su vez, se presentan ciertas dificultades para la persecución de los abusos sexuales, vinculadas a la interpretación y aplicación de las normas referidas al régimen de acción penal dependiente de instancia privada que, en nuestro ordenamiento jurídico, alcanza a los delitos de índole sexual.

Finalmente, se evidencian algunas dificultades en torno a la autoría y participación, partiendo de la idea de considerar a los abusos sexuales como “delitos de propia mano”. Es decir que, mientras en los casos de homicidios, torturas, privaciones de la libertad y otros delitos se atribuye responsabilidad penal a título de coautoría y autoría mediata, en los delitos de índole sexual, en general, el ámbito de la autoría se ciñe a aquellas personas que han realizado físicamente la acción típica.

El punto radica en establecer cómo distinguir un acto de violencia sexual ordinario de uno constitutivo de un crimen contra la humanidad. En ese orden, todo acto ilícito susceptible de integrar la categoría de los crímenes contra la humanidad —homicidio, tortura, violación— resulta abarcado por esa figura cuando forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

Ahora bien, debe destacarse que tiene que existir cierta relación entre el acto y el ataque para que pueda considerarse un crimen contra la humanidad. Es decir que, para determinar si una violación formó parte de ese ataque sistemático, según el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, la relación entre el acto y el ataque puede darse por satisfecha cuando se dan los siguientes dos elementos:

“La comisión de un acto que, por su naturaleza y consecuencias, es objetivamente parte del ataque.
el conocimiento del acusado de que existe un ataque contra la población civil y que su acto es parte de éste.”³

³ Kunarac, Caso Núm. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Sentencia, 22 de febrero de 2001, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, p. 99; Fiscal c. Semanza, Caso Núm. ICTR-97-20-T, Sentencia, 15 de mayo de 2003, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, p. 326.

Un modo más certero para dar por acreditado este nexo entre acto—ataque es determinar si el delito o la vulnerabilidad de la víctima se ve acrecentada porque la conducta de su autor se da en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra la población civil de un país, pues ello pondera la razón de ser de los crímenes contra la humanidad. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional deja en claro esta cuestión al momento de definir lo que significa “ataque”. La fórmula del Estatuto habla de “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos [...]” cuando lo que se exige es la múltiple comisión de actos incluidos en todos los incisos del art. 7.1 del Estatuto.

En ese orden, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso Kayishema, señaló que “los crímenes en sí mismos no necesitan contener los elementos del ataque (es decir, ser generalizados o sistemáticos, estar dirigidos contra una población civil [...]) pero deben formar parte de dicho ataque”.⁴ Es decir, un acto ilícito particular que no sea de los habituales dentro del ataque puede resultar un crimen contra la humanidad si objetivamente formó parte de ese ataque.

La fórmula del Estatuto de Roma respecto de “ataque” habla de “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos [...]”, a fin de evitar que pudiera entenderse que se requería la comisión de múltiples actos de la misma índole —homicidios o violaciones, por ejemplo— cuando en realidad lo que se exige es la múltiple comisión de actos en general.⁵

Sentado cuanto precede, debe destacarse que, durante el terrorismo de Estado en Argentina las diversas formas de abuso sexual estaban reprimidas dentro del título “Delitos contra la honestidad” del Código Penal.

Los tipos penales aplicables son:

Art. 119. Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes:

- 1°. Cuando la víctima fuere menor de doce años;
- 2°. Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiese resistir;
- 3°. Cuando se usare de fuerza o intimidación.

⁴ Fiscal c. Kayishema y Ruzindana, Caso Núm. ICTR-95-1-T, Sentencia, 21 de mayo de 1999, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, p. 135.

⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, Naciones Unidas, art. 7.1.

Art. 120. Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los números 2º y 3º del artículo anterior.

Art. 122. La reclusión o prisión será de ocho a veinte años, cuando en los casos del art. 119, resultare un grave daño en la salud de la víctima o se cometiere el hecho por un ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote o encargado de la educación o guarda de aquélla o con el concurso de dos o más personas.

Art. 123. Se impondrá reclusión o prisión de seis a diez años, cuando en el caso del art. 120, mediare alguna de las circunstancias expresadas en el anterior.

Art. 124. Se impondrá reclusión o prisión de quince a veinticinco años, cuando en los casos de los arts. 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida.

Art. 127. Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años, al que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del art. 119, sin que haya acceso carnal. Si el autor del hecho fuere alguna de las personas mencionadas en el art. 122, se le aplicará de tres a diez años de reclusión o prisión.

Debe puntualizarse que, durante la época de comisión de los eventos que aquí nos ocupan, las distintas formas de abuso sexual estaban reprimidas dentro del Título “Delitos contra la honestidad” del Código Penal (Ley 23.077)⁶. La norma que primeramente aparecía se encontraba contenida en el artículo 119, estableciendo que: “será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes: [...] 3º Cuando se usare de fuerza o intimidación” y, en el esquema legal vi-

⁶ *Código Penal de la Nación Argentina* [Ley N.º 23.077], 25 de abril de 1984, Boletín Oficial de la República Argentina, 19 de mayo de 1984.

gente a la época de los hechos, la disposición anterior se delimitaba con el artículo 127 del Código Penal, que definía el abuso deshonesto estableciendo: “[s]e impondrá prisión de seis meses a cuatro años, al que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 119, sin que haya acceso carnal”.

Esto significaba que, si el delito de naturaleza sexual implicaba la introducción del miembro viril masculino en el cuerpo de la víctima, nos encontrábamos frente a un supuesto de hecho subsumible en el artículo 119, mientras que, si no existía tal introducción, correspondía calificar la conducta en las previsiones del artículo 127. Sumado a ello, el artículo 122 preveía una circunstancia agravante que elevaba la pena, en cualquiera de los supuestos referidos en el párrafo precedente.

Así, en los casos de violación, la escala ascendía a la pena de ocho a veinte años de prisión, mientras que si se trataba de un abuso deshonesto la pena quedaba de tres a diez años de prisión. Esta circunstancia agravante entraba en juego cuando “[...] resultare un grave daño en la salud de la víctima o se cometiere el hecho por [...] el encargado de la educación o guarda de aquella o con el concurso de dos o más personas”.

Pese a que estas descripciones típicas son claramente aplicables a numerosos actos de abuso sexual cometidos contra personas secuestradas en los centros clandestinos de detención, se registran sentencias que directamente califican los hechos bajo la figura de “tormentos”. De este modo, los actos de abuso sexual que tienen una entidad propia —tanto para el derecho internacional como para la legislación nacional— quedan desdibujados dentro de un conjunto de padecimientos sufridos por las víctimas al que se califica globalmente como “tormento”.

Ahora bien, en el caso del delito de tormentos no se expresa la esencia particular que tiene una agresión de índole sexual y, por ende, nada autoriza a dejar de aplicar las figuras penales específicas. Como conclusión, puede afirmarse que no hay razones para que las figuras específicas de abuso sexual queden desplazadas por la eventual aplicación del delito de tormentos.

Pasando al análisis pormenorizado de las figuras en sí mismas, se puede sostener que el delito contenido en el entonces vigente artículo 127 del Código Penal castiga a quien abusa deshonestamente de una persona, no mediando consentimiento válido de la persona abusada sea por la edad, el empleo de métodos

violentos o coactivos, o por cualquier vía que implique la imposibilidad de prestar su consentimiento de manera libre, quedando claro que se trata de un acto con connotación sexual distinto del acceso carnal, pues no debía haber penetración.

Para autores como Sebastián Soler, se trataba de acciones corporales de aproximación o tocamiento inverecundo realizados sobre el cuerpo de otra persona, lo que importaba que los actos deshonestos sobre el cuerpo de la propia persona en presencia de otro, sin que haya aproximación, sin perjuicio de la posibilidad de subsunción en otros tipos penales —exhibición o corrupción—, no constituían ese delito⁷. Por su parte, Núñez sostenía que abusaba deshonestamente de otra persona el que usaba el cuerpo de ella para actos de significado objetivo impúdico, comprendiendo esta noción tanto la acción del agente sobre partes pudendas de la víctima como así también la acción de la víctima, por obra del autor, sobre esas partes del cuerpo de este último o de un tercero.⁸

Por su parte, Creus explicaba que los actos deshonestos pueden ser aproximaciones o contactos del cuerpo del agente con el de la víctima que en sí contengan un significado sexual, como es el tocamiento de las partes pudendas o los roces que normalmente tienen ese significado, sea que el mismo agente acceda con sus tocamientos o aproximaciones al cuerpo de la víctima o sea que, por su obra, logre que sea la víctima la que actúe sobre el cuerpo del agente (Creus, 1993, p. 231). Por el suyo, Fontán Balestra advertía que resultaba claro entonces que ni las palabras —por lujuriosas que resultasen— ni la simple contemplación constituyen un abuso sexual.⁹

Nótese que la categoría que engloba a los delitos contra la libertad sexual tuvo una evidente evolución desde la última dictadura militar y ha sido objeto de una reforma integral por ley 25.087 (B.O. 14/05/1999), que implicó un cambio de paradigma. Pues modificó la terminología empleada para describir las acciones típicas y, en lo que respecta al bien jurídico afectado, la “honestidad” fue desplazada para dar lugar a la noción de “libertad sexual” como concepto central.

⁷ SOLER, S. (2022). *Tratado de derecho penal* (6ta. ed., 3 tomos). Astrea., T. II p. 322.

⁸ NUÑEZ, R. C. (1976). *Tratado de derecho penal* (2da. ed.). Marcos Lerner Editora Córdoba. T. II p. 310.

⁹ FONTAN BALESTRA, C. (1995). *Tratado de derecho penal* (2da. ed.). ABELEDO-PERROT, T. II, p. 157.

Aclarado ello, debe afirmarse que los delitos sexuales deben diferenciarse de otros tipos penales; y su fundamento radica en que los delitos contra la integridad sexual se encontraban regulados en el Código Penal de manera independiente del delito de tormento al momento de cometerse los hechos del terrorismo de Estado y tienen un significado sexual que no se halla presente en los otros tipos penales. En ese orden, absorberlos en otros implica desconocer esta diferencia y se convierte en un modo de invisibilizar estos delitos.

Ahora bien, puede afirmarse que, al subsumirse los hechos bajo la figura de tormentos en perjuicio de los tipos penales referidos específicamente a abusos sexuales, no se respetan las consideraciones que surgen del derecho penal internacional.

Es decir, el Código Penal prevé de modo específico la calificación de los abusos, motivo por el cual no resulta correcto subsumir los hechos solamente en la figura de “tormentos”, puesto que el delito de tormentos no refleja todo el contenido de un delito de abuso sexual, y, por lo tanto, no puede desplazar a las figuras que específicamente se refieren a abusos sexuales. Esto es precisamente porque el modo de expresar la especificidad de la afectación a la libertad sexual es aplicar los tipos penales previstos con ese objetivo.

Debe agregarse que, si bien resulta adecuado diferenciar estos delitos, desde el punto de vista dogmático, cobra mayor relevancia para las mujeres que han decidido exponer estos hechos, en el afán de que los responsables sean castigados, particularmente, por los abusos sexuales padecidos. Esto tiene que ver con que los delitos contra la integridad sexual generan un daño muy profundo que, aún pasados muchísimos años, siguen impactando en quienes los sufrieron.

Aclaradas estas cuestiones, puede afirmarse que los abusos sexuales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil son crímenes contra la humanidad; y, tal como se señaló, que un acto de abuso sexual quede bajo la categoría de crímenes contra la humanidad no depende de la frecuencia o sistematicidad, sino que la circunstancia preponderante para subsumir un acto determinado en los delitos de lesa humanidad es que haya formado parte del ataque en este tipo de crímenes.

Esclarecida la normativa aplicable a las conductas que venimos analizando, debe señalarse que, en las primeras sentencias que se han dictado, se han fusionado los delitos sexuales y los tormentos. Pese a que estas descripciones típicas son claramente aplicables a numerosos actos de abuso sexual que se han come-

tido contra personas secuestradas durante el terrorismo de Estado, se registran sentencias que directamente califican los hechos bajo la figura de “tormentos”. Es decir, los actos de abuso sexual —que tienen una entidad propia— quedan subsumidos dentro de un conjunto de padecimientos sufridos por las víctimas, al que se califica de manera global como “tormento”, sin que existan impedimentos en considerar que los abusos sexuales fueron cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil.

Ahora bien, la inclusión de la violencia y/o abuso sexual como parte del plan sistemático de ataque contra la población civil que caracteriza a los crímenes de lesa humanidad surgió a partir del precedente “Molina”, dictado en 2012 por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal¹⁰, y reiterado luego en todas las sentencias posteriores de cada una de las salas que debieron resolver agravios que impugnaban esa caracterización y postulaban que se trataba de hechos aislados, iniciativas personales (delitos de “mano propia”) de quienes perpetraron esos delitos.

Es decir, se ha destacado el reconocimiento de la violencia sexual como crimen internacional y, a partir de ello, varios tribunales condenaron a los superiores jerárquicos de quienes cometieron directamente las violaciones y abusos sexuales como autores mediatos de tales ilícitos, en atención a la responsabilidad funcional que les correspondía.

En ese orden, puede destacarse que la jurisprudencia mayoritaria de la Cámara Federal de Casación Penal reconoció la posibilidad de atribuir responsabilidad funcional a los superiores jerárquicos por los delitos contra la integridad sexual cometidos por sus subalternos. Esa discusión motivó la sentencia “Martel” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde se determinó que era arbitraria la caracterización de la violencia sexual como delitos que solamente pueden ser imputados a sus ejecutores directos, por no encontrar sustento normativo y por ser una interpretación contraria a las obligaciones internacionales basadas en diversos tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico argentino, especialmente la Convención Belém do Pará¹¹.

En dicho fallo, se destacó que la violencia sexual puede ser utilizada como una forma de control social, como una táctica destinada a humillar, dominar, atemorizar, dispersar o reasentar por la fuerza a miembros civiles de una comu-

¹⁰ CNCP Sala IV “Molina, Gregorio Rafael s/ recurso de casación”, 17 de febrero de 2012.

¹¹ Martel, Osvaldo Benito y otros s/ averiguación de delito - FMZ 041001077/2011/TO01/4/1/RH003, del 17/05/2022, Fallos: 345:298.

nidad o grupo étnico y como un medio simbólico para humillar a la parte contraria o como un medio de castigo y represión. Pues, además de afectar a las mujeres de forma directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección, en tanto las consecuencias de la violencia sexual suelen trascender de la víctima.

También se puso de relieve que, se debe tener en cuenta la calidad de las damnificadas, en el sentido de su pertenencia a un conjunto que aparece como víctima de un ataque generalizado y sistemático; así como, también, que han sido secuestradas por grupos ilegales de tareas y recluidas en lugares que operaban como centros ilegales de detención, donde fueron sometidas a diversos actos delictivos -entre ellos abuso sexual y violación-. El juzgamiento de los hechos imputados debe necesariamente efectuarse con perspectiva de género, aspecto que resulta de obligatoria consideración en virtud de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, conforme a lo establecido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - Convención de Belem do Pará.

Finalmente, se sostuvo que: “[...] Es arbitraria (la) sentencia que excluyó de la coautoría en los hechos de violencia sexual a quienes a través de su acción hubieran brindado un aporte fundamental para la ocurrencia del hecho y hubieran tenido dominio del hecho, limitando ese reproche únicamente al sujeto que corporalmente realiza el acto, pues ello exigía una fundamentación seria que atendiera no solo a la incidencia que los particulares hechos tenidos por probados tenía para la correcta subsunción del asunto sino de modo especial a los estándares constitucionales e internacionales relativos al deber de sancionar adecuadamente los delitos de lesa humanidad y en materia de igualdad de género”.

Puede concluirse que las discusiones sobre la autoría de este tipo de delitos y el concurso entre la violencia sexual y las torturas reflejan que, aún en contextos de crímenes de lesa humanidad, la jurisprudencia -en algunas oportunidades- no logró dar la debida respuesta a las características especiales que tuvo la ejecución del plan sistemático cuando quienes eran secuestradas y torturadas eran mujeres. Pues, era habitual que se las sometiera a desnudez forzada, humillaciones sexualizadas, vejámenes en sus partes íntimas, tocamientos y violaciones; es decir, estas prácticas sistematizadas, dirigidas en su mayoría contra las mujeres, evidencia el componente de género que tiene especial relevancia jurídica.

Por otra parte, considerar que las violencias sexuales constituyen “delitos de propia mano” ignora el carácter de estos ataques, pues esa reducción en la aplicación de esos delitos marca un estándar de imputación diferencial que dificulta el juzgamiento de la violencia de género en el contexto de los crímenes de lesa humanidad. Empero, la atribución de responsabilidad funcional reconoce que esa forma específica de causar dolor y dañar a las mujeres era un instrumento más para disciplinarlas no solamente en la esfera política, sino también en sus roles de género.

Conclusiones

Los delitos sexuales cometidos en el marco de crímenes de lesa humanidad deben ser juzgados y castigados de manera adecuada, aplicando las figuras penales específicas y reconociendo la responsabilidad de los superiores jerárquicos. Además, se subraya la importancia de incorporar la perspectiva de género en el análisis y juzgamiento de estos crímenes, a fin de garantizar una justicia efectiva para las víctimas, en consonancia con la normativa imperante a nivel nacional e internacional.

Situación de las mujeres que cometen delitos federales en la Provincia de Misiones

Felicitas Biré Barberán*
Ruth María Ponce de León**

Abstract: Nos proponemos analizar la condición en que se encuentran las mujeres encarceladas por delitos federales en la Provincia de Misiones, debido a la inexistencia de cárceles federales de mujeres en la jurisdicción. Más precisamente, examinaremos la forma en que ejecutan la pena por la comisión de delitos federales y si ello contribuye a su resocialización en términos de disminución de su vulnerabilidad.

El presente trabajo pretende contribuir en la búsqueda de soluciones para aquellas mujeres que, por defecto del sistema penitenciario federal, no tienen los mismos derechos que otras reclusas que han delinquido en distintas jurisdicciones; como así, también, demostrar la necesidad de la creación de cárceles federales de mujeres en la Provincia de Misiones.

Marco Normativo

La categoría género es compleja y tiene que ver con que el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales y de las relaciones significantes de poder (Bourdieu, 2000). Realizar un análisis desde la perspectiva de género significa, primero que nada, tener conciencia de que las mujeres, por su sexo, ocupan un

* Abogada (UCSF) y actualmente Secretaria del Juzgado Federal Civil y Comercial de Posadas, Misiones.

** Abogada (USAL) y actualmente Secretaria de la Cámara Federal de Apelaciones de Posadas, Misiones.

lugar subordinado en nuestra sociedad y que el hombre / varón, por su sexo, ocupa un lugar privilegiado, y que esa pertenencia a un grupo subordinado o a uno privilegiado es socialmente importante y debe en todo momento tomarse en cuenta.

“Mirar” desde el enfoque de género implica indagar sobre los efectos o impactos que las responsabilidades y representaciones de género tienen en hombres y mujeres; evaluar las consecuencias diferenciadas de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes y políticas; comparar cómo y por qué las mujeres y los hombres se ven afectados de manera distinta por esas leyes o decisiones judiciales.

El reconocimiento de derechos específicos de las mujeres en instrumentos internacionales, como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belem do Pará, trae consigo una nueva forma de organización discursiva que, a su vez, reorganiza las relaciones de poder en toda la sociedad y fortalece el proceso de transformación institucional a dos niveles: en lo ideológico - simbólico y en lo político. Se trata de normas y no declaraciones de voluntad, por lo que su inobservancia constituye una violación de derechos con consecuencias jurídicas específicas; es decir que, definen a las mujeres como un sujeto de derechos en sí mismo (Pizani Orsini, 2009).

Por su parte y poniendo foco en lo relativo a los derechos de las mujeres privadas de libertad, resulta de fundamental importancia la consideración de las Reglas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para mujeres delincuentes, conocidas como Reglas de Bangkok, aprobadas por la Asamblea General de la ONU en diciembre del año 2010.

Las setenta Reglas contenidas en este documento, redactadas desde un enfoque de género, parten de la premisa de que varones y mujeres no deben recibir un “trato igual”. Asegurando políticas públicas y legislación adecuada para este colectivo, contemplan las diferentes necesidades de las mujeres en prisión, brindando una guía en materia de régimen penitenciario, salud, programas de reinserción, etc. Asimismo, proveen una guía para implementar alternativas a la prisión, tanto para procesadas como para condenadas (Reglas 57/62), y contienen disposiciones específicas para mujeres indígenas (Regla 54/5), jóvenes (Regla 36/38), extranjerías (Regla 53 y 66), embarazadas y madres (Regla 48/52).

El androcentrismo, que permea todas nuestras instituciones, ha redundado en que todas las disposiciones legales tengan como parámetro, modelo o prototipo al hombre varón de la especie humana. Es por esta razón, que las leyes, aunque no lo digan explícitamente, en su inmensa mayoría parten de los hombres y son para los hombres, o para su idea de lo que somos y necesitamos las mujeres. Es decir, el sexo debe entenderse como una categoría social, porque las relaciones entre los sexos, igual que las relaciones entre las clases, razas, etnias, etc., son relaciones socialmente construidas y no dadas por la naturaleza; hay uno que tiene más poder que el otro, lo cual no puede ser indiferente para el fenómeno jurídico, ya que es precisamente en este campo donde se regulan las relaciones de poder. Esas leyes consideradas genéricas, en realidad, sí tienen género y ese género es el masculino; es por ello que las leyes no son neutrales en términos de género.

La Ley de Ejecución Penal N° 24.660, al consagrar el marco federal mínimo, unificó el régimen penal ejecutivo argentino, en tanto prescribe que sus normas son complementarias del Código Penal, mientras dispuso que las provincias deben revisar y concordar con dicha ley sus respectivas reglamentaciones. Es decir, se trata de una norma marco que es constitucional, pues no impide ni avanza sobre las legislaciones de ejecución penal provinciales, sino que establece su adecuación, debiendo interpretarse que establece un marco mínimo. Las provincias deberán, además, hacerse cargo de sus especificidades propias y traducirlas en soluciones normativas.

El régimen federal ha dedicado un especial interés a regular un amplio menú de derechos de las personas privadas de libertad y, consecuente con la concepción resocializadora que alberga, mantiene el criterio de progresividad y la inclusión de salidas transitorias, régimen de semilibertad, abierto o de modalidad atenuada, que tienen el designio de atenuar el efecto nocivo de la prisión acortando el cumplimiento de penas prolongadas (Zaffaroni-Alagia-Slokar, 2000). Su ámbito de aplicación se extiende a personas condenadas y detenidas/dos cautelares (art. 11 de la ley N°24.660).

En principio, el art. 8 de la ley 24.660 reproduce el precepto que proclama la universal aplicación de las normas de ejecución, prohibiendo toda discriminación sustentada en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia.

La expresa referencia a las mujeres privadas de libertad, en la normativa nacional, recién se asoma a partir del régimen dedicado a la infraestructura carcelaria que describe, a través del art. 176, los establecimientos de ejecución de la pena. Según esta disposición, la aplicación del cuerpo legal requiere que cada jurisdicción del país, “en la medida necesaria y organizados separadamente para hombres y mujeres”, disponga de distintos establecimientos llamados a cumplir diversas funciones. La descripción de las particularidades de cada una de las unidades carcelarias designadas por la disposición está plasmada en los arts. 177 a 180.

En segundo lugar, la normativa nacional dispone que el gobierno carcelario de los presidios de mujeres debe tener composición femenina y sus componentes han de contar con la debida capacitación. En adecuación a las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de 1955, se reedita la prohibición de contacto de la población femenina con el personal masculino. El art. 190 estipula que: “Las internas estarán a cargo exclusivamente de personal femenino. Solo por excepción podrán desempeñarse varones en estos establecimientos en tareas específicas. La dirección siempre estará a cargo de personal femenino debidamente calificado”. De ahí que, la observancia de esta directriz no puede ser soslayada bajo ningún pretexto. El art. 191 expresamente prohíbe el ingreso a todo agente penitenciario del sexo masculino a dependencias de un establecimiento o sección para mujeres, fuera del supuesto que sea acompañado por personal femenino, en armonía con el principio captado por el art. 190.

En tercer orden, existe un subsistema normativo centrado en la protección de la maternidad que proclama la tutela de la mujer embarazada y lactante –que no se equipara con la protección del derecho a la maternidad-, incluyendo un subsistema diferencial por estar comprometido el interés superior de la niñez. El art. 192 impone que en los establecimientos para mujeres deben existir dependencias especiales para la atención de las detenidas embarazadas y aquellas que han dado a luz. Las autoridades carcelarias deben proveer una infraestructura adecuada a las específicas necesidades de mujeres gestantes, madres y sus niños/as. Además, el estatuto legal obliga a las autoridades a la adopción de las medidas necesarias para que el parto se lleve a cabo en un servicio de maternidad. El art. 193, releva a aquellas mujeres que se encuentran embarazadas “de la obligación de trabajar y de toda otra modalidad de tratamiento incompatible con su estado, cuarenta y cinco días antes y después del parto. Con posterioridad

a dicho período su tratamiento no interferirá con el cuidado que deba dispensar a su hijo”. Por conducto de esta disposición, se contempla un régimen laboral moderado a favor de las mujeres embarazadas y las lactantes que resulte apropiado con su estado.

A poco de repasar lo prescrito por el art. 194, el dispositivo tutelar acrece, en la medida que establece que no podrá ejecutarse ninguna corrección disciplinaria que –a juicio médico– pueda afectar al hijo en gestación o lactante. La corrección disciplinaria será aplicada por la directora y quedará solo como antecedente del comportamiento de la interna.

En sintonía con la máxima de preservar de tal estigma a las/os niñas/os nacidas/dos en los establecimientos, la norma del art. 222 prohíbe dejar constancia de ello en las actas de nacimiento.

Por otra parte, la norma nacional, en su art. 195, autoriza a las detenidas a retener consigo a sus hijas/os menores de 4 años de edad. Se agrega que, “cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado”. Está contemplado que, al alcanzar la edad antes referida, y ante el supuesto de que su progenitor no estuviera en condiciones de hacerse cargo de su crianza, la administración penitenciaria dará intervención a la autoridad judicial o administrativa que corresponda. Ahora bien, conferir intervención a otro organismo estatal no debe ser equiparado con adoptar alguna medida de separación que afecte a niñas/os o a sus progenitores. Por eso, solo ante la imposibilidad de que puedan ejercer el cuidado y con la carga de mantener el contacto del/a niño/a con su madre.

Es así que, las disposiciones de ejecución penal deben guardar correspondencia sustancial con los preceptos de la Convención sobre los derechos del niño (CIDN), en dirección a la configuración de un estatuto capaz de afianzar el derecho constitucional que asiste a todo/a niño/a a ser cuidado/da y criado/da por su madre y/o padre. Las derivaciones del interés superior del/a niño/a tienen una estrecha vinculación con los preceptos de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, ya que en su art. 16 obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer, en todos los asuntos ligados al matrimonio y las relaciones familiares. En especial, deben asegurar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, que tengan los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, además de que los intereses de los/as hijos/as serán la consideración primordial.

Prisión domiciliaria y mujer

La reforma al art. 32 de la ley 24.660, introducida por la ley 26.472, dispone que la/el juez/a de ejecución penal competente podrá otorgar la prisión domiciliaria a “mujeres embarazadas y madres de niños menores de cinco años o con discapacidad a su cargo”, en coherencia con el régimen de la prisión domiciliaria del art. 10 del Código Penal Argentino. La prisión domiciliaria es un modo alternativo de ejecución de la pena privativa de la libertad. Sus alcances se extienden también a las mujeres sometidas a proceso penal, provisionalmente privadas de libertad, en función de lo normado por el art. 11 de la Ley 24.660.

Su aplicación para las hipótesis de mujeres que sean madres de hijas/os de hasta cinco años de edad y/o de personas con discapacidad constituye una derivación del principio de intervención mínima, recogido por los Principios y Buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas¹²; como así, también, del principio de intrascendencia de la pena, dirigido a resguardar a la niñez de los efectos perniciosos de la vida en encierro, en coherencia con los preceptos de la Convención Internacional de los Derechos de las/los Niñas/os. Esta previsión normativa guarda estrecha correspondencia con las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las reclusas.

Situación en la provincia de Misiones

En la provincia de Misiones, las mujeres que cometen delitos federales, ante la ausencia de cárceles federales, no son alojadas con sus hijos. En la mayoría de los casos, cuando sus hijos son menores de cuatro años se les otorga prisión domiciliaria y, en otros casos, deben permanecer separadas de sus hijos o ser trasladadas a la Unidad carcelaria de Güemes en Salta. De ello, se deriva un desigual tratamiento entre hombres y mujeres en conflicto con la ley penal.

¹² El principio II se ocupa de distinguir la protección de los derechos de las mujeres como tales, escindiendo su condición materna. Tiene la peculiaridad de que establece el uso de medidas tendientes a equilibrar la situación de las mujeres dejando en claro que son discriminaciones autorizadas. El principio III consagra la excepcionalidad y subsidiariedad del uso de la prisión punitiva y cautelar y en su apartado 4 establece la obligación estatal de consagrar por disposición legal medidas alternativas o sustitutivas a la privación de la libertad. (Documento aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131° período ordinario de sesiones celebrado del 03 al 14 de marzo de 2008.)

Esta coyuntura tiene como consecuencia que, las mujeres tanto procesadas como condenadas, son alojadas en las cárceles provinciales de mujeres, comisarías y destacamentos de gendarmería, donde no tienen acceso a los derechos y estándares mínimos reconocidos en la ley nacional de ejecución de la pena privativa de la libertad (Ley 24.660), con las reformas introducidas en la ley 27.375 y Decreto 1058/97 Reglamentario de la ley; agravándose aún más las discriminaciones por razones de género que se producen con la aplicación del régimen nacional, antes analizadas.

La vulneración de derechos y discriminación hacia las mujeres privadas de libertad en la provincia de Misiones pueden visibilizarse en la falta de acceso igualitario al estímulo educativo, a la educación superior, al trabajo, a la salud, al régimen de salidas transitorias, entre otros.

Así, al ser alojadas en cárceles provinciales, las reclusas tienen escasas y desiguales posibilidades en el acceso al estímulo educativo y la consecuente reducción de la pena prevista en la ley nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, ley 24.660, con las reformas introducidas en la ley 27.375.

Conforme al artículo 140 de la ley 24660, referido al Estímulo educativo, “Los plazos requeridos para el avance a través de las distintas fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario se reducirán de acuerdo con las pautas que se fijan en este artículo, respecto de los internos que completen y aprueben satisfactoriamente total o parcialmente sus estudios primarios, secundarios, terciarios, universitarios, de posgrado o trayectos de formación profesional o equivalentes, en consonancia con lo establecido por la ley 26.206 en su Capítulo XII: a) un (1) mes por ciclo lectivo anual; b) dos (2) meses por curso de formación profesional anual o equivalente; c) dos (2) meses por estudios primarios; d) tres (3) meses por estudios secundarios; e) tres (3) meses por estudios de nivel terciario; f) cuatro (4) meses por estudios universitarios; g) dos (2) meses por cursos de posgrado. Estos plazos serán acumulativos hasta un máximo de veinte (20) meses”.

La LEY PROVINCIAL XIV – N° 7 (Antes Ley 3595) Ejecución de La Pena Privativa de La Libertad, si bien contiene normas similares a la ley nacional en lo referente a la educación y capacitación de los internos, no contempla este beneficio del estímulo educativo. Por tanto, al no existir en los establecimientos carcelarios provinciales ofertas educativas como las que existen en las cárceles federales, en muchos casos pierden la posibilidad no solo de reducir el cumpli-

miento de la condena en instituciones carcelarias, sino también de obtener herramientas que contribuyan al proceso de resocialización y posterior reinserción social y laboral.

La posibilidad de acceder a programas educativos de nivel superior es nula, pues en la provincia solo se brinda educación primaria y secundaria. Así, el Artículo 108 de la ley provincial de ejecución penal dispone que “Los planes de enseñanza se ajustarán al sistema de educación correspondiente al nivel mínimo fijado por Ley, de modo tal, que el interno pueda a su egreso tener la posibilidad de continuar sus estudios sin dificultad”.

Por otra parte, en la Unidad Penal V de Villa Lanús, dependiente del Servicio Penitenciario de la provincia de Misiones, donde son alojadas las reclusas federales, la propuesta educativa tiene convenios con establecimientos de gestión privada, por lo que salvo una parte de la educación- primaria y secundaria-, lo demás debe ser solventado por las propias internas, con lo cual el acceso a la educación y capacitación encuentra serias limitaciones, debido a la falta de acceso a trabajos por parte de las reclusas en la Provincia.

En materia laboral, también se prevé que el trabajo constituye un derecho y deber del interno, con normas de contenido similar a la legislación nacional. Sin embargo, debido a la falta de programas y políticas públicas en este sentido, la mayoría de las internas no acceden a un trabajo.

Las cárceles provinciales no cuentan con presupuesto para brindar trabajos y afrontar el pago de los salarios (peculio) a las mujeres privadas de libertad.

En los casos en que pueden acceder a este “estímulo educativo”, y no obstante que la ley nacional de ejecución penal dispone que “El régimen de aprendizaje de oficios a implementar, será concordante con las condiciones personales del interno y con sus posibles actividades futuras en el medio libre” (artículo 114), la capacitación en oficios dirigidos a mujeres siempre está marcada por los estereotipos de género. Pues, mientras que a los hombres se los forma en actividades tales como la computación, a las mujeres les enseñan a realizar artesanías (porcelana fría), costura, cocina, jardinería, confección de bolsas, encuadernación; siendo estas, también, las principales actividades a las que pueden acceder laboralmente, según informes de relevamiento a nivel nacional.

“El objetivo de los regímenes penitenciarios es devolverla a la sociedad como una “verdadera mujer”, para lo cual se recurre a las técnicas tradicionales de socialización. Los trabajos y la supuesta formación profesional impartida en la cár-

cel están dirigidos a aprender a coser, planchar, cocinar, limpiar, confeccionar pequeñas artesanías y tomar curso de modistería” (Antony, 2017:228).

Por otra parte, y atendiendo a la realidad económica, laboral y social, no es exagerado afirmar que es imposible que un régimen penitenciario caracterizado por la ejecución de tareas domésticas más bien de tipo artesanal sea eficaz para garantizar un mínimo de posibilidades de reinserción social a las mujeres, principalmente en los grandes centros urbanos.

La situación es más grave en el caso de las mujeres detenidas en comisarías y destacamentos de gendarmería, aunque recientemente se creó una *División de Resguardo Femenino en La Comisaría de Itaembé Mini*, a las afueras de la ciudad de Posadas. Es que, tales dependencias no poseen la infraestructura adecuada, ni cuentan con los recursos necesarios para que las reclusas puedan acceder a la realización de tareas recreativas, de capacitación en oficios y/o educativas.

Así, puede mencionarse un *Habeas Corpus* presentado por varias condenadas detenidas y alojadas en la Comisaría XVIII de Posadas de la Policía de la provincia de Misiones en diciembre 2017, donde requerían su traslado a una unidad penal del Servicio Penitenciario Federal, el que fuera atendido por la magistratura, requiriendo a la Dirección General de Régimen Correccional del SPF y al Director Nacional en varias oportunidades, incluso con requerimiento de la Magistratura a cargo de la Ejecución Penal, a fin de que se informe los motivos de incumplimiento de la manda judicial. Recibidas en audiencia por el Secretario de Ejecución Penal e interiorizadas detalladamente de la situación, en todas las oportunidades desistieron de la medida que solicitaba el traslado de las reclusas, no obstante las paupérrimas condiciones de detención en las que se encontraban.

De modo tal que, las mujeres detenidas en Misiones, tanto en el caso mencionado donde desistieron del pedido de traslado a una unidad del SPF, como en la generalidad de los casos donde aceptan estar detenidas en las Cárceles Provinciales, en Comisarias o destacamentos de gendarmería en una situación claramente lesiva de sus derechos fundamentales, consienten tal situación ante la necesidad de estar cerca de sus familiares. Pues, las cárceles de mujeres federales existentes en el país (en Ezeiza, Güemes, La Pampa) se encuentran a más de 1000 kilómetros de distancia de Misiones, con lo cual el traslado a dichas unidades carcelarias, si bien les permitiría el acceso a los derechos reconocidos en

la ley nacional de Ejecución Penal, las priva de estar cerca de sus familiares; infringiendo las reglas de Bangkok, en cuanto disponen que el lugar de reclusión debe ser cercano a su lugar de residencia para evitar el desarraigo y que la pena trascienda a terceros (Regla de Bangkok N° 4).

En cambio, las reclusas extranjeras solicitan con mayor frecuencia el traslado a las cárceles federales existentes en el país, ya que estando en Misiones, en la Pampa o en Buenos Aires, de todos modos, estarán lejos de sus familiares, quienes generalmente residen en sus países de origen. Además, ellas tienen la posibilidad de ser expulsadas a su país al cumplir la mitad de la condena.

En Misiones, debido a su condición de provincia fronteriza situada en la Triple Frontera (Paraguay – Brasil - Argentina), existe un elevado índice de extranjeras en la población carcelaria femenina, superando la media del país donde casi la mitad del total de las reclusas (48%) son extranjeras, imputadas en casi la totalidad de los casos de la comisión de delitos de tráfico de estupefacientes y algunos casos de trata de personas. Lo cual, revela el aumento de la participación femenina en este tipo de delitos.

Las mujeres privadas de libertad en la provincia de Misiones pertenecen a sectores sociales vulnerables, con altos índices de marginación y pobreza. Muchas de ellas son madres solteras, jefas de hogar y, por tanto, constituyen el único sostén económico de sus familias, o sus cónyuges o parejas se encuentran imputados o condenados en la misma causa penal que ellas.

A continuación, describiremos situaciones específicas relativas a educación, trabajo, condiciones de alojamiento y régimen de salidas transitorias, a partir de datos extraídos de la secretaria de Ejecución Penal del Tribunal oral Federal de la ciudad de Posadas, en las que se revela las desigualdades existentes en el tratamiento carcelario para mujeres y hombres ante la ausencia de cárceles federales y la aplicación de una legislación que no se adecua a los estándares internacionales en lo relativo a la igualdad de género.

En estos casos, puede apreciarse cómo el examen de los factores sociales, económicos, situacionales y psicológicos, considerados primordiales en el hombre criminal, se relegan a un segundo plano en el caso de la mujer delincuente y cómo ello dificulta el proceso de la resocialización y el tratamiento individualizado en el régimen penitenciario de mujeres misioneras.

Existe, además, una marcada diferencia de las ofertas educativas entre las unidades penales de hombres y mujeres, no solo por la utilidad y actualidad de

las mismas, sino además por la carga horaria; lo que redundaría que cursando y aprobando un curso o taller en un establecimiento federal de hombres, la reducción en los plazos que son requeridos para el avance a través de las distintas fases y períodos de la progresividad del Régimen Penitenciario (artículo 140, Ley 24660) es muy inferior en el caso de las mujeres.

En lo referente a la posibilidad de acceder al RÉGIMEN DE SALIDAS TRANSITORIAS ORDINARIAS DEL PERÍODO DE PRUEBA DE LA PROGRESIVIDAD DE LA PENA, advertimos, por ejemplo, que se han presentado situaciones de internas condenadas y alojadas en el Complejo Penitenciario Federal IV de Mujeres de Ezeiza donde el domicilio propuesto para el goce de dicho beneficio se situaba en Posadas, provincia de Misiones, lugar en donde residía su familia (un hijo menor de edad, una hija mayor, su concubino, su madre). Teniendo una hermana que vivía en la Provincia de Buenos Aires, esta pudo ser propuesta, habiendo sido aprobada como referente por el área social de su lugar de alojamiento, y se responsabilizó de acompañar a la interna durante sus salidas transitorias, retirándola del establecimiento, permaneciendo con la misma en el domicilio fijado y reintegrándola posteriormente a su lugar de detención, ante la imposibilidad de otro referente en la provincia de Misiones que pudiera viajar a Buenos Aires.

En este caso, el beneficio pudo otorgarse debido a que la hermana vivía en Buenos Aires y la familia de la interna contaba con recursos para abonar los pasajes de larga distancia. Sin embargo, en la generalidad de los casos, concretar el derecho a las salidas transitorias cuando residen en las distintas cárceles federales de mujeres del país resulta de muy difícil concreción, por la ausencia de recursos para costear los traslados o de familiares que puedan responsabilizarse de buscar a la interna del centro de detención y acompañarlas en el viaje a la provincia de Misiones y, luego, de regreso a la unidad carcelaria.

También, pueden mencionarse Casos de Expulsión anticipada, en los que se concedió tal beneficio teniendo en cuenta la condición de madre de la reclusa, reproduciendo los patrones y estereotipos patriarcales que circunscriben el rol de la mujer a lo doméstico y privado.

De modo que, en estos casos en que no ha operado el requisito temporal previsto en los incisos I y II del art. 17 de la Ley de Ejecución Penal 24.660 -a lo que remite la actual ley de migraciones (25.871)- de que el tiempo que una interna lleva detenida fuera menor al requerido por el art. 64 de la ley 25.871, prio-

rizando el rol de madre y el cuidado de los niños, la concesión de la expulsión anticipada del país se dispuso como único remedio legal excepcional, en salvaguarda del interés superior del niño, protegido por el artículo 3 de la CIDN.

Entiéndase que, en los casos en los cuales podría ser viable de expulsión anticipada en consideración a lo expuesto, también deberán de cumplirse los recaudos de quienes son expulsados a la mitad de la condena: que no tenga causa abierta en la que interesa su detención ni otra condena pendiente; y que exista el acto administrativo emanado de la Dirección Nacional de Migraciones que haya declarado irregular la permanencia en el país y que ordene la expulsión de la condenada con destino a su país de origen, prohibiéndole el reingreso con carácter permanente (disposición que deberá de encontrarse firme y consentida a la fecha de la resolución judicial de expulsión, previa vista al Fiscal y dictamen positivo).

Conclusión

El acotado repaso de la situación jurídica de la mujer en la legislación de ejecución penal, revela que la subordinación de las mujeres sigue teniendo su indisoluble expresión en el derecho como lenguaje del poder por definición.

La falta de sujeción del derecho al derecho es ostensible en el régimen legal de ejecución de la pena privativa de libertad y en las disposiciones que presiden el cumplimiento de la prisión provisoria en el ordenamiento jurídico argentino, porque no sortean con éxito el test de convencionalidad a la luz de los preceptos de la Convención sobre la Eliminación contra todas las formas de Discriminación contra la Mujer y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que, en forma conjunta con las reglas mínimas para el tratamiento de Reclusos y las Reglas de Bangkok, conforman el estatus jurídico aplicable a las mujeres privadas de libertad en la definición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Ley Federal 24.660 no satisface las exigencias derivadas de la igualdad sustancial entre hombres y mujeres y el principio de no discriminación. El sesgo patriarcal presente en dicha normativa desoye la necesidad de otorgar derechos específicos a las mujeres.

Es necesario recordar que, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido: “El derecho a la igualdad ante la ley no significa que las disposiciones sustantivas de la ley tengan que ser las mismas para todos, sin discriminación”. Y subraya que: “deben examinarse las leyes y las políticas para asegurar que cumplan con los principios de igualdad y de no discriminación; un análisis que debe evaluar su posible efecto discriminatorio, aun cuando su formulación o redacción parezca neutral o se apliquen sin distinciones textuales”.

La legislación nacional y provincial que rige la ejecución de las penas privativas de libertad confirma –una vez más– que el derecho organiza un sistema de jerarquizaciones que reafirma y reproduce roles estereotipados entre hombres y mujeres, aprendidos y contruidos culturalmente.

Los digestos legales examinados, bajo la perspectiva del modelo constitucional, evidencian su insalvable incongruencia con el catálogo de prohibiciones, obligaciones, prestaciones y medidas estatales que se derivan de los preceptos de la CEDAW. Por su parte, la ausencia de incorporación de técnicas de garantías para la prevención de la violencia masculina en prisión, constatada en la ley 24.660 y en las RMTR, pone de manifiesto un trato discriminatorio, en contravención con las exigencias de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

De ello, se desprende la necesidad de reexaminar la legislación ejecutiva de la pena privativa de libertad, para delimitar y estabilizar las expectativas jurídicas de las mujeres detenidas a fin de brindarles una adecuada protección frente al poder penal, de modo consecuente con las normas provenientes de las declaraciones y tratados de derechos humanos.

En líneas generales, el régimen penal de ejecución de la pena de la provincia de Misiones no se ha subordinado debidamente al piso mínimo legal del ordenamiento federal de la ley N°24.660. Así, la ausencia de una exigencia de capacitación acorde con las necesidades específicas de las mujeres, constituye uno de los olvidos en la exigida adecuación de la legislación provincial al marco normativo federal.

De allí que consideramos de fundamental importancia la creación de una cárcel federal de mujeres en la provincia de Misiones o en lugares cercanos a la Provincia, a fin de permitirles gozar de sus derechos fundamentales, sin la necesidad de tener que vivir lejos de sus familiares en las cárceles federales de Ezeiza, Güemes, en Salta, o La Pampa.

Por ello, es prioritario que el Estado Nacional arbitre los medios conducentes para destinar el complejo habitacional de la EBY, que fuera donado con cargo por el Estado al Servicio Penitenciario Federal para el funcionamiento de una cárcel federal de mujeres.

Asimismo, debería modificarse la propuesta educativa dirigida a las mujeres reclusas, a fin de lograr que la misma cumpla con el principio de igualdad sustancial reconocido por la CEDAW y capacite a las mujeres en oficios adecuados al rol actual de la mujer en la sociedad, al tiempo que les permite avanzar con más celeridad en el régimen de progresividad del régimen penitenciario, disminuye su condición de vulnerabilidad y cumple con el fin resocializador de la pena.

Ciberacoso, sextorsión y otras violencias de género en el mundo digital

María Virginia Miguel Carmona*

Abstract: El trabajo aborda el fenómeno de la violencia de género en línea, dando un marco conceptual a las formas que adopta en la actualidad la violencia en el mundo digital contra las mujeres, por el sólo hecho de serlo. Con cita de aportes doctrinarios de organismos internacionales y nacionales, y teniendo en cuenta el vacío legal existente en la legislación argentina, se desarrollan opciones de encuadramiento jurídico conforme al Derecho Penal vigente.

Introducción

La masividad en el uso de las nuevas tecnologías ha dado lugar a un fenómeno que amplificó la violencia de género como tal, extendiéndola de manera irrefrenable hacia el mundo digital.

De acuerdo al informe de “Acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación. EPH”, publicado por INDEC¹ en mayo del año 2022, en el cuarto trimestre de 2021 se registró en Argentina que el 64,2% de los hogares urbanos tiene acceso a computadora y el 90,4% a internet. Además, los datos muestran que, en la Argentina, 88 de cada 100 personas usan teléfono celular y 87 de cada 100 utilizan internet.

* La autora se desempeña como Fiscal Federal en etapa de instrucción y como Fiscal General de juicio (sub.) de la provincia de La Rioja, y en las Unidades de Derechos Humanos para la investigación de crímenes cometidos durante el Terrorismo de Estado en La Rioja y Córdoba, Argentina. Es abogada por la Universidad Católica de Salta y Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura por la Universidad Católica de Córdoba. Actualmente reviste el cargo de Vicepresidenta 2° de la Asociación de Fiscales y Funcionarios de la Nación (AFFUN).

¹ Consultado en: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mautic_05_22843D61C141.pdf.

A la vez, una de las principales características de la actividad que se desarrolla en internet es la facilidad con que la información se propaga indistintamente y en forma generalizada a una innumerable cantidad de usuarios. Las noticias, las imágenes, videos, *reels*, incluso las *fake news*, se *viralizan* con suma rapidez y resultan imposibles de detener.

A medida que se incursiona en las distintas redes sociales, es posible advertir cómo los comentarios de tinte agresivo se constituyen en moneda corriente, y esto se ve promovido o facilitado por el anonimato que caracteriza a los sitios en la web. No obstante, un análisis de tales conductas permite identificar que esas agresividades se dirigen principal y asimétricamente en contra de mujeres y niñas. Los estereotipos en torno a los cuerpos, la estética, la sexualidad, las posturas ideológicas, y las opiniones en general que no se ajusten a los postulados hegemónico-patriarcales respecto del modo en que deben “comportarse” y “verse” las mujeres, ocasionan un inmediato y artero ataque con niveles de violencia exacerbados.

Es preciso mencionar que, esta problemática se ha extendido principalmente durante los últimos años, habiendo adquirido particular dimensión durante la pandemia y post pandemia. Sin embargo, no es posible desconocer que la violencia contra las mujeres que se observa en los espacios digitales es una extensión de la desigualdad y la discriminación por razones de género que han existido y existen en todos los aspectos de la vida desde hace siglos.

Conforme lo expresa el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), “La violencia opera en sinergia con la desigualdad de género y no solo como una consecuencia de ésta última, sino como mecanismo social que busca mantener a las mujeres en una situación de desventaja. Esto significa que la violencia se usa en muchos casos para ‘castigar’ o ‘corregir’ a mujeres cuyas actitudes o actividades supuestamente van en contra de lo que la sociedad espera de ellas” (2017, párr. 36)².

Adicionalmente, esta forma de violencia se ha convertido en uno de los principales riesgos para la libertad de expresión, la privacidad y la seguridad digital de las mujeres y causa graves daños a las propias víctimas y la comunidad digital, al mermar la vigencia de los derechos humanos en internet y la posibi-

² Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI). Comisión Interamericana de Mujeres (2017). Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará. Consultado en: [<http://www.oas.org/en/mesecvi/docs/tercerinforme-hemisferico-es.pdf>].

lidad de contar con un ciberespacio libre, seguro y equitativo que pueda redundar en beneficios para todas y todos³.

Concepto de violencia de género digital

No existe consenso respecto de una definición unívoca de lo que debe entenderse por violencia de género digital. Se ha señalado que la dificultad en cristalizar una conceptualización de la violencia de género digital estriba en el permanente cambio y avance de la tecnología: “[L]os actos de ciberviolencia de género que surgieron durante los años noventa con el incipiente uso del internet no son los mismos que se observan ahora en la llamada sociedad de la información, y seguramente no lo serán en el futuro ante el rápido desarrollo del Internet de las Cosas (IoT) y la Inteligencia Artificial (IA)”⁴.

Por eso, la violencia de género en línea es un concepto en constante evolución. Tal como lo reconoció la Relatora Especial sobre Violencia contra las Mujeres de las Naciones Unidas, las rápidas transformaciones tecnológicas influyen en la violencia en línea, y surgen nuevas y diferentes manifestaciones de violencia a medida que los espacios digitales se transforman y trastocan la vida fuera de internet (REVM-ONU, 2018, párr. 24)⁵. No obstante ello, en ese documento, y sin pretender objetivos de exhaustividad, se definió a la violencia en línea contra las mujeres como “todo acto de violencia por razón de género contra la mujer cometido, con la asistencia, en parte o en su totalidad, del uso de las TIC, o agra-

³ Manual: “La violencia de género en línea contra las mujeres y niñas: Guía de conceptos básicos, herramientas de seguridad digital y estrategias de respuesta”. Preparado por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, consultado en: [<https://www.oas.org/es/sms/cicte/docs/Guia-conceptos-basicos-La-violencia-de-genero-en-linea-contra-las-mujeres-y-ninas.pdf>].

⁴ El Internet de las Cosas o IoT por sus siglas en inglés (Internet of Things) se refiere a una interconexión

digital de objetos cotidianos en internet. Por su parte, Inteligencia Artificial (IA) hace referencia a los programas y mecanismos que imitan la inteligencia humana para realizar tareas. Un sistema de IA es capaz de analizar datos en grandes cantidades (big data), identificar patrones y tendencias y, por lo tanto, formular predicciones de forma automática, con rapidez y precisión. Informe elaborado por OEA, CIM, MISECVI, “Ciberviolencia y Ciberacoso contra las mujeres y niñas en el marco de la Convención Belém do Pará”. Consultado en: [https://lac.unwomen.org/sites/default/files/2022-11/MUESTRA%20Informe%20Violencia%20en%20linea%202.1%20%282%29_Aprobado%20%28Abril%202022%29_0.pdf].

⁵ Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos (A/HRC/38/47, 18 de junio de 2018). Consultado en: [<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/184/61/PDF/G1818461.pdf?OpenElement>].

vado por este, como los teléfonos móviles y los teléfonos inteligentes, Internet, plataformas de medios sociales o correo electrónico, dirigida contra una mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada” (REVM-ONU, 2018, párr. 23).⁶

Lo que resulta atinado, sin dudas, es considerar a la violencia en el marco del mundo digital dentro del concepto de violencia psicológica o moral, puesto que, en todo caso, se tratará de una mortificación o acoso por vías virtuales (*on line*), es decir que, las consecuencias lesivas no tienen un correlato en el plano físico de la víctima, sino en su psiquis.

Se ha debido recorrer un largo camino en la historia del derecho penal para considerar a la violencia psicológica –en el sentido de una manifestación más dentro de la violencia de género– como conducta generadora de delito. Así lo explica Segato, al diferenciarla de la violencia física, única lesión considerada digna de protección penal hasta antes del siglo pasado. No obstante, algunos avances en torno a los conceptos de coacción moral y libre albedrío tuvieron su ampliación en las concepciones de violencia del siglo XX, “bajo la influencia de una sensibilidad trabajada por los derechos humanos y el feminismo”. Así, “la vulnerabilidad a la violencia moral y al maltrato psicológico por parte de los subordinados en un sistema de estatus –las mujeres y los niños– pasó a ser asociada con el menoscabo del ejercicio independiente de la voluntad y con la libertad de elección”⁷.

Bajo el subtítulo de “La violencia invisible”, la autora sostiene que la violencia moral es el más eficiente de los mecanismos de control social y de reproducción de las desigualdades. “La coacción de orden psicológico se constituye en el horizonte constante de las escenas cotidianas de sociabilidad y es la principal forma de control y de opresión social en todos los casos de dominación. Por su sutileza, su carácter difuso y su omnipresencia, su eficacia es máxima en el control de las categorías sociales subordinadas. En el universo de las relaciones de género, la violencia psicológica es la forma de violencia más maquiavélica, rutinaria

⁶ Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias (REVM-ONU) (2018). A/HRC/38/47. “Informe acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos”, consultado en: [https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session38/Documents/A_HRC_38_47_EN.docx].

⁷ SEGATO, Rita Laura, *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, 1ra. ed., Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003, p. 109.

e irreflexiva y, sin embargo, constituye el método más eficiente de subordinación e intimidación”⁸.

Por eso, para entender a la violencia de género desplegada en el mundo digital, es imprescindible considerarla bajo el prisma de la violencia psicológica, como un modo de disciplinar y mantener controladas a las mujeres siempre en un plano de subordinación como una manda patriarcal.

La ley 26.485 define la violencia psicológica como aquella que “causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia, sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación”⁹.

Tipos de violencia de género digital

Teniendo en cuenta las mutaciones permanentes en materia tecnológica, aparece como una circunstancia paralela y unida a ella la violencia que se ejerce a través de las TIC¹⁰. Cuantos más espacios digitales aparecen, más lugares poseen los agresores para desplegar su violencia, ya sea en forma generalizada o en contra de una o varias personas en particular.

Se han elaborado numerosos catálogos que sistematizan y dan contenido conceptual a las conductas violentas contra las mujeres que se perpetran en Internet, siendo éstas múltiples y diversas, pero que tienen un elemento en común: la discriminación y agresión contra mujeres y niñas, por el solo hecho de serlo.

Como se dijo anteriormente, su base se encuentra en los postulados machistas y patriarcales que delimitan lo permitido y lo prohibido –según sus cánones– a las mujeres en sus distintos ámbitos de actuación (social, doméstico, laboral, político, etc.).

⁸ Ibidem, pp. 114-115.

⁹ Ley 26.485, artículo 5° inc. 2°.

¹⁰ Tecnologías de la Información y la Comunicación.

Siguiendo el trabajo elaborado por OEA-CIM-MESECVI ya citado¹¹ -que se conformó sobre la base de una revisión bibliográfica existente en la actualidad-, se aclara que la categorización no debe considerarse como algo fijo o estático, a la par que, en todo caso, estos ciberataques y actos en línea serán considerados como violencia de género al dirigirse contra una mujer por el mero hecho de ser mujer (es decir, por su identidad de género) o porque la afectan en forma desproporcionada.

Una de estas prácticas machistas la constituye el **ciberacoso**, el cual –al igual que la mayoría de las conductas violentas en la web que se perpetran a modo de espejo de lo que ocurre off-line- puede ser definido a raíz del concepto de acoso que se ha ido desarrollando desde la década de 1970 por los movimientos feministas estadounidenses, quienes afirmaban que el acoso sexual era una discriminación basada en el sexo¹². Catuogno sostiene que “[e]l proceso de popularización del concepto de acoso sexual fue acompañado y a la vez retroalimentado por los diferentes documentos elaborados por los organismos internacionales de derechos humanos con la finalidad de combatir las diferentes formas de violencia contra las mujeres en el mundo”¹³.

Del mismo modo en que no hay una norma específica en el Código Penal argentino que penalice directamente el acoso sexual, tampoco el Congreso nacional ha legislado tipos penales que contengan y castiguen la ciberviolencia de género, y, entre sus manifestaciones, el ciberacoso.

De acuerdo al informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias (REVM-ONU) (2018), el acoso sexual en línea se refiere a toda forma de conducta verbal o no verbal indeseada de naturaleza sexual que tiene por objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y en particular crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo¹⁴.

Según el Manual “La violencia de género en línea contra las mujeres y niñas: Guía de conceptos [...]”, el ciberacoso puede adoptar numerosas manifestacio-

¹¹ Manual: “La violencia de género en línea contra las mujeres y niñas: Guía de conceptos básicos, herramientas de seguridad digital y estrategias de respuesta”. Preparado por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Consultado en: [<https://www.oas.org/es/sms/cicte/docs/Guia-conceptos-basicos-La-violencia-de-genero-en-linea-contra-las-mujeres-y-ninas.pdf>].

¹² CATUOGNO, Lucía Mercedes, “Reflexiones sobre acoso sexual y derecho penal”, en HERRERA, Marisa, et al. (Dir.), VIDETTA, Carolina A. (Coord.), *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia: Derecho Penal y sistema judicial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2020, T. I, p. 217.

¹³ *Ibidem*, p. 218.

¹⁴ *Ob. cit.*, p. 10, punto 40.

nes y estar asociado a otras formas de violencia en línea. Por ejemplo, puede incluir el envío de mensajes no deseados e intimidantes por correo electrónico, texto o redes sociales; insinuaciones inapropiadas u ofensivas en redes sociales o salas de chat; violencia verbal y amenazas en línea de violencia física o muerte; discurso de odio; el robo o la publicación de información personal, imágenes y videos; y la difusión de información falsa o rumores para dañar la reputación de una persona (EIGE, 2017; APC, 2017, UNODC, 2019)¹⁵.

Otra forma conocida de ciberacoso sexual es el **cyberflashing**, que consiste en el envío de fotos obscenas a una mujer sin su consentimiento (por ejemplo, fotografías de los genitales del acosador) con el objetivo de molestarla, intimidarla o incomodarla¹⁶.

Al tratarse de nuevas modalidades de conductas machistas centenarias, tampoco hay univocidad a la hora de darles contenido. El acoso en el más genérico de sus conceptos (siempre dentro de la violencia de género); abarca acciones cuya finalidad es hostigar, perseguir, molestar a la mujer, y puede adoptar –o no– connotaciones sexuales, aunque siempre tendrá el sesgo misógino y discriminatorio que busca cosificar a la mujer, dejando de lado su individualidad, deseo y consentimiento.

A diferencia del ciberacoso, el **ciberhostigamiento** implica un patrón y la comisión de más de un incidente a lo largo de un tiempo usando las TIC, con el objetivo reiterado de hostigar, acechar, molestar, atacar, humillar, amenazar, asustar u ofender a una persona o abusar verbalmente de ella (UNODC, 2015). Puede consistir en correos electrónicos, llamadas, mensajes de texto, chat en línea o el envío constante de comentarios obscenos, vulgares, difamatorios o amenazantes por internet. Varios estudios sobre el tema han demostrado que el ciberhostigamiento y el ciberacoso son ciberdelitos con una importante connotación de género y que las mujeres y las niñas tienen una mayor probabilidad de ser víctimas de estas formas de violencia (Reyns, Henson y Fisher, 2011). Algunas de las conductas que puede abarcar son: comunicación con la persona sin su consentimiento; enviar constantemente solicitudes de amistad en redes sociales; unirse a todos los grupos en línea de los que esta forma parte; dar seguimiento a las notas publicadas por la víctima en redes sociales por medio de conocidos que tengan en común, colegas, amistades o familiares, o ver constan-

¹⁵ Ob. cit., p. 38.

¹⁶ Manual “La violencia de género en línea contra las mujeres y niñas: Guía de conceptos básicos [...]”, ob. cit., p. 39.

temente su perfil para que ella lo note (UNODC, 2019); llamar o enviar correos, mensajes de texto o de voz de forma repetitiva, incluso mensajes amenazantes o que busquen mantener el control sobre la víctima¹⁷.

Los perpetradores de ciberhostigamiento pueden ser parejas íntimas o sexuales, exparejas, conocidos, amistades, familiares o extraños. Es importante destacar que esta táctica es particularmente frecuente en contextos de violencia doméstica o de pareja. También se lo llama *stalking* o **ciberacecho**.

Por su parte, el vocablo **sextorsión**, como otra de las formas que adopta la violencia de género *on line*, fue acuñado a partir de la unión de la palabra anglosajona *sexting* –que alude a una práctica lícita entre dos personas adultas que, con mutuo consentimiento, comparten entre sí o con terceros, imágenes o videos con contenido sexual explícito-, y el término extorsión.

Hay consenso en la doctrina y en los movimientos feministas de no estigmatizar el *sexting*, pues se trata de un acto voluntario y libre entre mayores de edad. No obstante, cuando ese material es difundido públicamente sin la autorización de una de las partes, la cuestión puede tornarse en conductas reprochables penalmente, más allá de la falta de su tipificación expresa, tal como se verá en el capítulo siguiente.

En ese sentido, aunque haya existido consentimiento para intercambiar fotos íntimas con alguien o videos de actos sexuales, evidentemente eso no significa una autorización para difundir públicamente ese material. Cuando incurre en esos actos de difusión, el autor puede tener distintos objetivos: humillar, degradar, dañar a la víctima, aunque también usualmente se adiciona el despliegue de amenazas a fin de chantajear a la víctima. Esto, también, se ha dado en llamar “pornovenganza”. No obstante, el término no es adecuado, en tanto y en cuanto no pone el foco en el daño provocado a la víctima, da a entender que la práctica del *sexting* es pornográfica¹⁸, que, sin hacer aquí una valoración sobre la misma,

¹⁷ Manual “La violencia de género en línea contra las mujeres y niñas: Guía de conceptos básicos [...]”, ob. cit., p. 37.

¹⁸ El vocablo “pornografía” es un neologismo, compuesto de las palabras griegas πόρνη (*pórne*, ‘prostituta’) y γράφ- (*gráph-*, ‘lo escrito’) y el sufijo -ia (-ía, que forma abstracciones, “estados de” o “sobre” algún tema), tiene por lo tanto el significado de “descripción o ilustración de las prostitutas o de la prostitución” (<https://es.wikipedia.org/wiki/Pornograf%C3%ADa>). Según la Real Academia Española, su etimología proviene del francés *pornographie* “tratado sobre la prostitución”, “dibujo o publicación obscenos”, y este de *pornographe* “pornógrafo” e -ie ‘-ía’. Sus acepciones son:

1. Presentación abierta y cruda del sexo que busca producir excitación; 2. Espectáculo, texto o producto audiovisual que utiliza la pornografía; 3. Tratado acerca de la prostitución.

Consultado en <https://dle.rae.es/pornograf%C3%ADa?m=form>.

no engloba adecuadamente el intercambio de material sexual en forma privada entre adultos; y, por otro lado, no expresa las distintas finalidades que puede albergar el agresor, pues no siempre busca venganza, sino que también puede tener otros propósitos, como la extorsión por dinero o, lisa y llanamente, provocar daño, humillación o angustia a la víctima.

En cuanto a sus notas características, se ha dicho que la *sextorsión* “se refiere al uso de las TIC para extorsionar a una víctima. En esos casos, el autor puede amenazar con difundir fotografías íntimas de la víctima para extorsionarla a fin de obtener más fotografías o vídeos de actos sexuales explícitos o mantener relaciones sexuales con la víctima”¹⁹.

Estas acciones incluyen la extorsión digital, la cual ocurre cuando una persona ejerce presión sobre otra para forzarla a actuar de un cierto modo con amenazas, intimidación o agresiones, con la finalidad de doblegar su voluntad o controlarla emocionalmente. Puede tomar la forma de amenazas de publicar en línea o enviar a conocidos de la víctima información privada, sexual o íntima como chantaje sexual²⁰.

En este mismo escenario, ha aparecido el *doxing*, que es un término que proviene de la frase en inglés *dropping docs* y consiste en la extracción y la publicación no autorizadas de información personal -como el nombre completo, la dirección, números de teléfono, correos electrónicos, el nombre del cónyuge, familiares e hijos, detalles financieros o laborales- como una forma de intimidación o con la intención de localizar a la persona en “el mundo real” para acosarla (APC, 2017; Women’s Media Center, 2019). También, se ha observado que la información personal puede ser publicada en sitios pornográficos junto con el anuncio de que la víctima está ofreciendo servicios sexuales²¹.

Igualmente, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias (REVM-ONU), expresa que el término *doxing* alude a la publicación de información privada, como datos de contacto en Internet con intención dolosa, normalmente insinuando que la víctima está ofreciendo servicios sexuales. Consiste en investigar y divulgar información de carácter personal sobre una persona sin su consentimiento, a veces con la in-

¹⁹ Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias (REVM-ONU) (2018), ob. cit., p. 10, punto 35.

²⁰ Manual “La violencia de género en línea contra las mujeres y niñas: Guía de conceptos básicos [...]”, ob. cit., p. 42.

²¹ Ídem, p. 33.

tención de exponer a una mujer al mundo “real” con fines de acoso y/u otros fines; e incluye situaciones en que la información y los datos personales obtenidos por el autor del abuso se hacen públicos con intención dolosa, en una clara violación del derecho a la intimidad²².

Tipificación penal de la violencia de género digital. Vacío legal en Argentina y posibles encuadres jurídicos

Actualmente, en Argentina no se cuenta con una específica tipificación penal de las conductas lesivas que se cometen en línea contra mujeres y niñas, por el solo hecho de serlo.

Por ello, en el caso de acciones con características de acoso virtual, *sextorsión* o *ciberhostigamiento*, será necesario acudir a las figuras penales tradicionales, pues el vacío legal imperante obliga a realizar subsunciones que puedan suplir dicha falencia, a fin de no dejar impunes a los agresores.

Cabría cuestionarse, en este punto, cuan eficaz puede resultar el Derecho Penal a la hora de lograr la consecución de prevención general como objetivo de la imposición de penas, cuando de lo que se trata es evitar la repetición de conductas machistas violentas. Ciertamente, el análisis no puede escapar del contexto general relativo al aumento de penas en los casos de violencia física y psicológica perpetrados en razón de género contra mujeres y niñas en el mundo real (como originario respecto al virtual, del cual éste último es espejo), y las estadísticas no son alentadoras²³.

²² Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias (REVM-ONU) (2018), ob. cit., p. 10, punto 36.

²³ De acuerdo a las estadísticas publicadas por la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el tercer trimestre del 2022 las denuncias se incrementaron en un 32% respecto al tercer trimestre del 2021. A su vez, en cuanto al análisis estadístico de la repetición de la violencia en razón de las denuncias recibidas, entre el 15/09/2008 y el 31/12/2020 un total de 190 mujeres concurrieron 5 veces o más ante la OVD para denunciar a sus parejas o exparejas varones: 1053 denuncias realizadas por 190 mujeres. Un promedio de 5,5 denuncias por cada mujer. El tiempo promedio entre la primera y la última denuncia fue de 6 años. El 67% de las denuncias incluía violencia física, y el 56% de las mujeres se hallaba en situaciones de alto o altísimo riesgo al momento de sus denuncias ante la OVD. Por su parte, con relación al vínculo con los denunciados, 9 de cada 10 tenían hijas/os en común, el 52% dependía económicamente de los denunciados. En 9 de cada 10 casos se ordenó la prohibición de acercamiento y de contacto hacia las mujeres afectadas. Por último, en cuanto a los servicios integrales de asistencia a los denunciados, solo el 2% realizó tratamiento especializado en violencia, mientras que el 12% realizó tratamiento especializado en adicciones. Consultado en [https://www.ovd.gov.ar/ovd/archivos/ver?data=6765].

Desde algunas vertientes feministas, se ha debatido fuertemente la conveniencia de apelar al uso del Derecho Penal para la resolución de problemáticas vinculadas a la violencia sexista, precisamente por sus orígenes patriarcales, su fuerte contenido disciplinador y su carácter revictimizante, que lo presentan como un arma de doble filo²⁴.

No obstante estas voces, el movimiento feminista en general viene bregando por una mayor visibilización y consecuente penalización de las conductas violentas machistas.

Así, la disputa discursiva (y de acción) entre este movimiento feminista que batalla en post de una mayor penalización y las posturas abolicionistas que descreen del sistema penalista estatal como poder solucionador de conflictos²⁵, concluye siempre en la misma pregunta: ¿resulta eficiente la ampliación de tipos penales y el incremento de penas para paliar la violencia machista?

La antropóloga Rita Segato se interroga de un modo más abarcativo: ¿cómo sería posible perseguir legalmente formas de violencia psicológica que responden y acompañan [...] el sexismo estructural, reproducidos por un mecanismo sólidamente entrelazado en la economía patriarcal y capitalista del sistema? La respuesta dada por la autora culmina atribuyendo al Derecho un papel relevante: “[S]i bien creo sin restricciones que un trabajo sobre la sensibilidad ética es la condición única para desarticular la moralidad patriarcal y violenta en vigor, atribuyo al Derecho un papel fundamental en ese proceso de transformación”. Finalmente, sostiene que “Si percibimos el poder de propaganda y el potencial persuasivo de la dimensión simbólica de la ley, comprendemos que ella incide, de manera lenta y por momentos indirecta, en la moral, en las costumbres y en el sustrato prejuicioso del que emanan las violencias. Es por eso que la reforma de la ley y la expansión permanente de su sistema de nombres es un proceso imprescindible y fundamental”²⁶.

²⁴ CATUOGNO, [...], ob. citada, p. 225-226.

²⁵ Bajo la frase “legalismo mágico” se intenta explicar que “La violencia es un concepto muy complejo que no se limita a una norma jurídica, ni se resuelve con reformas legales. Suponer que hay una norma que condena la violencia es creer en algo mágico. Y creer que todo se resuelve con leyes es, al mismo tiempo, un grave error. La Ley 26.485 lo que hizo fue ordenar, categorizar, pero nada más. Más que leyes hacen falta políticas públicas, garantizar las condiciones necesarias para convertir un texto en un instrumento eficaz, capaz de dar respuestas eficientes. Los temas no se resuelven con declaraciones solemnes ni llenas de buenas intenciones, se requiere de instrumentos capaces de producir cambios”, sostiene Haydée Birgin (socióloga, abogada y feminista) en una entrevista publicada en la página web Pensamiento Penal. Consultado en [<https://www.pensamientopenal.org/la-inflacion-penal-una-solucion-o-apeenas-demagogia-legislativa-2/>].

²⁶ Ob. citada, p. 122.

Ocurre que, a *contrario sensu*, si el sistema penal no recepta los reclamos ocasionados como consecuencia de conductas lesivas con base en una discriminación por género de larga data, que han sido naturalizadas pero que encierran una gran injusticia histórica, si el Derecho no se hace eco de los movimientos feministas impulsados a través de debates intelectuales logrados por la academia, las universidades, los foros, reforzados por las manifestaciones sociales como “Ni una menos” en los que las mujeres unidas salen a las calles pidiendo que se frene la violencia patriarcal y machista, entonces se trataría de un Derecho divorciado del justo clamor de las minorías subordinadas por siglos, fomentando el estatus jerárquico tradicional y patriarcal.

Las críticas englobadas bajo el mote de “feminismo punitivo” dejan de lado el potencial simbólico de la ley penal; por eso, a la pregunta inicial, la discusión no debería focalizarse en el poder reformador o en la eficacia de la ley penal como herramienta capaz de modificar patrones de conducta misógino-agresivos, sino en su poder simbólico: no es posible afirmar que servirá para erradicar de una vez por todas la violencia machista, pero si para que, al menos, esas conductas no permanezcan impunes (finalidad de prevención especial) y sean conocidas socialmente sus consecuencias (finalidad de prevención general de la pena).

Por lo pronto, se puede citar, en ese sentido, el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires que legisla sobre la violencia digital en el Capítulo V, titulado “Identidad digital de las personas”, y que regula la “Difusión no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas” en el art. 74, en los siguientes términos: “Quien difunda, publique, distribuya, facilite, ceda y/o entregue a terceros imágenes, grabaciones y/o filmaciones de carácter íntimo sin el consentimiento de la persona y a través de cualquier tipo de comunicación electrónica, de transmisión de datos, páginas web y/o a través de cualquier otro medio de comunicación, siempre que el hecho no constituya delito, es sancionado con una multa de cuatrocientas (400) a mil novecientas cincuenta (1950) unidades fijas o cinco (5) a quince (15) días de trabajo de utilidad pública o con tres (3) a diez (10) días de arresto. El consentimiento de la víctima para la difusión, siendo menor de 18 años, no será considerado válido. Tampoco podrá alegarse el consentimiento de la víctima en la generación del contenido como defensa a la realización de la presente conducta [...]”. También prevé y castiga el hostigamiento

digital²⁷, y agrava ambas conductas cuando sean cometidas en contra de personas menores de 18 años, o por el/la jefe, promotor u organizador de un evento o su representante artístico, o cuando la contravención sea cometida por el/la cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia, entre otras (art. 76)²⁸.

Si bien se han presentado diversos proyectos para introducir en el Código Penal argentino delitos que contemplen y penalicen la violencia de género digital, hasta la fecha no ha prosperado ninguno²⁹.

Teniendo en cuenta los graves daños que provocan estas conductas en la psiquis y en la vida de las víctimas³⁰, como así también el mensaje de impunidad que su falta de persecución penal genera (víctimas cada vez más indefensas y agresores confiados en que no responderán penalmente por el daño causado), sumado a su repercusión negativa con relación al cumplimiento de las obligaciones a que se ha comprometido la República Argentina en el marco de las convenciones internacionales que exigen la protección de la mujer (particularmente CEDAW y Convención de Belem do Para), su importancia en la agenda legislativa debiera tornarse primordial.

Ahora bien, en el escenario actual, y como se expresó anteriormente, ante este vacío legal es posible echar mano a las figuras penales existentes en el Código Penal, a los fines de encuadrar acciones como las que se han descripto.

²⁷ Artículo 75 - Hostigamiento digital: "Quien intimide u hostigue a otro mediante el uso de cualquier medio digital, siempre que el hecho no constituya delito, es sancionado con multa de ciento sesenta (160) a ochocientos (800) unidades fijas, tres (3) a diez (10) días de trabajo de utilidad pública, o uno (1) a cinco (5) días de arresto".

²⁸ Consultado en [http://www.saij.gob.ar/1472-local-ciudad-autonoma-buenos-aires-codigo-contravencional-ciudad-lpx0001472-2004-10-28/123456789-0abc-defg-274-1000xvorpyel#parte_88].

²⁹ Ver, en este sentido, para mayor información, el informe presentado por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) con la colaboración de la Fundación Activismo Feminista Digital ante la Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer, titulado "Estado de la violencia *on line* contra las mujeres en Argentina", disponible en [<https://adc.org.ar/wp-content/uploads/2019/06/031-estado-de-la-violencia-online-contra-las-mujeres-en-argentina-11-2017.pdf>].

³⁰ En el Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas (ob. citada), se hace alusión –en cuanto a la necesidad de su previsión legislativa- a la publicación en línea de imágenes de carácter sexual que provocó el trágico suicidio de dos niñas en Canadá, y que llevó a aquel Gobierno a aprobar, en 2015, el proyecto de ley C-13 sobre la distribución no consentida de imágenes íntimas. No debería esperarse a que, en Argentina, sucedan tan lamentables circunstancias para legislar sobre estas conductas, máxime teniendo en cuenta la importancia que tienen actualmente las redes en la vida de las niñas/adolescentes.

Así, tratándose de daño psicológico, los artículos 89, 90 y 91 del Código Penal tipifican las lesiones leves, graves y gravísimas, respectivamente³¹.

El reconocimiento de la lesión psíquica como bien jurídico protegido se encuadra dentro del concepto de daño a la salud, que es entendido como un estado de equilibrio que se ve alterado por la acción del sujeto activo y que opera negativamente en el equilibrio funcional del organismo de la víctima. “Es la alteración del orden normal de las funciones fisiológicas, en la medida que tenga cierta intensidad y duración”; adicionalmente que “el equilibrio funcional protegido es tanto el puramente orgánico como el de las funciones psíquicas”³².

Para que el delito de lesiones (leves, graves o gravísimas) pueda ser imputado al agente agresor (imputación objetiva de la conducta), la acción debe ser idónea para la creación de un riesgo relevante, es decir que, la acción debe estar dirigida a causar un daño psicológico o trastorno mental (no momentáneo), de tal forma que el autor tenga conocimiento o se represente que con su comportamiento va a incapacitar a la víctima en su ámbito psíquico³³. Por su parte, con relación a la faz de la imputación objetiva del resultado típico, este debe encontrarse en un daño psíquico o afectación psicológica de acuerdo a parámetros de medición de la ciencia médica. Por ende, el resultado tiene que aparecer como consecuencia de una acción dirigida a lesionar psicológicamente a la víctima³⁴.

En un fallo dictado por la Cámara Criminal y Correccional de 4ta. Nominación de Córdoba, se sostuvo que “El encuadre típico asignado en el art. 91, Código Penal, enfermedad mental o corporal cierta o probablemente incurable, presenta una particularidad de que su efecto va más allá de un simple debilita-

³¹ Artículo 89: Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código.

Artículo 90: Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.

Artículo 91: Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

³² D'ALESSIO, Andrés J. (Dir.), DIVITO, Mauro A. (Coord.), *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado*, 2da. ed., Bs. As., La Ley, 2014, T. II, p.77.

³³ Mutatis mutandi, REYNALDI ROMÁN, Roberto Carlos, *Lesión psicológica y criterios de imputación. Daño psíquico y afectación psicológica como parámetros diferenciales*, consultado en [<https://lpderecho.pe/lesion-psicologica-imputacion-dano-psiquico-afectacion-psicologica-parametros-diferenciales/>].

³⁴ Ibidem.

miento, esto es, debe haber un proceso patológico que no ha cesado, aunque pueda haber sido paralizado en orden a su agravamiento. La enfermedad es cierta o probablemente incurable cuando la víctima no podrá volver a gozar de salud (afectación irreversible) exigiéndose un pronóstico de incurabilidad de absoluta certeza o de probabilidad muy grande”. En el caso, se condenó a la pena de tres años de prisión por la comisión del delito de lesiones gravísimas calificadas, siendo éstas de carácter psicológico³⁵.

Además, esas lesiones, cuando son cometidas en un contexto de violencia de género, serán calificadas en los términos del artículo 92 del Código Penal, que remite a las agravantes del artículo 80. Por ende, las penas se incrementarán cuando las lesiones sean provocadas por el cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia (inc. 1); por odio de género (inc. 4); cuando las lesiones sean cometidas contra una mujer, cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género (inc. 11); o cometidas con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1° (inc. 12).

En el caso de la difusión no consentida de imágenes o videos íntimos (archivos digitales) de contenido sexual o erótico, el artículo 155 del Código Penal establece penas de multa a quien “[...] hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho te-

³⁵ Causa “Rossini, Federico Jesús s. Lesiones gravísimas calificadas”, Cám. Crim. y Correc. 4ª Nom., Córdoba, Córdoba; 30/06/2022; Rubinzal Online; RC J 4002/22. El caso está referido a mobbing laboral con componentes de género. Allí la Cámara sentenció que: “Corresponde condenar al Supervisor de Telemarketers de una empresa a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional imputado en orden al delito de lesiones gravísimas calificadas, debiendo éste comprometerse por el término de tres años, entre otras obligaciones, a realizar un curso de capacitación laboral y perspectiva de género, de Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo, toda vez que en las circunstancias de tiempo y lugar mencionados en la plataforma fáctica, el encartado, en su condición de dependiente con la jerarquía de Supervisor de la víctima, de manera ininterrumpida y sistemática, acosó psicológica y laboralmente a la misma con el propósito de que ésta renunciara a la empresa, a sabiendas del significado pernicioso del acoso y con intención de causar un daño en la salud física y/o psíquica de la nombrada, abusando de su superioridad jerárquica, y mediante un trato grosero, agresivo, manipulador, vejatorio y humillante, basado en el terror y la persecución laboral. Es importante destacar que el Código Penal de la Nación en el título 1, Capítulo 2, protege la incolumidad o integridad del cuerpo y de la salud de las personas. No sólo se tutela el aspecto anatómico y fisiológico de cada individuo sino también su salud psíquica. En este sentido, como consecuencia del accionar del acusado, la denunciante sufrió lesiones psíquicas y físicas de carácter gravísimas, diagnosticadas como “Trastorno por ansiedad con crisis de pánico secundario estrés agudo producido por mobbing laboral”, habiéndosele diagnosticado un 10 % de incapacidad laboral y la presencia de secuelas tales como temor hacia las figuras de autoridad, desconfianza y recelo a ser dañada”.

legráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros”. En este punto, debe hacerse alusión a aquellos archivos que han sido enviados por la víctima previamente y de manera consentida (*sexting*), pues así es posible considerarlos dentro de la categoría de comunicación electrónica.

Si esos archivos conteniendo las imágenes o videos han sido captados por el agresor, los tipos penales contemplados en el Título II “Delitos contra el honor” pueden abarcar –relativamente- esas conductas, aunque nunca protegerán de manera cabal a la víctima, porque circunscribir al bien jurídico “honor” resulta insuficiente; en tanto y en cuanto no define la cuestión de la intimidad y la libertad sexual. Creus define al honor como “el conjunto de cualidades valiosas, que revistiendo a la persona en sus relaciones sociales, no sólo se refieren a sus cualidades morales o éticas [...] sino también a cualesquiera otras que tengan vigencia en esas relaciones (profesionales, jurídicas, familiares, culturales, físicas, psíquicas, y sociales en general)”³⁶. Ante semejante laguna normativa, la difusión no consentida de este tipo de archivos puede encontrar parcialmente protección en el artículo 110 del Código Penal, que castiga con pena de multa a quien “intencionalmente deshonnar o desacreditar a una persona física determinada”³⁷; o, antes bien, cuando esos archivos hayan sido “fotomontados” o se hayan utilizado aplicaciones como Photoshop para colocar el rostro de la víctima en imágenes sexuales, se podrá apelar a lo establecido por el artículo 117, que en su inciso 2° castiga con pena de prisión de “seis meses a tres años, al que proporcionara a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales”, mientras que en su inciso 3° se aumenta la escala penal “en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona”.

Distintas aristas adoptará el caso cuando se haga uso de amenazas de difundir las imágenes o videos de contenido sexual (*sextorsión*) con el objeto de exigir algo a cambio. Si la amenaza es utilizada para conseguir que la víctima acceda a las peticiones del victimario (mantener relaciones sexuales, o continuar en la relación, por ejemplo), la conducta puede subsumirse en el artículo 149 bis, segundo párrafo, del Código Penal, en tanto tipifica la acción de hacer uso

³⁶ D’ALESSIO (Dir.), DIVITO, Mauro (Coord.), ob. citada, p. 162

³⁷ Las multas a este respecto han quedado totalmente desactualizadas y, por ende, desvirtuadas en su carácter punitivo, a raíz del proceso inflacionario que ha sufrido la Argentina en los últimos años. El mínimo de la multa del delito de injurias es de \$ 1.500 y el máximo de \$ 20.000.

de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. A la vez, cuando la amenaza radica en difundir imágenes íntimas de contenido sexual con el objetivo de que la víctima acceda a los requerimientos del sujeto activo, por ejemplo, entregando dinero u otros bienes de contenido económico, el artículo 169 del Código Penal conmina con prisión de tres a ocho años a quien, por amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, cometiere alguno de los hechos descritos en el artículo 168, que tipifica el “chantaje”: “Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos”.

Finalmente, para aquellas situaciones en que las víctimas sean niñas, niños y adolescentes, han sido contemplados de manera concreta algunos delitos que se cometen a través de internet, tales como la tenencia, distribución o difusión –entre otras acciones típicas que la norma detalla- de material de abuso sexual infantil (artículo 128 del Código Penal), como así también el *grooming* (art. 131 del Código Penal) que sanciona con prisión de seis meses a cuatro años a quien, “por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

No obstante, estas tipificaciones dejan fuera de su espectro a las nuevas modalidades de violencia por razones de género perpetradas en contra de mujeres mayores de edad en el mundo digital; por ello, sin perjuicio de la posibilidad de adaptar ese tipo de conductas cometidas bajo el amparo de la violencia machista a los tipos penales existentes, tal como se desarrolló en los párrafos anteriores, urge como política de Estado una previsión legislativa específica que permita a las víctimas encontrar en el sistema de justicia una respuesta adecuada a la protección de sus derechos fundamentales, a la par de evitar la impunidad para sus perpetradores.

Juzgar con perspectiva en la diversidad sexo identitaria: lineamientos para un abordaje integral de víctimas que pertenezcan a la comunidad LGTBQNB+

Javier Teodoro Álvarez*

Abstract: En el presente trabajo se ofrecen algunas ideas para mejorar la atención de víctimas que integren la comunidad LGTBQNB+, en sintonía con la jurisprudencia de la Corte IDH y los estándares del sistema internacional de los Derechos Humanos.

Introducción

La violencia contra la comunidad LGTBQNB+¹ es un fenómeno social persistente a lo largo de la historia, que, además, se encuentra signado por la exclusión de los derechos civiles más importantes, como la identidad y el reconocimiento estatal de sus vínculos sexoafectivos. Es a partir del comienzo de este nuevo milenio que este grupo de personas empieza a ser reconocido de modo gradual como sujetos de derechos en las democracias occidentales. Así, por ejemplo, Holanda en el año 2001 fue el primer país en el mundo en reconocer de modo legal las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo, lo que habilitó un nuevo marco jurídico que de a poco otros países europeos replicaron. En el continente americano, ese primer paso lo dio Canadá en el 2005. De igual modo ocurrió con el derecho a la identidad de género, que, con diversos matices, es a partir de los primeros años del 2000 que algunos países comenzaron a permitir el cambio registral.

* *Secretario letrado de la Procuración General de la Nación. Magister en Derecho Penal por la Universidad Torcuato Di Tella y Master en Razonamiento Probatorio por la Universitat de Girona y la Università di Génova. Doctor en Derechos Humanos (UNLa). Profesor universitario.*

¹ La sigla identifica a las personas Lesbianas, Gays, Travestis, Transexuales, Transgéneros, Bisexuales, Intersex, Queer, No Binaria y otras identidades por fuera de la heterocisnormatividad.

En la Argentina, es recién en esta última década pasada que se produce un significativo avance normativo a nivel federal que permitió conformar un marco jurídico específico a través de la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario (ley N° 26.618, 2010), la Ley de Identidad de Género (Ley N° 26.743, 2012) y, luego, con la aprobación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994, 2014). Este acervo legal se profundizó en los últimos años con dos nuevas herramientas: la sanción de la Ley de Promoción del Acceso al Empleo Formal para personas travestis, transexuales y transgéneros “Diana Sacayán – Lohana Berkins” (Ley N° 27.636) y la adopción del DNI no binario (Decreto presidencial n° 476/21).

Esta profusa normativa no garantiza, desde ya, una reducción de la violencia contra esta población. Por el contrario, en los últimos tiempos se ha registrado un considerable aumento de crímenes por prejuicio e incidentes violentos basados en la discriminación estructural que afecta a la comunidad LGBTIQNB+. Esta circunstancia, sumada a una mayor visibilidad de las disidencias sexo identitarias en razón del mencionado avance y reconocimiento normativo, provoca que en la actualidad sea cada vez más frecuente el tránsito de víctimas pertenecientes a este grupo en los diversos órganos del servicio de justicia. Sin embargo, se trata de un diálogo pedregoso que se materializa en prácticas que, en su consecuencia, obstaculizan el acceso a la justicia.

En el presente texto, me propongo ofrecer algunos lineamientos básicos que pueden ser de utilidad para reducir el impacto negativo del contacto de este grupo especialmente vulnerado y los órganos judiciales. Para ello, iniciaré el camino a través de la presentación de un breve diagnóstico sobre la violencia ejercida contra aquella población, de conformidad con informes internacionales que dan cuenta de la magnitud del fenómeno, para luego aportar algunas ideas que permitan edificar lineamientos básicos en el abordaje de este grupo de víctimas.

I. La violencia contra la población LGBTIQNB+ como un fenómeno estructural

La violencia ejercida por razones de géneros es una manifestación de relaciones desiguales de poder cuya máxima expresión son los femicidios y los crímenes por odio a orientación sexual o expresión de género de la víctima. Se trata de

expresiones que intentan establecer un plano de jerarquías, pues constituyen siempre la pretensión de subordinación de unos sobre otros como una de las formas de manifestación más crueles de la misoginia (ÁLVAREZ, 2019). A partir de esta realidad, la CIDH (2015:427) afirmó que “en la región prevalece una cultura donde los actos de violencia y ataques contra las personas LGBT están absolutamente naturalizados. Incluso se ha alegado que muchas personas se sienten “con derecho” a agredir a las personas LGBT. Un Estado informó a la Comisión que la violencia contra las personas LGBT tiende a ser aceptada por la sociedad, y en ocasiones incluso es representada con humor por los medios de comunicación.”

De acuerdo a las estadísticas de la Comisión, durante un período de quince meses, se cometieron al menos 770 actos de violencia contra la población LGTBIQ+, incluyendo 594 muertes (CIDH, 2015:23). En sintonía con este diagnóstico, también se comprobó que las muertes y demás actos agresivos en contra de este grupo tienen como característica común un alto grado de violencia. Así es como, de manera frecuente, estos hechos suelen ser caracterizados por el uso de medios especiales para infligir daños, entre los que se incluyen el uso de cuchillos y otras armas, incineración, decapitación, golpizas brutales, lapidación, ladrillazos o martillazos, asfixia, desmembramiento, entre otros (CIDH, 2014).

El Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2001:17), señaló que, en una parte considerable de los casos de tortura a personas integrantes de este colectivo, se producen actos de violencia sexual, con el fin de castigar el hecho de traspasar las barreras de género. Además, sostuvo que se les somete en una proporción excesiva de torturas y otros malos tratos porque no responden a lo que socialmente se espera de personas de uno y otro sexo en refuerzo de la limitación binominal.

Es que la heterosexualidad se impone como norma jerarquizadora revelando la matriz de pensamiento binario, lo que limita pensar los géneros y las sexualidades solo en términos dicotómicos: hombre/mujer, femenino/masculino (BUTLER, 2001:21). En efecto, la violencia se agudiza cuando la víctima pertenece a la comunidad trans. Sin dudas, se trata de un grupo que se encuentra inmerso en un ciclo de violencia, discriminación y criminalización desde muy temprana edad por la exclusión de sus hogares, comunidades y centros de educación (CIDH, 2020). BERKINS (2004) lo describe de la siguiente manera: “las travestis sufrimos dos tipos de opresión. Por un lado, la opresión social basada en el ima-

ginario colectivo de lo que es una travesti: misterio, ocultamiento, perversión, contagio, etcétera. El patriarcado nos castiga por renegar de los privilegios de la dominación que nos adjudican los genitales con los cuales nacemos. Las mujeres se sienten muchas veces con un sentimiento de invasión, de usurpación de la identidad. Por otro lado, sufrimos la violencia institucional, aplicada en aras de salvaguardar la moral, las buenas costumbres, la familia, la religión. Esta violencia es consecuencia de otra, la social, y nos es aplicada por atrevernos a desafiar el mandato social de lo que tenemos que ser y hacer”.

Conforme los datos relevados por la CIDH (2015:26), la mayoría de las mujeres trans y feminidades travestis que son asesinadas son menores a los 35 años de edad, y son especialmente vulnerables a la violencia por parte de fuerzas de seguridad del Estado. Al mismo tiempo, este organismo considera probada la existencia de un ciclo de violencia institucional para este sector de la población en los países miembros de la OEA al expresar que: “[...] las personas trans enfrentan pobreza, exclusión social y altas tasas de inaccesibilidad a la vivienda, presionándolas a trabajar en economías informales altamente criminalizadas, como el trabajo sexual o el sexo por supervivencia. Como consecuencia, las mujeres trans son perfiladas por la policía como peligrosas, haciéndolas más vulnerables al abuso policial, a la criminalización y a ser encarceladas. Las personas trans pertenecientes a grupos étnicos o raciales históricamente discriminados pueden ser aún más vulnerables a entrar en este ciclo de pobreza y violencia”.²

Por su parte, nuestro Máximo Tribunal en el precedente ALITT advirtió no solo el alto grado de discriminación que sufre esta población, sino también la gravísima victimización a las que son expuestas a través de malos tratos, apremios, violaciones, agresiones e, inclusive, homicidios. En efecto, afirmó que: “Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo”.³

En los Estados Unidos, por su parte, conforme las estadísticas gubernamentales, los delitos contra las disidencias sexuales e identitarias comparten el se-

² [<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/137.asp>] (recuperado en 12/11/22).

³ CSJN “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual c/ Inspección General de Justicia” del 21 de noviembre de 2006, Cons. 17.

gundo lugar junto al de las minorías religiosas, después de los incidentes racistas.⁴ De igual modo, en el Reino Unido sólo durante un año se iniciaron casi 1.000 denuncias por esta clase de hechos.⁵ El Consejo de Europa también constató que en todos sus Estados miembros se ejerce este tipo específico de violencia.⁶ En el mismo sentido, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos indicó que había aumentado la intolerancia contra este colectivo en los últimos tiempos.⁷

En definitiva, se trata de un fenómeno de alcance global, multicausal y complejo que impone la necesidad de adoptar políticas públicas tendientes a la prevención, investigación, persecución y sanción de sus responsables (ÁLVAREZ, 2020), pero, también, y de manera muy especial, la atención especializada de las víctimas.

II. Lineamientos para el abordaje de víctimas que pertenezcan a la comunidad LGTBQNB+

En los últimos tiempos, el sistema interamericano de Derechos Humanos elaboró una serie de estándares a través de la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de los cuáles se ofrecen ciertas pautas para el abordaje judicial de casos que involucren a personas de la comunidad LGTBQNB+. En concordancia con aquellas, a continuación, propondré algunas líneas básicas y claras de actuación para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad para esta población.

En primer lugar, en relación con la elaboración de la teoría del caso, es necesario poner de relieve que la Corte IDH, en su jurisprudencia, afirmó que la primera hipótesis frente a hechos de violencia contra miembros de esta comunidad debe ser la del crimen de odio y, a partir de allí, entonces, advertir que se está frente a una situación de riesgo previsible y, por ello, evitable. Al respecto, el tribunal destacó que: “los discursos discriminatorios y las consiguientes actitudes que responden a ellos, con base en los estereotipos de heteronormatividad

⁴ Uniform Crime Report: *Hate Crime Statistics 2009*, U.S. Department of Justice, FBI, Washington 2010.

⁵ European Union Agency for Fundamental Rights *Homophobia and Discrimination on Ground of Sexual Orientation and Gender Identity: Part II – The Social Situation*, 2009, Vienna, pág. 38.

⁶ Council of Europe, *Discrimination on Ground of Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, p. 52, Strasbourg, Junio 2011.

⁷ African Commission on Human and People Rights (Camerun), 11-25 parr. 14, mayo 2005.

y cisnormatividad con distintos grados de radicalización, acaban generando la homofobia, lesbofobia y transfobia que impulsan los crímenes de odio”⁸

Luego, sostuvo en la sentencia del caso *Azul Rojas Marín vs. Perú* que: “La violencia contra las personas LGBTI tiene un fin simbólico, la víctima es elegida con el propósito de comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación. Sobre este punto, la Corte ha señalado que la violencia ejercida por razones discriminatorias tiene como efecto o propósito el de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una determinada categoría. Esta violencia, alimentada por discursos de odio, puede dar lugar a crímenes de odio”⁹ Este criterio, también lo reiteró luego en el caso *Vicky Hernández vs. Honduras*.¹⁰

Ello se vincula, a su vez, al derecho a la protección personal que afirma el principio 5 de los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. La norma sostiene que toda persona, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tiene derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado frente a todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal que sea cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución.

De modo tal que, me parece importante como primer aporte señalar que los casos de discriminación, intolerancia o cualquier otra forma de violencia no letal contra la población LGTBQNB+ coloca a aquellas personas en una particular situación de riesgo a sufrir un eventual crimen de odio. Por ese motivo, entonces, deben adoptarse de modo inmediato medidas especiales de protección en los términos del art. 5 inc. d) de la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos -Ley n° 27.372- y, en particular, la atención especializada que ordena el art. 6 de aquel cuerpo legal. Este criterio también fue adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Sabalic*¹¹, en donde condenó a Croacia por haber sancionado de forma mínima un ataque a una mujer por ser lesbiana sin haber considerado el móvil discriminatorio del

⁸ Corte IDH Opinión Consultiva “OC-24/17”, párr. 47.

⁹ Corte IDH caso “Azul Rojas Marín vs. Perú” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 12 de marzo de 2020. Pár. 93

¹⁰ Corte IDH caso “Vicky Hernández y otras vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia de 26 de marzo de 2021. Pár. 70

¹¹ TEDH Case of “Sabalic v. Croatia”, 14 de enero de 2021.

hecho y por cuanto la víctima no tuvo participación durante la sustanciación del proceso penal.

Esta evaluación, además, debe realizarse bajo un enfoque interseccional. Un gran problema respecto de la población LGTBQNB+ es que, en muchas oportunidades, queda relegada a la otredad. En otras palabras: la sigla acompañada luego de la conjunción “*mujeres y personas LGTBQNB+*” no permite poner en evidencia que no se trata de un auditorio homogéneo, sino que también está alcanzado o puede ser analizado desde un prisma interseccional. De manera tal que, por ejemplo, no se encuentran en un mismo escenario de desigualdad estructural un varón blanco cisgénero homosexual con una persona travesti o trans. Si bien ambas estarán expuestas a situaciones de violencia y al riesgo antes indicado, la evaluación interseccional provocará que las medidas sean adoptadas en consideración con aquellas condiciones especiales de vulnerabilidad de ese último grupo de personas.

Este enfoque es reconocido en el art. 4 de la citada Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, que establece que la actuación de las autoridades responderá, entre otros, al principio del enfoque diferencial, por el cual las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección de la víctima se adoptarán atendiendo al grado de vulnerabilidad que ella presente, entre otras causas, en razón de la edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad u otras análogas.

Por su parte, también se ofrece como herramienta de trabajo algunas pautas a considerar al momento de entrevistar a una víctima, a fin de evitar que esta intervención se edifique sobre bases heteronormativas. En particular, es preciso recordar que la heteronormatividad es un término que se utiliza para graficar el pensamiento social imperante que supone que la regla en las personas y sus vínculos sociales son heterosexuales y, así, sostener que es el único modelo válido. Esta situación genera como consecuencia la invisibilidad de cualquier otra forma sexoafectiva o identitaria por fuera de aquellos límites.

En concreto, entonces, en una entrevista en el marco de una intervención judicial esto podría provocar cierto rechazo o incomodidad de las personas que integran la comunidad LGTBQNB+, generando que no se ofrezca cierta información relevante para la causa o que directamente se decida por no participar en el acto procesal. De modo que, para evitar esta circunstancia que obtura el libre acceso a la justicia, se propone que quien lleve adelante la entrevista no

asuma la heterosexualidad de la persona entrevistada, que consulte en forma previa sobre cómo quiere ser identificada, que se respete su identidad autodefinida, que se pregunte sobre los pronombres por los cuales quiere ser llamada, entre otras iniciativas.

También, resulta importante el respeto a la confidencialidad, es decir, el resguardo de los espacios de visibilidad o del *clóset* de la persona entrevistada. Para ello, es necesario no asumir que, por ejemplo, una persona gay o lesbiana es visible en todos los ámbitos ni tampoco que no lo es (SÁNCHEZ, 2022:18) o que su identidad de género se sobreentiende. Por ello, una buena práctica en el abordaje de la persona entrevistada es la consulta asertiva sobre esta información, a fin de resguardar todo aquel dato que ponga en peligro o menoscabe la privacidad.

Es necesario aclarar que, esta iniciativa no trata de procurar la buena voluntad de la persona a cargo de la entrevista. Por el contrario, es una obligación convencional. Es que, la Corte IDH señaló que la orientación sexual y la identidad de género que cada individuo defina para sí resulta esencial para su personalidad y forma parte de su dignidad y libertad. A su vez, expresó que: “el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Por tanto, existe una relación estrecha entre por un lado el reconocimiento de la personalidad jurídica y, por otro, los atributos jurídicos inherentes a la persona humana que la distinguen, identifican y singularizan.”¹²

En consecuencia con ello, la Corte afirmó que el derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se hace efectiva garantizando que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros, así como en los documentos de identidad. Esto significa, entonces, la existencia del derecho de cada persona a que los atributos de la personalidad anotados en esos registros y otros documentos de identificación coincidan con las definiciones identitarias que tienen de ellas mismas y, en caso de que no exista tal correspondencia, debe existir la posibilidad de modificarlas.¹³

¹² Opinión Consultiva “OC-24/17”, párr. 104

¹³ *Ibid.*, párr. 105.

Por lo tanto, aquella obligación convencional compromete a las autoridades judiciales a referirse a las personas por el nombre y pronombres con los que desean identificarse, más allá de la documentación oficial que posean. Este mandato resulta de vital importancia en casos de personas travestis, transexuales, transgéneros y no binarias, ya que el propio sistema interamericano reveló que la forma más común de ejercer violencia verbal, simbólica y psicológica contra aquellas es el uso malintencionado o deliberado de pronombres, sustantivos o adjetivos de un género diferente a aquel con el que se identifican. La CIDH (2021:47) afirmó que se trata de un tipo de violencia que se ejerce con el fin de humillar y ultrajar a una persona con base en su identidad o expresión de género y es una de las principales razones por las que muchas personas sufren humillación y maltrato. El temor de sufrir esta violencia inhibe a muchas personas a concurrir a determinadas oficinas públicas y demás instituciones, como, por ejemplo, centros sanitarios u hospitales, así como, también, dependencias del servicio de justicia.¹⁴

Insisto, entonces, con la importancia de preguntar, en ese primer acercamiento, sobre con qué nombre y pronombre desea ser identificada la persona y así registrar todo tipo de individualización, aun cuando sus documentos personales no reflejen la identidad autodeterminada. Se trata de identificar a la persona por lo que se conoce como su *nombre social* y la CIDH reconoció que es una práctica que permite reducir la incidencia de la violencia antes descrita.¹⁵

A su vez, esta obligación también tiene un impacto en las investigaciones penales por causas de muertes violentas a personas de la comunidad LGTBIQNB+. Así, por ejemplo, en el caso *Vicky Hernández vs. Honduras* la Corte IDH señaló que toda la investigación por su muerte se hizo en actuaciones judiciales que la identificaron con su nombre asignado al nacer. Esta práctica de hacer caso omiso a su género autodeterminado obturó una investigación efectiva que pusiera de relieve la violencia de género y la discriminación a causa de su identidad trans femenina.¹⁶

Este mandato, también incluye, desde ya, los casos en que se encuentren involucradas niñas, niños y adolescentes, ya que la protección a su identidad encuentra fundamento no solo en las previsiones de la Ley de Identidad de Género -Ley n° 26.743- y su capacidad progresiva reconocida en el Código Civil y Co-

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Ibid.*, parr. 48.

¹⁶ *Ibid.*, parr. 121.

mercial (art. 26), sino también en función del interés superior de la niñez que reconoce de manera expresa la Convención sobre los Derechos del Niño.

A riesgo de caer en la obviedad, resulta importante aclarar que esta obligación no se cumple con el uso de expresiones como, por ejemplo, alternativas de incluir tanto el nombre social como el asignado al nacer a través de barras, “y/o”, o bien aclarando que el nombre de la identidad autodeterminada sea un “alias”. Se trata de prácticas violentas y contrarias al derecho a la identidad.

En suma, se sugiere entonces preguntarle a la persona cuál es el nombre y pronombre que utiliza para identificarse y, en caso de que ello no pueda ser posible, hasta tanto obtener esta información, se propone utilizar solo su apellido y formas neutras del lenguaje como, por ejemplo, referirse a la parte actora, la parte demandada, la persona denunciante, la damnificada del hecho, quien resulta víctima, entre otras expresiones similares.

En relación con esto último, es importante también atender al uso del lenguaje en hechos que involucren a la población LGTBIQNB+. Por ejemplo, en la ya citada sentencia del caso *Azul Rojas Marin vs. Perú*, la Corte IDH cuestionó que la justicia nacional utilizara en sus intervenciones expresiones como “*contra natura*” para referirse al sexo anal. En concreto, el tribunal afirmó que: “La utilización de este término estigmatiza a quienes realizan este tipo de acto sexual, tildándolos de “anormales” por no ajustarse a las reglas sociales heteronormativas.”¹⁷

En otro orden de ideas, también se sugiere la exclusión de prueba no pertinente por prejuiciosa. En los casos de violencia contra la población LGTBIQNB+ es frecuente que las defensas utilicen contraindicios para restarle solidez a los indicadores de crímenes por prejuicio. Así, por ejemplo, que la persona imputada alegue y acredite que tiene amistades, relaciones sociales y/o familiares con otros que también forman parte del colectivo al que pertenece la víctima, por sí solo, no aporta ningún valor epistémico para la toma de la decisión.

En efecto, es habitual que en este tipo de casos las defensas intenten, mediante pruebas de concepto, atribuir a la persona imputada rasgos diferentes a los estereotipos que, en el imaginario colectivo, suelen afectar a quienes cometen estos hechos. Exposiciones del estilo “*tengo un amigo gay*”, “*mi prima es lesbiana y nos llevamos muy bien*”, por poner algunos ejemplos, son insuficientes para desarmar la acusación (ÁLVAREZ, 2020).

¹⁷ Párr. 203.

Es importante recordar que, lo que en estos casos se evalúa no es que el agente odie a todos los miembros de la comunidad a la que pertenece la víctima, sino que ese odio sea el que provocó el ataque concreto. De allí que, puede ocurrir que el autor del hecho no tenga una actitud permanentemente aversiva contra las disidencias sexuales e identitarias, empero cometer de todas formas un hecho delictivo basado en ese motivo. Pero, además, que una persona pueda ocasionar un daño a otra por odio a su orientación sexual, identidad de género o su expresión, no implica que en ocasiones pueda sociabilizar y hasta tener buen vínculo con otras personas del mismo colectivo a quienes, quizás, le atribuya otro tipo de valoraciones o estimaciones.

Una decisión que sirve para ejemplificar lo expuesto es la sentencia por la muerte violenta de una activista lesbiana asesinada por el padrastro de su pareja en la provincia de Córdoba, Argentina. Allí, el tribunal desestimó que la motivación del autor del hecho fuera la aversión a la orientación sexual de la víctima, en la medida que las partes no pudieron acreditar que el autor del hecho tuviera sentimientos *lesboodiantes*, pese que -al mismo tiempo- el órgano decisor afirmó que el crimen ocultaba una censura al libre ejercicio de la sexualidad de las mujeres afectadas. Así, los jueces indicaron que: “No se pudo probar que D. E. T. mató a N. G. por su condición sexual, sino más bien para terminar con el conflicto que se había generado en su familia y que padecía sobre todo su mujer, por sus angustias y preocupaciones, en virtud de que Dayana, de 17 años en la época del delito, había elegido a Natalia, de 27 años, como pareja. No se presentaron como evidentes, durante el curso del debate, elementos de convicción reveladores de una situación lesbofóbica, con aptitud suficiente para fundar un juicio apodíctico sobre su existencia, que permita afirmar que hay relación de causa a efecto entre el crimen y la sexualidad de la víctima [...] aunque lo que subyace, es el tema relativo a la censura a ejercer libremente la sexualidad.”¹⁸

Lo que revela el extracto resolutivo es que, la valoración probatoria estuvo dirigida a acreditar un entorno de desprecio a la sexualidad lésbica por parte del autor en términos generales, en lugar de que ese haya sido el motivo por el cual el agente mató a la víctima. En el caso comentado, el sujeto activo del delito conocía y admitía la sexualidad de su hijastra, por lo que ello fue interpretado como un *contraindicio* del odio. Este tipo de motivaciones, además, debe ser

¹⁸ Cámara Séptima en lo Criminal “Torres Daniel Esteban p.s.a. de homicidio agravado por el art. 41 bis”, c. n° 24.2005 Letra T N° 06, sentencia de fecha 23/08/2011.

comprendido en una suerte de tolerancia hacia las sexualidades no hegemónicas, pero no en una auténtica aceptación de la disidencia sexual como algo positivo y legítimo (ÁLVAREZ, 2020).

De manera que, en reemplazo de ello, es importante acreditar y analizar el contexto en que ocurrió el hecho, a fin de poder advertir y poner en relieve situaciones de desigualdad estructural que afectan de manera directa a la población LGTBIQNB+ y que por ellas se provoque un terreno propicio para actos de violencia. Así, por ejemplo, en la mencionada sentencia Azul Rojas Marin vs. Perú, la Corte IDH dedicó un apartado especial a describir y fundamentar la situación de violencia que atravesaban las personas que integran aquel colectivo en el país demandado durante el momento en que ocurrieron los hechos. Ese análisis le permitió al tribunal tomar un punto de partida para el estudio de los hechos: la Corte concluyó que en la sociedad peruana existían y continúan existiendo fuertes prejuicios en contra de esta población, que en algunos casos llevan a la violencia.¹⁹

En vínculo con ello, resulta importante destacar la postura del Ministerio Público Fiscal de la Nación en la causa por la muerte violenta de Amancay Diana Sacayán, que puede sintetizarse en el dictamen de la Procuración General de la Nación ante la Corte Suprema de Justicia a fin de que se revoque la calificación y se asigne la agravante del art. 80 inc. 4 del CP. En su presentación, la PGN recordó la postura del fiscal interviniente y la UFEM, quienes sostuvieron que, al desechar la aplicación de la figura del homicidio agravado por odio a la identidad de género, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional pasó por alto el contexto de discriminación y violencia que sufrió la víctima por su identidad travesti, e incumplió de ese modo con los deberes establecidos en el artículo 7º, incisos “b” y “c”, de la Convención de Belém do Pará, el artículo 9º -en relación con la Recomendación General nº 9- de la CEDAW y la Convención para la Prevención y Sanción de Delito de Genocidio. Para ello, además, citaron diversos instrumentos que daban cuenta de la violencia estructural contra la población travesti y trans.²⁰

A su vez, también resulta relevante poner en relieve otro contexto de violencia que puede profundizar aquel fenómeno estructural del que viene hacién-

¹⁹ Párr. 51.

²⁰ Dictamen PGN de fecha 7/4/2022 en Recurso Queja nº 2. Incidente nº 9. “Imputado: M., D. s/ homicidio a mujer perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. Víctima: S., A. D. y otros” (CCC 62182/2015/TO01/9/2/RH3).

dose mención. Por ejemplo, en la sentencia del caso Vicky Hernández vs. Honduras, la Corte IDH también hizo mención a la situación política que estaba atravesando el país en el momento en que ocurrió la muerte de la víctima. En concreto, Honduras estaba afectado por un golpe de Estado que profundizó la violencia general y, en particular, a las personas travestis y trans.

De manera, entonces, que en función de los lineamientos de la jurisprudencia de la Corte IDH, es necesario, en cuestión probatoria, acreditar el marco de violencia estructural que afecta a las personas que integran la comunidad LGTBIQNB+. Ello, permite contextualizar el hecho como parte de un fenómeno global y no como episodios aislados.

Por último, se propone formular una aclaración sobre el concepto de víctima en relación con las violencias ejercidas en perjuicio de la comunidad LGTBIQNB+. Entiendo que, es importante alertar sobre algunas situaciones problemáticas en relación con la conceptualización de víctima vinculada con aquella población. Veamos.

El art. 2 de la ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos establece que se considera víctima: a) A la persona ofendida directamente por el delito y b) Al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos.

Esta limitación puede ser problemática en casos de víctimas que pertenecen a la comunidad LGTBIQNB+. En particular, pueden presentarse supuestos en los que la víctima directa haya sido expulsada o excluida de sus grupos familiares nucleares y estos hayan sido reemplazados por otras relaciones afectivas que también soliciten incorporarse al proceso o reclamen ciertos derechos reconocidos en el ordenamiento procesal.

En estos casos, es preciso recordar que el principio n° 24 de Yogyakarta reconoce el derecho de toda persona a formar una familia con independencia de su orientación sexual o identidad de género. A su vez, también afirma la existencia de diversas configuraciones de familias y que ninguna de ellas puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de sus integrantes. En lo que concierne a las obligaciones estatales, el principio ordena que se deberá velar para el reconocimiento de la diversidad de formas de familia, incluidas aquellas que no son definidas por descendencia o matrimonio.

Esta disposición debe ser interpretada en sintonía con el artículo 25 de las Reglas de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos, que, en su versión actualizada del año 2020, dispone una serie de directrices especiales para la atención, trato procesal y protección de víctimas en relación con su orientación sexual y/o su identidad o expresión de género.²¹

De modo que, cuando hablamos de “víctimas” en el caso de hechos en donde la agresión provocó un ataque letal, es necesario comenzar a considerar dentro de aquel concepto a todas aquellas personas que acrediten un vínculo afectivo con la damnificada directa, aunque el mismo no se constituya en una relación sanguínea o legal. Se trata de una interpretación dinámica de las disposiciones de la Ley n° 27.372, en el entendimiento de que aquellas son un piso pero nunca un techo en el reconocimiento de derechos.

III. Palabras de cierre

Para promover un modelo de justicia inclusivo no es suficiente crear nuevos tipos penales o dispositivos de agravamiento de la pena, sino que hace falta repensar las prácticas judiciales habituales y remover todas aquellas que obturen el acceso a la justicia de grupos históricamente postergados. La CIDH (2018) sostuvo que: “El acceso a la justicia por las personas LGBTI en el continente sigue teniendo grandes barreras y desafíos, pero algunos Estados han presentado

²¹ Art. 25: “1. A los efectos del presente documento, tendrán la consideración de víctimas en especiales condiciones de vulnerabilidad las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales cuando, en atención a las circunstancias concurrentes o al delito del que se han sido objeto, presenten dificultades para desarrollar plenamente y con todas las garantías los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce. Estarán comprendidas en esta categoría las personas que tengan una identidad o expresión de género distinta de las enunciadas, siempre que concurran los requisitos del párrafo anterior. 2. El Ministerio Público velará por que se les brinde en todas sus actuaciones procesales un trato digno y respetuoso con la orientación sexual y la identidad de género auto percibida por la persona, aun cuando esta última no se corresponda con la reflejada en su documentación identificadora. Esta previsión será igualmente aplicable a las víctimas niños, niñas o adolescentes. 3. Se asegurarán las investigaciones efectivas, prontas e imparciales de los hechos delictivos que tuvieran como fundamento el odio a la orientación sexual y/o la identidad o expresión de género de las víctimas. Se promoverá, cuando sea oportuno, la intervención en el proceso de expertos especializados en las características y definiciones de los delitos de odio relacionados con estos colectivos. 4. Los Ministerios Públicos desarrollarán actuaciones de formación, capacitación y sensibilización entre sus integrantes para garantizar los derechos reconocidos en los apartados precedentes. Se asegurará la debida coordinación con los organismos o entidades especializadas, a cuyo fin se potenciará la interrelación, la constitución de redes de contacto y la producción de protocolos de actuación, cuando proceda”.

medidas para cambiar esta situación. Una de las medidas concretas que los Estados de la región vienen adoptando en aras de proveer una respuesta judicial efectiva frente a violaciones de los derechos humanos de las personas LGBTI es la creación de unidades especializadas de investigación y la capacitación de funcionarios del sistema de administración de justicia. Sin embargo, la Comisión advierte que la sensibilización de los operadores de justicia es sólo un paso inicial hacia el acceso efectivo a la justicia de las personas LGBTI, que depende de la existencia de recursos ágiles y efectivos, la creación y aplicación práctica de protocolos específicos para una debida actuación, así como de investigaciones serias e imparciales.”

Si bien las herramientas normativas son relevantes y permiten nombrar a aquellas personas que hasta hace no muchos años no existían ni siquiera en los registros estatales oficiales, toda reforma pierde sentido si no se garantiza su operatividad. Y es allí donde el sistema judicial puede hacer una diferencia. Estas breves líneas que aquí presenté solo pretenden inspirar pequeños cambios en nuestras prácticas cotidianas, pero que, seguramente, tendrán un gran impacto en aquellas personas. Estoy convencido de que una verdadera transformación no puede ser tal sin que se incluya un servicio judicial con perspectiva en la diversidad sexo-identitaria.

La metafísica de la culpabilidad: tras dos décadas de Romina Tejerina

Yamila L. Abdelcader*

Resumen: La supresión de la figura de infanticidio condujo a la eliminación expresa de la consideración acerca del “estado puerperal”, equiparando a los homicidios cometidos por quienes dan a luz con aquellos ocurridos en contextos ampliamente diversos. Mediante el presente, se pretende volver a poner en agenda la necesidad de revisar el tipo penal hoy descripto en el art. 80, inc. 1, CP, reconsiderando al estado puerperal.

Introducción

Pasaron más de 20 años del hecho que tuvo a Romina Tejerina como autora de la muerte de su hija. Empero, a nuestros días, siguen aún latentes no sólo las circunstancias que atravesó como mujer en estado puerperal, sino también el sabor amargo por la forma en la que respondió el Estado. Sería hasta impropio no reconocer lo antijurídico y antinormativo de este tipo de conductas –me refiero a las de homicidio vinculares–, sin embargo, hay algo que incansablemente sigue haciendo ruido. ¿Es siempre una condena justa en términos sociales la que se aplica conforme la norma? ¿Cuánto hay de moral y cuánto de justicia en una sentencia? Veamos.

Para junio de 2005, Romina Tejerina fue condenada a la pena de 14 años de prisión por considerársela autora penal y materialmente responsable del de-

* *Secretaria Federal del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 3 de La Plata. Abogada y docente de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en derecho penal y en la investigación de delitos federales con OSINT.*

lito de homicidio agravado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación –art. 80 inc. 1, en función del último párrafo, del Código Penal-. En este caso, provocó el homicidio de su hija recién nacida.

Contra dicha resolución, la defensa interpuso recurso de casación, el cual fue denegado y motivó la presentación de un recurso extraordinario, siendo su denegatoria la que dio lugar a la queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La defensa de Romina Tejerina se agravió del pronunciamiento de la Sala Segunda de la Cámara en lo Penal de la ciudad de San Salvador de Jujuy, por haber tenido por acreditado que el día 23 de febrero de 2003, alrededor de las 08:00 de la mañana, la imputada, que tenía 19 años, dio a luz en el baño de la casa de su hermana, en la que residía, a una beba a quien, tras higienizarse, colocó en una caja de cartón y mató de al menos 18 puñaladas, las que, 48 hs. más tarde, le provocaron la muerte.

La defensa sustentó su agravio, en lo que al presente artículo le interesa, en que el tribunal de juicio transgredió el principio constitucional de *in dubio pro reo*, dado que habría seleccionado, entre dictámenes periciales con conclusiones opuestas respecto de la imputabilidad de Romina, aquel que permitió fundamentar la condena y desechó de manera arbitraria el informe que hubiera conducido a producir su absolución. También, sostuvo que se interpretó de manera errónea el art. 34 inc. 1° del Código Penal, por cuanto no tuvo en cuenta que la imputada durante el trascurso del *iter criminis* creyó estar ejecutando un aborto y no así un homicidio.

Según la causante, el embarazo se originó producto de una violación que había sufrido en el año 2002 por parte de un vecino del barrio.

Tras mantener oculta la gestación, el día indicado *ut supra*, dio a luz a Sororro Milagro, a quien inmediatamente después la colocó en una caja y le infligió 18 cuchilladas, las que produjeron, 48 hs. más tarde, la muerte de la recién nacida, a pesar de haber sido llevada de inmediato al Hospital por la madre de la imputada.

Según Romina Tejerina, habría visto “la cara del violador” en la beba.

La causa por abuso sexual con acceso carnal seguida contra Eduardo Vargas fue archivada tras el sobreseimiento del imputado.

Llegado el presente caso a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esbozaron diversos criterios que concluyeron en la confirmación de

la condena de 14 años de prisión para Romina Tejerina, toda vez que se resolvió el 8 de abril de 2008 declarar inadmisibile la queja (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

A mí criterio, el fallo de la Corte presenta dos cuestiones a abordar, las cuales fueron expuestas por las disidencias de los Ministros Dres. Fayt y Zaffaroni, por un lado, y el Ministro Dr. Maqueda, por el otro; y sobre aquellos puntos limitaré el análisis del presente. El primero, responde a si en el caso concreto Tejerina revestía la calidad de inimputable; y el segundo, es si la pena impuesta respeta el principio de culpabilidad.

I. Al tratar las circunstancias por las que el presente caso llegó al conocimiento de la Corte Suprema, los Dres. Fayt y Zaffaroni relataron en su voto en disidencia que era admisible la queja interpuesta toda vez que el fallo del Tribunal de juicio exhibía “defectos graves de fundamentación y de razonamiento, que redundan en menoscabo del debido proceso y del derecho de defensa en juicio” (considerando 5° del voto).

Asimismo, que el Tribunal de juicio tergiversó la jurisprudencia de la Corte al manifestar que era doctrina del máximo tribunal que “en la valoración de los informes periciales, corresponde privilegiar aquellos confeccionados por los peritos oficiales, pues se trata del asesoramiento técnico de auxiliares de la justicia cuya imparcialidad y corrección están garantizadas por normas específicas y por otras similares a las que amparan a la actuación de funcionarios judiciales (Fallos: 295:265)”.

En este sentido, señalaron los magistrados que tal doctrina hubiere sido violatoria de la garantía constitucional de defensa en juicio y degeneraría la finalidad de los peritajes de parte. Aquél fallo (cual cita real es la 295:299) en el que intentó sustentarse el Tribunal de Jujuy relataba que el informe del Cuerpo Médico Forense era un “asesoramiento técnico de auxiliares de la justicia cuya imparcialidad y corrección están garantizadas por normas específicas y por medio de otras similares a las que amparan la actuación de los funcionarios judiciales”, pero jamás se podría de ello sostener que están privilegiados aquellos informes oficiales respecto a los interpuestos por la parte.

Por otra parte, se sostuvo en la sentencia del Tribunal jujeño que Romina Tejerina, al ser indagada, brindó un relato “coherente, detallado y pormenorizado” de lo acontecido el día del hecho, lo que no podría condecirse con el estado de inculpabilidad que invocó la defensa.

En su voto, los magistrados señalan entonces que el citado Tribunal incurrió en un razonamiento erróneo, puesto que hablar del “conocimiento del acto ejecutado y su real comprensión o valoración”¹ no es lo mismo.

Lo anteriormente expuesto se tradujo en la condena de Tejerina, toda vez que a partir de ese análisis y de la pericia oficial, que sólo constó de menos de dos carillas (fs. 306), se descartó la existencia de un cuadro psicótico puerperal agudo que pudiese circunscribir a la imputada en los parámetros del art. 34 inc. 1° del Código Penal, lo que a criterio de los Ministros no es más que “un resabio de la ya superada tesis alienista (en la que también parecen enrolarse los peritos oficiales)”.

Recordamos que, a través de la tesis que se trae a colación, se intentó decir que la “alteración morbosa” sólo era posible en cuadros mentales de “alienación”, por lo tanto, al descartar un cuadro tal en Romina, se confirmaba que había podido comprender la criminalidad del acto y, en consecuencia, dirigir sus acciones.

Sobre este punto, recuérdese que “[...] el concepto de alienación, si bien fue útil en los comienzos de la psiquiatría, cuando su escaso desarrollo se conformaba con simples y rígidos postulados teóricos, en la actualidad se debe suprimir como elemento normativo de sus clasificaciones, ya que se descarta injustificadamente un importante contingente de estados mentales que, desde los puntos de vista nosográfico, etiopatogénico, sociológico, terapéutico y de pronóstico, no admite diferencias radicales con aquellas entidades morbosas (psicosis) que constituyen el cuerpo central de la patología psiquiátrica. En este sentido, un neurótico, un toxicómano, un alcohólico crónico, un psicópata grave, tienen tanto derecho a ser considerados enfermos mentales como un delirante, un maniaco o un esquizofrénico; les cabe el mismo tipo de tratamiento y la misma asistencia especializada”².

De lo expuesto, se deduce que, si bien los magistrados del tribunal provincial consideraron que la consciencia de la conducta y el relato pormenorizado que realizó Tejerina son factores que la excluirían del supuesto contemplado por el código en el art. 34 inc. 1°, ello no parece un argumento contundente para sostener una condena con la magnitud de la aquí impuesta.

¹ CSJN, T.228.XLIII “Tejerina, Romina Anahí s/ homicidio calificado” -considerando 7°, último párrafo, disidencia de los Dres. Fayt y Zaffaroni.

² CABELLO Vicente P., *Psiquiatría Forense en el Derecho Penal*. Buenos Aires. Ed. Hammurabi. 1981. Tomo I, pp 146.

“En efecto, como se dijo, inferir de la circunstancia de que el sujeto haya captado correctamente en el plano intelectual el suceso, su capacidad de culpabilidad es confundir de un modo totalmente arbitrario los conceptos de saber y comprender, toda vez que lejos de lo que sostiene dogmáticamente el *a quo* pueden presentarse perfectamente alteraciones en el control ético de la conducta (esfera pragmática) pero sin trastornos intelectuales (esfera praxica), siendo la disfunción afectiva tan importante como la mental” (considerando 10° del voto).

Al parecer, subsumir una conducta como la aquí en trato en el encuadre típico actualmente vigente no luce una tarea sencilla. Por el contrario, se terminó recayendo en afirmaciones de la dogmática acerca de la capacidad de imputabilidad de Tejerina.

Así las cosas, adentrándonos en el por qué la acusada podría haber sido inimputable, es que se deberá contextualizar su capacidad de culpabilidad directamente con la medida de su estado de vulnerabilidad.

La problemática que presentan en términos de temporalidad las pericias del caso, como se expondrá a continuación, son evidentes. Nótese que no puede conocerse de manera inequívoca cómo se desarrolló la psiquis de Romina Tejerina cuando se encontró en el baño realizando sola el trabajo de parto.

Los exámenes más próximos que se le confeccionaron, estos son con fecha 13 y 28 de mayo de 2003, arrojaron un diagnóstico de “estrés postraumático de tipo severo”, el cual ya no se observaba al 13 de junio de ese mismo año. Lo que hizo que afirmase el Tribunal Oral que Romina no podría haberse “curado sin medicación”, por lo que el último examen de mayo tuvo necesariamente que haber sido una “equivocación”. Sumado a ello, se dijo que la “frialdad” que Tejerina evidenció con posterioridad al hecho no mostraba más que su “falta de remordimientos e insensibilidad”, criterios que según el Tribunal de juicio condujeron, lejos de interpretarse como parte del estrés postraumático de su estado puerperal, a reforzar su culpabilidad.

Pues, entonces, son diversos factores los que se dejaron de lado, como la circunstancia de que la acusada al momento del hecho creyó estar embarazada de aproximadamente cinco meses, por lo que “la posibilidad de sobrevida del feto era técnicamente nula. La imputada había mantenido su embarazo en forma oculta – sólo sabían de él su hermana menor y una amiga, quien refirió que Romina les ocultó el embarazo a sus padres por ‘miedo’; además no se había sometido durante su transcurso a ningún control ginecológico” (considerando 18° del voto).

En este sentido, afirmó el perito oficial Sánchez durante la audiencia de juicio oral que Romina Tejerina no tenía “ningún referente de confianza, no llegó a tener la significación de que iba a tener una hija; todo iba dirigido para interrumpir un embarazo, no había otra posibilidad para ella de que el bebé nazca muerto y carecía de medios para solicitar ayuda”.

Los Dres. Fayt y Zaffaroni acordaron, entonces, en que “es imposible no presentarse un estado de importante y grave desequilibrio en quien da a luz por vez primera, casi como un animal, sentada en un inodoro, sin ninguna clase de asistencia y en condiciones de total falta de asepsia [...] esa situación de por sí ya desequilibrante se agrava aun más si se tiene en cuenta que se trató de un llamado ‘parto en avalancha’ [...]”. Y, en este sentido, entendieron que la sentencia no tomó “en consideración el estado psíquico de la condenada en los momentos que rodearon al hecho y en las peculiares circunstancias en que se hallaba” (considerando 18° del voto).

Añadieron que, tampoco se ha tenido en cuenta la relación de Romina Tejerina con su madre, quien la había echado de su casa y rechazado también cuando quiso volver en virtud de que su hermana mayor la golpeaba. Se desconoció así “la importancia de la evocación de la relación madre-hija al momento del puerperio, cuando ya de por sí hay una mayor vulnerabilidad psíquica [...]”. Se trata aquí de una adolescente que según el informe de la asistente social tenía ‘padres rectos y estrictos que admitieron haberle pegado a Romina’ mientras vivía con ellos. [...] se vivía en su familia un clima de violencia y se definió a la figura materna como ‘dominante y represora’ y a la figura paterna como ‘evasiva, que delega la autoridad en la figura materna, quien la ejerce muchas veces a través del castigo físico’ (considerando 20° del voto).

Es así que, de lo expuesto, y con la razonabilidad del caso, los magistrados han entendido que el fallo poseía defectos graves en la valoración de las pruebas que condujeron a la condena de la imputada, lo que lo tornaba inválido como acto jurisdiccional y conducía a descalificarlo en virtud de la doctrina de la Corte en materia de arbitrariedad (Fallos: 311:1438; 312:1150, entre otros).

II. Por otra parte, es interesante resaltar el análisis que hace el Dr. Maqueda en su voto, puesto que me introduce al abordaje de la necesidad de reincorporar la figura del infanticidio al Código Penal.

El magistrado, centró su voto en el estado puerperal en el que se encontraba la imputada al momento del hecho, lo que en el caso concreto se tradujo como “un reductor de la autonomía de la constelación situacional del hecho constitutivo del injusto que incide necesariamente sobre el grado de reproche de culpabilidad” (considerando 16° del voto).

Así, consideró que, dadas las circunstancias del caso y la legislación vigente, el reproche que merecía Romina Tejerina como autora material y responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación, debía circunscribirse al mínimo reproche que la figura penal permite, esto es: 8 años de prisión³.

Para arribar a tal conclusión, valoró las circunstancias bajo las cuales la imputada se vio envuelta, es decir, “que alumbró en el baño, que estaba sola, que no recibió ayuda de nadie pese a requerirla, que no esperaba el parto, que éste fue sorpresivo, que carecía de cualquier atención elementalísima en esa circunstancia, que el embarazo había sido ocultado al menos parcialmente, que Tejerina había sido víctima de malos tratos familiares, que había tenido que abandonar el hogar paterno por las violencias protagonizadas, que su instrucción es elemental, que su capacidad de comunicación está considerablemente reducida por efectos de episodios traumáticos, que nadie le prestó atención, asistencia ni consejo durante el curso del embarazo, que éste fue consecuencia de un episodio no esclarecido y que, cualquiera haya sido la naturaleza de éste, lo cierto es que fue dejada en total estado de desamparo, no sólo por el padre de la víctima sino por su propia familia, que todo esto sucede en medio de una completa carencia de recursos e incluso de vivienda” (considerando 23° del voto).

III. Por lo expuesto, entiendo que quedan evidenciadas ciertas cuestiones objetivas que no se han tenido en cuenta en la sentencia por la cual se condenó a Romina Tejerina, que es considerada arbitraria en cuanto no ha dado índice real de las circunstancias del estado de vulnerabilidad en el que se hallaba; esto es, el desarrollo de su núcleo familiar y social, el miedo que sentía de contar a sus cercanos el embarazo, los cuales también pueden considerarse como *deshonra de la madre*, la falta de apoyo y contención emocional y el estado puerperal que sufrió producto tanto de sus condiciones pasadas de vida como de gestación.

³ Art. 80 inciso 1 en función del último párrafo de la misma norma, del Código Penal Argentino.

Asimismo, estimo excesivo que el Tribunal de juicio, pese a apreciar el estado puerperal y las situaciones que la imputada vivió durante su vida y embarazo, la condenara a 14 años de prisión, cuando tuvo oportunidad de darle el mínimo legal de 8 años que la calificación penal permitía.

Tal como fue planteado por la Dra. Carmen Argibay (apartado IV de su voto), no existe una vara única para medir la cuantía de pena a aplicar, pero teniendo al menos presente que existió -durante más años de los que no existió- la figura del infanticidio en el Código Penal, parece desproporcionada la cantidad de años de prisión que le fue impuesta a Romina Tejerina, con mayor razón si recordamos que el máximo que establecía el antiguo art. 81 inc. 2° era de 3 años.

Sobre este punto, me encuentro con un interrogante: cuando el antiguo Código definía al “estado puerperal”, ¿definía un estado de salud específico mensurable? ¿Era posible, acaso, considerar que una mujer podía ser autora de infanticidio en estado puerperal e inimputable en igual sentido por dicho estado puerperal?

Pues, al parecer, la discusión que dio lugar a la eliminación del artículo, para 1995, fue consecuencia de la incorporación de los Tratados con jerarquía constitucional adoptados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; y se entendió que, en razón de la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, el infanticidio debía ser suprimido, ya que se consideró que el bien jurídico “vida del Niño” desplazaba cualquier tipo de protección legal sobre la honra de la mujer, quedando así comprendido en la figura de parricidio, con lo cual se elevó la pena de 3 años a perpetua, lo que es a simple vista un excesivo incremento en la reprochabilidad.

Pero, a fin de apaciguar la situación, durante el debate parlamentario de la ley 23.849, mediante la cual se aprobó la Convención recién mencionada, se recordó que, en el caso de que una mujer matara a su hijo en circunstancias extraordinarias de atenuación, la escala reducida que contempla el art. 80 habilitaría a graduar la pena según lo establecido por los artículos 40 y 41 del Código Penal, circunstancia que me hace repensar, entonces, que el estado puerperal es realmente una situación extraordinaria de salud que puede ocurrirle a cualquier embarazada.

Es palpable que no es socialmente aceptado y debe repelerse la situación de que una madre mate a su hijo. Pues, si podemos legalmente comprender las cir-

cunstancias establecidas en el art. 41 como pautas para atenuar (o aumentar) la pena en virtud del art. 40 del código de fondo, ¿no deberíamos, entonces, repensar que el estado puerperal es realmente un criterio que debía a Romina Tejerina, al menos, otorgarle el mínimo de la pena? Y lo expuesto me hila, necesariamente, con otro cuestionamiento: ¿el hecho de que sea la madre quien culmina con la vida de su hijo o hija en estado puerperal, no tendrá algún condimento no tanto respecto de la deshonra [moral] sino del “deber ser” social de lo que se espera de una *madre*?

¿El puerperio es, acaso, un estado momentáneo que puede ser medido con alguna vara particular para entender que corresponde la atenuación de la pena en virtud de los arts. 40 y 41 del Código Penal? ¿Es posible considerar inimputable en razón del art. 34 inc. 1° a una mujer que mata a su hijo en estado puerperal? ¿No parece, al menos, necesaria la regulación como figura típica especial? A mi criterio, la reincorporación del infanticidio es algo que debería acontecer de manera inminente, más teniendo en cuenta que el Anteproyecto del Código Penal reinsertó la figura, y que, en el año 2010, durante el debate parlamentario, los votos positivos fueron de 170 contra 29⁴.

Recordemos un poco entonces de qué se trataba esta figura: previo a ser derogada por la Ley 24.410 del Código Penal. El art. 81 contenía, en su inciso 2°, la siguiente normativa:

Se impondrá reclusión **hasta tres años** o prisión de seis meses a dos años a la madre que, **para ocultar su deshonra, matare** a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara **bajo la influencia del estado puerperal** y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a) del inciso 1 de este artículo (el resaltado es propio).

En la anterior norma, el infanticidio figuraba como una forma atenuada de cometer un parricidio. Muchos problemas trajo a la doctrina la fórmula legal, ya que pareciera que se elevaba el bien jurídico “honra de la madre” sobre el bien jurídico “vida del niño/a”, puesto que incluía, previo a la descripción de la conducta, la aposición “para ocultar su deshonra”. Asimismo, atenuaba la figura

⁴ Véase el Anteproyecto del Código Penal de la Nación en: [<http://www.saij.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>]. Específicamente allí se expone que “Se restablece la figura de infanticidio, suprimida sin debate y sin fundamento en medio del tratamiento de otros temas. Su supresión separa nuestra ley penal de todo el derecho comparado, pues se trata de una atenuante universalmente reconocida.

para aquellos familiares que en estado de emoción violenta y cuando las circunstancias lo hicieren excusable -art. 81, inc. 1 a)- cometiesen el mismo delito. Si bien es cierto que la redacción de la norma no obedece a una realidad actual, e incluso luce sesgada por la conducta esperable de lo que la sociedad considera que es una “madre”, no puede pasarse por alto que su supresión por medio de la Ley 24.410 implicó que la conducta quede tipificada con la máxima pena de prisión: -perpetua-. Puede sostenerse, sin mucho esfuerzo, que tal como estaba planteada la conducta se tipificaban dos bienes jurídicos distintos. Por un lado, la honra y, por el otro, la vida, situación que no luce apropiada para el desprecio que genera socialmente que una madre mate a su descendiente. Incluso beneficiaba a los familiares de la que, en definitiva, era la única a la que le cabía el cuidado de su honra -la progenitora-, con la atenuación de la pena.

Lo que aqueja es que, no sólo se eliminó la figura sin debate ni fundamento, sino que se suprimió la valoración de que aquella conducta tenía un condimento adicional, y es el que ocurre sí y solo sí la madre se encuentra transitando el estado puerperal. Como se precisó, no quedan dudas de que la figura de infanticidio antiguamente reseñada por el Código elevaba la cuestión de la honra por motivos morales, contextuales o, si se quiere, religiosos, pero es despreciable que el cambio legislativo haya eliminado el hecho de tener en consideración un estado grave y preocupante por el que atraviesan muchas parturientas luego de dar a luz.

Lamentablemente, no puedo más que entender que esta eliminación se debió, sin más, al fatídico hecho de que la voz de las mujeres fue suprimida. Puesto que, el hecho de ser minoría en los lugares de decisión trae consecuencias que no pueden ser enmendadas tan fácilmente. No encuentro otra respuesta para interpretar cómo se pudo nivelar a la persona que mata a su hijo en estado puerperal -caso de Romina Tejerina- con aquella que lo hace sin ese estado mental. Quiero pensar -pues no tenemos los fundamentos de la supresión- que su eliminación del Código obedeció a la aposición acerca de “ocultar su deshonra”. Pero, ello no puede implicar que pase desapercibido que, quien comete un homicidio durante el estado puerperal, lo hace llevada por un impulso, una especie de psicosis o de neurosis y, en tal supuesto, “¿qué necesidad hay de exigirle el móvil de ocultar la deshonra? Si el estado puerperal puede producir psicosis, ésta constituiría una eximente de pena y el caso encuadraría en el art. 34, inc. 1º del código penal. En tal supuesto no tendría absolutamente nada que ver el

deseo de ocultar la deshonra. En cambio, si es este deseo el que fundamente la disminución de la pena, el estado puerperal nada tiene que ver con él”⁵. Sin embargo, nuestra legislación prevé actualmente la prisión perpetua, sin perjuicio de las condiciones extraordinarias que podrían provocar la atenuación (y aquí es donde, llenando un tipo penal abierto, la justicia puede cerrarlo ocupando la *condición* de transitar un “estado puerperal”).

Reitero, entonces, que se vislumbra sin demasiada necesidad de análisis un poco impropia la decisión del legislador –y resalto el masculino puesto que en su mayoría lo son– de aumentar la escala penal de la madre que matare a su hijo en estado puerperal de 3 años a la de perpetua. Sin ánimos de desviar el análisis, incluso, creo conveniente dedicar unos minutos a repensar “la figura de la madre” y el abismal cambio de calificación ocurrido. ¿Será que tal “falla” en el rol de la mujer es considerada aberrante y monstruosa?

Lo más llamativo del fallo de Tejerina, en el supuesto de que la figura de infanticidio estuviese a nuestros días vigentes, es que no hubiese existido por parte de ningún Tribunal la discusión acerca de la “agudeza” de su patología; pues era bien claro el art. 81 inc. 2 al decir “estado puerperal”, sin necesidad de medir la cuantía de éste, con lo que le hubiese correspondido como máximo la pena de 3 años de prisión.

Además de ello, si el infanticidio fue tomado como una figura de homicidio atenuado, ¿cómo, luego, se convirtió en una acción típica tal que sea merecedora de la pena máxima? Más aún, ¿cómo es que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó el fallo a 14 años de prisión cuando podría, al menos, haberle asignado la pena de 8 años, tal como proponía el magistrado Maqueda? ¿No es ello, acaso, una violación al principio de culpabilidad?

Asombrosa es la redacción del Código Penal de la República del Perú, el cual establece la figura de infanticidio en su art. 110. Así, se describe que: “La madre que mata a su hijo durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas”.

Es cuanto más llamativo que, inclusive deja a arbitrio del juez la posibilidad de darle a la autora la suspensión del juicio a prueba.

⁵ RAMOS, Juan P.; *Curso de Derecho Penal (segunda parte)*. Buenos Aires. Biblioteca Jurídica Argentina. 1957. Tomo V, pp. 64.

Para finalizar con el presente, llamo a repensar dos cuestiones: la primera, si no fue un error legislativo o, al menos, una decisión política con consecuencias nefastas la eliminación de la figura de infanticidio; y, la segunda, si el “estado puerperal” debería ser constitutivo del tipo como elemento o, más bien, podría ser una causal de inimputabilidad toda vez que lo que provoca son “trastornos fisiológicos o anomalías de carácter físico y moral que producen en una mujer el embarazo y los fenómenos que acompañan o siguen al parto”⁶, siendo que existen casos en los que “las parturientas presentan trastornos o anomalías psíquicas que pueden llegar a determinar un impulso homicida [...], se produce en algunas madres una manía, un delirio pasajero que provocan impulsiones homicidas, de carácter inconsciente. Y cuando esto sucede [...] es ajeno por completo a la incoercible impulsión criminal”⁷.

⁶ RAMOS Juan P.; *Curso de Derecho Penal* (segunda parte). Buenos Aires. Biblioteca Jurídica Argentina. 1957. Tomo V, pp. 67.

⁷ Ídem. pp. 68.

El uso de estereotipos de género en el razonamiento probatorio en el proceso penal

Ignacio Ahargo*

Abstract: El uso de estereotipos en general -y los de género en particular-, genera un déficit en el respaldo de las inferencias probatorias que la autoridad judicial realiza para establecer los hechos en el marco de un proceso penal. Asimismo, incorpora información que repercute de manera diferente en el peso probatorio y en el juicio de probabilidad de la decisión. Analizaremos dos casos jurisprudenciales para dar cuenta de ello.

Introducción¹

En el presente trabajo intentaremos dar cuenta de cómo, en contextos de ausencia de información, el uso de estereotipos (descriptivos y normativos) por parte de la autoridad judicial en sus decisiones afecta la solidez de las inferencias probatorias que relacionan datos relevantes -argumentos que se construyen desde la prueba- con conclusiones atinentes a hechos que se pretenden probar en el marco de un proceso penal.

Definiremos a los estereotipos en general y a los de género en particular, y los ubicaremos en la estructura de la inferencia probatoria que podemos encontrar en una sentencia judicial, para dar cuenta de las consecuencias que el uso de los mismos tiene para el peso y el juicio de probabilidad de la pretensión de hechos a probar.

* *Secretario de Juzgado, a cargo de la Secretaría de Derechos Humanos del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca. Abogado y Especialista en Derecho Penal por la Universidad Nacional del Sur y maestrando por la misma casa de estudios.*

¹ Agradezco a Juan Andrés Cumiz por sus comentarios a versiones anteriores de este trabajo.

Luego, abordaremos dos sentencias judiciales en las que el uso de estereotipos como “testigo imparcial” y, en particular, de género como el de “mujer con vida sexual activa” o “mujer joven no sometible”, fueron utilizados para justificar una determinada tesis sobre hechos probados².

Cabe aclarar que, no nos ocuparemos de los estados subjetivos o mentales que el uso de estereotipos puede generar tanto en sus portadores -jueces/juezas- como en sus destinatarios (víctimas y demás personas que intervienen en un proceso penal).

I. Estereotipos descriptivos y normativos. Estereotipos de género

En nuestra vida cotidiana, tomamos decisiones en base a información a la que accedemos al relacionar personas con categorías. Así funcionan los estereotipos. Vemos que alguien reúne determinada característica y, entonces, creemos que *es o debería ser* de determinada manera³.

El uso del término estereotipo no es homogéneo, y podemos distinguirlos en descriptivos y normativos. En el primero, se atribuye una propiedad a los miembros de un grupo por el sólo hecho de pertenecer a ese grupo, independientemente de que exista o no una correlación estadística entre la propiedad que se le asigna a miembros de aquel y el hecho de formar parte. En el segundo, se atribuye un deber a los miembros de un grupo, por el hecho de pertenecer a ese grupo. Podemos distinguir entre estereotipos descriptivos y normativos sobre la base de su dirección de ajuste. Es decir, en los primeros el estereotipo se va ajustando a los miembros del grupo, y, en el segundo, son éstos quienes *deben* ajustarse al estereotipo⁴.

² Si bien existe un profuso desarrollo sobre la diferencia entre “hecho probado” y “tener por probado un hecho”, en el presente no nos ocuparemos de ahondar en la cuestión y los utilizaremos de manera indistinta. Para mayor detalle, ver FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005.

³ A modo de ejemplo, si ingresamos a un edificio donde funcionan distintas reparticiones judiciales y queremos saber dónde se encuentra la mesa de entradas del Juzgado Correccional Nº 1, si abordamos a una persona que vemos en el lugar vestida de saco y corbata, y la consultamos al respecto, habremos tomado una decisión en base a información que nos suministra un estereotipo, pues creemos que una persona que reúne determinadas características -vestida de saco y corbata- y que se encuentra en un determinado lugar -donde funcionan reparticiones judiciales- es abogadx, y por ello podrá suministrarnos esa información. Pero, en el caso concreto, esa misma persona quizás se encuentra en el lugar para prestar una declaración testimonial por primera vez en su vida y simplemente decidió vestirse con saco y corbata para esa ocasión.

⁴ ARENA, Federico J., “Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual”. *Revista de Derecho*, 29 (1), Valdivia, 2016, pp. 51-75.

Cabe aclarar que, la característica o propiedad que se atribuye a alguien al relacionarlo con un estereotipo puede ser positiva o negativa. Esto permite diferenciarlos de los prejuicios o sesgos implícitos. Los prejuicios necesariamente incluyen una actitud negativa respecto de un grupo y de sus miembros, mientras que el uso del estereotipo no. El sesgo implícito implica la atribución inconsciente de un menor valor moral a una persona o grupo de personas y suele traducirse en preferencias categóricas a favor o en contra de determinados grupos o personas⁵.

En lo que respecta a los estereotipos de género, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México⁶, los define como una “preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente” (el destacado nos pertenece). La definición da cuenta del uso no homogéneo al que nos referimos anteriormente.

Adelantamos nuestra posición sobre la necesidad de eliminar del razonamiento probatorio el uso de estereotipos, por razones estrictamente lógicas que desarrollaremos a continuación. Independientemente de ello, existen otras razones para no hacer uso de éstos cuando se refieren a grupos desfavorecidos, que han sufrido discriminación en el pasado⁷, que no abordaremos en el presente.

Es en este ámbito donde ubicaremos a los estereotipos de género, existiendo diferentes normas que prohíben su utilización⁸. Dicha prohibición no está solamente dirigida a juezas y jueces, sino a todxs lxs actores del proceso. Además,

⁵ Ibidem.

⁶ CIDH, “Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México”. Sentencia del 16/11/2009. Serie C N° 205, p. 401.

⁷ ARENA, Federico J., “Estadísticas, estereotipos y grupos desfavorecidos. Algunos límites del apoyo estadístico a los estereotipos”, *Anuario del Centro de investigaciones jurídicas y sociales*, Córdoba, 2019, Vol. 17, pp. 553-579.

⁸ Nuestra Constitución Nacional (arts. 16 y 75 inc. 22 y 23) y los Tratados Internacionales -con y sin jerarquía constitucional- nos obligan a no utilizar estereotipos de género. Ver art. 5 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW) y Recomendación General N° 33 del año 2015 del Comité encargado de monitorear el cumplimiento de dicha convención (párrafos 26, 27, 28 y 47). Dentro del marco normativo suprallegal, corresponde hacer mención a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará) y, en el ámbito interno, la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales y la ley 27.499 (ley Micaela), que establece la capacitación obligatoria en materia de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que desempeñen la función pública en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de la nación. En el artículo 10 de esa ley se invita a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a las distintas provincias a adherir a la misma.

las mujeres, así como otrxs integrantes de grupos desfavorecidos, deben estar protegidxs, sea como víctimas o imputadxs, de argumentos que las partes del proceso penal puedan construir en base a aquellos.

II. Inferencia probatoria

El razonamiento probatorio que la autoridad judicial realiza para tener por probado un hecho en un proceso penal es inductivo, y puede explicarse a partir de la teoría de la argumentación de Stephen Toulmin. Para el nombrado, existen cuatro elementos que deben estar presentes en todo razonamiento: a) pretensión; b) razones; c) garantía y d) respaldo⁹.

La pretensión, en nuestro razonamiento judicial, es el hecho a probar o la hipótesis del caso (ej. Diego mató a Juan). Las razones son datos o hechos probatorios que se conectan con el hecho a probar (ej. Diego fue encontrado por la policía con las manos ensangrentadas junto al cadáver de Juan). La garantía son las llamadas máximas de experiencia y las presunciones que constituyen el nexo o enlace que permite a la autoridad judicial pasar del dato o hecho probatorio a la hipótesis del caso sobre los hechos; y el respaldo es la información a partir de la cual se puede fundamentar la garantía.

En el razonamiento inductivo, la conclusión necesariamente contiene información que no está en las premisas. A diferencia del razonamiento deductivo, en el primero, siempre existirá un salto entre las premisas y la conclusión, por lo que ésta podrá ser más o menos probable, pero nunca arribaremos a una certeza absoluta.

La estructura de esa inferencia probatoria, a su vez, estará inserta en un esquema inferencial más grande, donde la conclusión es, al mismo tiempo, un hecho probatorio que constituye el punto de partida para una nueva inferencia. Así, se irán enlazando enunciados de inmediación¹⁰, que son aquellas afirmaciones respecto de los hechos que se vinculan con la percepción que una persona tiene de algo externo al razonamiento, y enunciados inferenciales¹¹, que son

⁹ GONZALEZ LAGIER, Daniel, “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”, en *Jueces para la democracia*, 47, pp. 35-51.

¹⁰ En el ejemplo que venimos utilizando, Romina es policía y al ingresar al domicilio de Juan con motivo de un pedido de auxilio pudo observar a Diego con las manos ensangrentadas al lado del cadáver del primero.

¹¹ En el ejemplo que venimos utilizando, Diego atacó a Juan.

aquellas afirmaciones que se construyen a partir del salto que damos desde cierta información (premisas) a un argumento (conclusión).

Si bien una de las críticas que se suele realizar a este razonamiento es su regreso al infinito, teniendo en cuenta la imposibilidad de arrojar certeza absoluta, es aquí donde cobran importancia los *estándares de prueba*¹², como reglas de decisión que establecen el grado de exigencia probatoria para dar por probada una hipótesis sobre los hechos.

De esta manera, un enunciado probatorio se entenderá como sinónimo de hay argumentos suficientes para “aceptar que p” (en nuestro ejemplo, p: Diego mató a Juan). La determinación de la *suficiencia* conlleva un doble juicio por parte de la autoridad judicial, pues deberá decidir si esos argumentos son epistémicamente relevantes y axiológicamente suficientes para “aceptar que p”.

Por otra parte, para dar cuenta de cómo avanzamos en el proceso inferencial que culmina en el enunciado “está probado que p”, resulta fundamental referirnos a la noción de *aceptación*. Se trata de una actitud proposicional que guarda relación con la verdad, pues llevamos adelante nuestro razonamiento actuando como si algo (una afirmación sobre un hecho) fuera verdadero, incluso cuando pudiéramos tener dudas sobre ello. Podemos aceptar un hecho probatorio (razón en la estructura de argumentación de Toulmin), a pesar de creer que el mismo no ocurrió¹³.

Explicitado brevemente el razonamiento probatorio que encontramos -o al menos deberíamos encontrar- en una sentencia judicial que tiene por probado un hecho en un proceso penal, ubicamos a los estereotipos, en el esquema Toulminiano, como una garantía. Dentro de la clasificación de éstas que González Lagier¹⁴ realiza, entendemos que aquellos son máximas de experiencia de carácter privado, derivadas de las experiencias del juez al margen de su profesión, que pueden expresarse como enunciados condicionales del tipo “si X, entonces es probable Y”¹⁵.

¹² FERRER BELTRÁN, Jordi, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea”, en Diego M. PAPAYANNIS y Esteban PEREYRA FREDES, *Filosofía del derecho privado (en prensa)*, Madrid-Barcelona-Sao Paulo-Buenos Aires, Marcial Pons, pp. 401-430.

¹³ Las diferencias entre los conceptos de creencia y aceptación pueden verse en FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005.

¹⁴ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”, en *Jueces para la democracia*, 47, pp. 35-51.

¹⁵ Por ejemplo, si se produce un robo en el barrio en que vivo, es probable que el hecho haya sido cometido por Franco, un vecino que tiene antecedentes penales. Aquí vemos cómo funciona como

El estereotipo es, entonces, una generalización espuria construida a partir de un proceso no epistémico. Su utilización se transmite de persona a persona de la misma forma que una creencia y puede que los usemos de manera voluntaria o no. Su déficit principal, siguiendo la reconstrucción de Toulmin, lo encontramos en el *respaldo*.

Este elemento está compuesto por todo aquello que nos permite apoyar las máximas de experiencia o presunciones, pueden ser casos anteriores o experiencias a partir de las que se infiere una máxima de experiencia. En general, se tratará de enunciados particulares para sostener una generalización. En el caso de los estereotipos, esos enunciados pueden o no quedar comprendidos en la generalización, pero de ninguna manera los respaldan.

Si intentamos poner a prueba el estereotipo “todas las personas de nacionalidad cubana saben bailar salsa”, nos encontraremos con alguna persona de nacionalidad cubana que no sepa bailar salsa. Es aquí donde radica el déficit en el respaldo. Esto nos lleva a descartar el uso de estereotipos en el razonamiento probatorio, teniendo en cuenta su debilidad epistémica. Concretamente, en un proceso penal por evasión tributaria, resulta irrazonable apoyar la pretensión de hecho a probar en el estereotipo “todos los ricos evaden impuestos” a partir de la razón de que el imputado es un millonario.

Los estereotipos pueden brindar información a las personas para sus cursos de acción cotidiano. Sin embargo, teniendo en cuenta la relevancia de la decisión probatoria que la autoridad judicial debe tomar en el marco de un proceso penal, no deben ser utilizados en el razonamiento probatorio.

III. Peso probatorio y juicio de probabilidad

Ahora bien, todo proceso penal tiene un límite para la averiguación de la verdad, y por ello debemos poner un término al esquema inferencial que hemos descrito. Siguiendo a Jordi Ferrer Beltrán, descartamos cualquier tipo de diferenciación entre verdad formal y material, partiendo de una posición teleológica respecto a la relación prueba-verdad, independientemente de los intereses que las partes puedan tener en el proceso¹⁶. Ese límite debe entenderse como un mo-

garantía en el razonamiento el estereotipo que señala que toda persona que alguna vez cometió un delito los vuelve a cometer.

¹⁶ En este sentido puede verse FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-

mento en el que la autoridad judicial deberá decidir, en contextos de ausencia de información. Esto resulta importante para entender como interactúan los conceptos de *peso* y *probabilidad*.

Los dos conceptos resultan relevantes para dar cuenta de cómo funciona un estereotipo en general, y los de género en particular, en el razonamiento probatorio. Siguiendo a Alex Stein, corresponde señalar que los elementos de prueba no tienen peso *per se*, sino que son los argumentos que se desarrollan a partir de los mismos los que pueden tener diferentes pesos. De esa manera, el juicio de probabilidad que la autoridad judicial realiza en su decisorio -pensemos en la sentencia de un tribunal penal que declara a alguien culpable- puede tener mayor o menor peso, de acuerdo a la información que se incorpora a partir de los argumentos contruidos por las partes durante un debate. Es así que, dos juicios de probabilidad pueden llegar a la misma conclusión, detentando mayor o menor peso.

Esta relación es explicada por Stein¹⁷ de la siguiente manera: “Al aumentar la prueba relevante a nuestra disposición, la magnitud de la probabilidad del argumento puede decrecer o incrementarse, de acuerdo con cómo el nuevo conocimiento fortalece la prueba desfavorable o la favorable; pero algo parece haber aumentado en cada caso -tenemos una base más sustancial sobre la cual apoyar nuestra conclusión-. Yo expreso esto diciendo que la adquisición de nueva prueba incrementa el peso de un argumento. A veces la prueba nueva disminuirá la probabilidad de un argumento, pero siempre aumentará su peso. El peso, metafóricamente hablando, mide la suma de la prueba favorable y desfavorable, la probabilidad mide la diferencia”.

A continuación, analizaremos, a modo de ejemplo, dos procesos penales en los que el razonamiento probatorio de la autoridad judicial utiliza estereotipos de género. Veremos cómo esos estereotipos incorporan información valorada en perjuicio de dos imputadas, en el caso de Lucía Cecilia Rojas y Cristina Liliana Vázquez¹⁸, y en perjuicio de la víctima, en el caso de Lucía Pérez¹⁹.

Barcelona, Marcial Pons, 2005.

¹⁷ STEIN, Alex, “Contra la “prueba libre”, *Revista de Derecho*, 26 (2), Valdivia, EDITORIAL, 2013, pp. 245-261.

¹⁸ CSJN, “Rojas, Lucía Cecilia; Jara, Ricardo Omar; Vázquez, Cristina s/homicidio agravado”, 26 de diciembre de 2019, fallos 342:2319.

¹⁹ TOC N°1 de Mar del Plata, “FARIAS, Matías Gabriel- MACIEL, Alejandro Alberto- OFFIDANI, Juan Pablo s/ tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por ser cometido en perjuicio de menores de edad- abuso sexual agravado por el consumo de estupefacientes seguido de muerte en concurso ideal con femicidio- encubrimiento agravado por la gravedad del hecho pre-

IV. El caso de Lucía Cecilia Rojas y Cristina Vázquez

Las nombradas fueron condenadas junto a Ricardo Jara a la pena de prisión perpetua el 20 de mayo de 2010 por el Tribunal en lo Penal N° 1 de Posadas por el delito de homicidio calificado criminis causa en perjuicio de Erselida Lelia Dávalos. No detallaré todo el trámite que el proceso penal insumió desde el hecho acaecido el 28 de julio de 2001²⁰, y me centraré en los puntos resaltados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al absolver a las nombradas -interviniendo por segunda ocasión- en diciembre del año 2019.

En los considerandos 8 y 9 respectivamente, la Corte destacó tres puntos importantes que nos permiten identificar una sentencia arbitraria: 1) la inmediatez no impide examinar el razonamiento lógico expresado en la sentencia y el procedimiento de valoración probatoria; 2) la insuficiencia del examen de la versión de las imputadas con relación a su completa ajenez a los hechos; y 3) la utilización de un doble estándar de valoración probatoria en desmedro del principio de culpabilidad y la garantía de presunción de inocencia cuando se efectúa un análisis parcial y sesgado del cúmulo probatorio oportunamente valorado por el tribunal de grado.

El punto 1) resulta fundamental a la hora de evaluar la razonabilidad de las inferencias que se construyen en el razonamiento probatorio, sobre todo cuando las mismas contienen información que es el resultado de la utilización de un estereotipo. Bajo pretexto de la inmediatez, se ha pretendido limitar el ámbito de revisión de la decisión judicial. Ya hemos diferenciado los enunciados de inmediatez de los inferenciales²¹, y, en base a esa distinción, podemos afirmar que los tribunales superiores podrán revisar todo aquello que no sea producto exclusivo de la inmediatez, quedando en definitiva muy acotado ese espacio, máxime considerando los medios tecnológicos con que se cuenta en la actualidad (registros audiovisuales de los juicios) que permiten colocar al revisor en el lugar de la autoridad judicial que intervino en el juicio.

cedente”, sentencia del 26/11/2018.

²⁰ Para un análisis detallado de los hechos y las distintas instancias del proceso penal ver GUERENO, Indiana, “Garantías judiciales. Presunción de inocencia. Derecho a un recurso amplio” consultado en [<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/89850-garantias-judiciales-presuncion-inocencia-derecho-recurso-amplio-csjn-rojas-lucia>].

²¹ PEREZ BARBERÁ, Gabriel & BOUVIER, Hernán, “Casación, lógica y valoración de la prueba. Un análisis de la argumentación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios”, *Pensamiento Penal y Criminología. Revista de Derecho Penal Integrado*, 9, 2004, p. 188.

Esta última circunstancia está directamente vinculada con el tercer punto destacado (3), pues la idea de un espacio no revisable de la decisión, por ser producto de la intermediación, puede llevar a que la autoridad judicial asigne mayor valor probatorio al testimonio de una persona sobre el de otra, a pesar de referirse a una circunstancia objetiva y concreta, como puede ser la presencia de alguien en un determinado lugar.

Ello acontece en el caso en análisis, cuando el Superior Tribunal (alzada del tribunal de juicio) confirma las condenas a partir de la utilización del estereotipo de “testigo imparcial” y se inclina por un testimonio ofrecido por la acusación, desacreditando -y descartando- sin explicación racional alguna lo declarado en juicio por una amiga de Cristina Vázquez y por el padre de aquella: “Estos testigos que pretenden apoyar la coartada de la imputada son parciales, y han sido correctamente desestimados por el Tribunal sentenciante al no guardar relación con los dichos objetivos del testigo Silva [...] conforme la valoración del testimonio que efectuó el Tribunal, es llamativo que cuestiones tan determinantes de Oyhanarte con respecto a su hija Celeste no las recuerde, tales como si su hija repitió de curso en la escuela, o si concurría en el turno mañana o tarde, pero sí recordaba con toda precisión, luego de casi tres años de acontecido, el día y la hora en que ésta estuvo en su casa [...]. Todas estas circunstancias dudosas que se desprenden de la propia declaración de Oyhanarte y las contradicciones en que incurre en relación a lo declarado por el testigo Silva, hacen que esta declaración testimonial no pueda ser tenida en cuenta y carezca de valor probatorio”²².

En el segundo punto (2) es donde cobra importancia la relación explicada entre peso probatorio y juicio de probabilidad según Stein. La no evacuación de la versión de las imputadas respecto a su ajenidad con los hechos -además de afectar el derecho de defensa- le resta *peso* a los argumentos contruidos en la decisión judicial a partir de la prueba (en el caso concreto, la tesis de culpabilidad de las imputadas que sostuvo el tribunal de juicio).

Si se hubieran evacuado debidamente las versiones de los hechos compatibles con la inocencia de las imputadas, los argumentos elaborados a partir de la prueba habrían aumentado su peso. Ello no acontece así con el juicio de probabilidad, pues la nueva información incorporada puede robustecer o debilitar los argumentos que se construyen a partir de la prueba.

²² Resolución N° 512 del Superior Tribunal de Justicia de Misiones del 05/12/2016, consultado en [file:///C:/Users/PJN/Downloads/_var_www_consultas_online_uploads_resoluciones_doc_phpUUzQIc.pdf].

En el considerando 13 del fallo en análisis, la Corte resalta un nuevo déficit en la valoración de la prueba por parte del Tribunal Superior que revisó la sentencia condenatoria de Cristina Vázquez y Lucía Rojas, al no ponderar los peritajes planimétricos y los realizados con los cabellos levantados al momento de la inspección ocular, o los peritajes papiloscópicos en los que se compararon las huellas y rastros levantados en el lugar del hecho con las pertenecientes a las nombradas.

En este punto, el peso probatorio no cambió, teniendo en cuenta que las pruebas señaladas se produjeron en la causa, y sus resultados permitían sostener (garantía) argumentos compatibles con la inocencia de las imputadas. Por el contrario, dichos argumentos directamente no fueron valorados, lo que debilitó el juicio de probabilidad sostenido en la sentencia judicial.

Finalmente, la Corte en el considerando 19 resalta: “Que el caso que por segunda vez es aquí traído a los estrados de esta Corte Suprema resulta ser un claro ejemplo de un proceso indebido en el que se negó la vigencia del principio de inocencia y la aplicabilidad al caso del *in dubio pro reo* como consecuencia de una sesgada y parcial revisión del fallo”.

La decisión judicial de condena de las imputadas, y la revisión que de la misma realizó la alzada, utiliza estereotipos como garantía de la inferencia probatoria, con la particularidad que ya explicáramos respecto al déficit de respaldo que los mismos detentan. En otro pasaje de la resolución del Superior Tribunal de Justicia de la provincia se sostiene: “está probado en la causa que ésta no era la única vez que el imputado cometía un delito. Todo lo contrario, conforme se desprende de las planillas de antecedentes, colmada de autos de procesamiento por delitos cometidos contra la propiedad; incluso conforme el informe del Registro Nacional de Reincidencia, a fs. 1078/1079, luce sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Federal de Posadas contra la concubina de éste, Lucia Cecilia Rojas, en una causa por tenencia de estupefacientes”²³.

En este caso, el estereotipo relaciona las propiedades “persona con antecedentes penales” con la probabilidad de coautoría en un homicidio, siguiendo el enunciado condicional “Si X, entonces probablemente Y”. Sin perjuicio del déficit que hemos señalado en el respaldo del estereotipo como garantía, no podemos perder de vista la falta de relevancia de la propiedad destacada en el fallo (antecedentes penales) y la liviandad del juicio de suficiencia para tener por probado el hecho.

²³ Ibidem.

V. Estereotipos en relación a la víctima. El caso de Lucía Pérez

En segundo lugar, a efectos de dar cuenta de cómo los estereotipos -aquí en relación a la víctima- incorporan información al razonamiento probatorio de la autoridad judicial, nos ocuparemos brevemente del devenir de la causa judicial en la que se investigan los hechos que tuvieron como víctima a Lucía Pérez.

El Tribunal Criminal N° 1 de Mar del Plata, que realizó el primer juicio²⁴, el 26 de noviembre de 2018, condenó a Matías Gabriel Farías y a Juan Pablo Offidani como coautores del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado y los absolvió a ambos por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por resultar la muerte en concurso ideal con femicidio, por considerar que la acusación no pudo probar que ese hecho hubiera existido, y absolvió a Alejandro Alberto Maciel por el delito de encubrimiento agravado.

La sentencia fue objeto de recursos de las distintas partes y, el 12 de agosto de 2020, la sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires anuló el veredicto respecto del hecho por el que fueran absueltos los imputados y dispuso la devolución de las actuaciones al tribunal de origen, para que con una integración diferente procediera a la realización de un nuevo juicio y el dictado de un nuevo fallo.

Cabe destacar que, en el trámite recursivo en esa instancia, fueron admitidos en carácter de *Amicus Curiae* distintas personas y organismos, que dieron cuenta de las consecuencias del uso de estereotipos de género en la valoración probatoria y de la necesidad del ejercicio de la función jurisdiccional con perspectiva de género²⁵. Finalmente, la Suprema Corte de la provincia confirmó la decisión

²⁴ Al momento de escribir el presente artículo se está desarrollando el segundo juicio.

²⁵ Se habilitó en esa instancia al Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, Dr. Guido Martín Lorenzino Matta, con patrocinio de los letrados Luis Alberto Morales y Gabriel Raúl Tubio; al Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), representado por su Presidente Alberto Binder, y su Vicepresidente Alfredo Pérez Galimberti, con patrocinio del letrado Gerónimo Martín Erdmann Mc Donald; a las integrantes del Programa Género y Sexualidades de la Secretaría de Extensión de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Dras. Julieta Espósito y Patricia Calvi; a la Sra. Directora Ejecutiva del Instituto Nacional de las Mujeres, del Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación, Dra. María Fabiana Tuñez, teniéndose por autorizada para tomar vista de las actuaciones a la Dra. Nicole Neiman y el Dr. Pablo Andrés Fiscarelli; a los Diputados Nacionales Dra. Graciela Camaño, Dña. Cecilia Moreau y Dr. Raúl Joaquín Pérez; a la Secretaría de Género de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata, representada por la Sra. Secretaria de Género Dra. Flavia Delmas, con patrocinio de la letrada Silvina Perugini; al Sr. Director del Servicio Permanente de *Amicus Curiae* de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Dr. Juan Carlos Wlasic; a las Presidentas de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), María Elena Nad-

adoptada por el Tribunal de Casación. En concreto, la Casación afirma que los prejuicios y estereotipos de género plasmados en la sentencia recurrida la descalifican como acto jurisdiccional, toda vez que la utilización de los mismos convierte a los jueces en parciales, vulnerando la garantía de defensa en juicio que ampara a todas las partes del proceso. En particular, se destaca que “[...] Lucía no coincidía con las expectativas de los roles que una sociedad patriarcal espera de una mujer, su comportamiento no encuadraba en el estereotipo de sexo [...] Es decir, para los Magistrados, Lucía evidentemente no coincidía con el estereotipo de la mujer víctima de violencia de género y violación, que no hubiera podido consentir. De lo expuesto se desprende que el decisorio puesto en crisis demuestra el androcentrismo del derecho: descartaron el eventual abuso sexual respecto de Lucía, porque ella era una chica con una personalidad fuerte, con carácter, determinada y, por ende, no vulnerable. Para ello tuvieron en cuenta sus conversaciones privadas de chats que aludían a la forma en cómo se relacionaba sexualmente con los hombres, infiriendo de ello, que era imposible que no hubiera habido consentimiento”.

Asimismo, el Tribunal de Casación también resalta que la sentencia utilizó un doble parámetro para valorar las conductas de imputados y víctima. Por un lado, para inferir el consentimiento de esta última se utiliza el estereotipo de “mujer joven no sometible”²⁶ y, para tener por no probado el hecho, respecto a los imputados, se aplica un estereotipo de “abusador-homicida”, el que a su vez es descartado teniendo en cuenta que uno de ellos compró facturas y leche chocolatada para el encuentro con la víctima: “las descripciones que se hacen de la víctima, como del comportamiento de Farías, demuestran un doble parámetro en la valoración de las conductas de ambos: hay una consideración diferenciada de la conducta de acuerdo al sexo. Pone énfasis en la conducta sexual de la víctima (inexplicablemente y prácticamente se la responsabiliza por lo que pasó), se enfoca principalmente en su personalidad, su forma de relacionarse con los hombres, su vida social, su vida sexual anterior, su fuerte carácter, y todo ello es valorado negativamente”.

deo, Norma Elba Ríos y Gisela E. Cardozo, en cuanto adhieren a la presentación del Servicio Permanente de *Amicus Curiae* de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata; y a la Sra. Diputada de la Provincia de Buenos Aires, Dña. Florencia Saintout.

²⁶ Para un detalle pormenorizado de los mitos en torno a la violencia sexual y aquellos que sustituyen la prueba del consentimiento, ver DI CORLETO, Julieta, “Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación”, consultado en [<https://www.redaas.org.ar/archivos-recursos/Di%20Corleto.pdf>].

Se trata del tercer punto que abordáramos al ocuparnos del fallo de la Corte Suprema en el acápite anterior, que nos permite tomar dimensión de cómo se utilizan estereotipos como garantía -sin respaldo-, en términos Toulminianos, para presentar argumentos en favor de una determinada decisión en el proceso penal.

Concretamente, en la presentación que INECIP realizó como *Amicus Curiae* se destaca que: “El recurso a estereotipos, que es lo que sucede cuando se estipulan perfiles de personas víctimas o victimarias, “distorsionan las percepciones”, y en la práctica judicial, conducen a decisiones que en lugar de basarse en hechos relevantes, se fundan en creencias y mitos preconcebidos. Ello afecta el derecho de las mujeres a un proceso judicial imparcial”.

En el presente caso, la pretensión del hecho a probar se planteó como “la víctima prestó su consentimiento para el acto sexual”, y la autoridad judicial valoró como hechos probatorios enunciados contruidos a partir de conversaciones privadas (chats) de Lucía con uno de los imputados y con terceras personas. Siguiendo el esquema inferencial, para pasar de esos hechos probatorios a la pretensión de hechos a probar, se utilizó como garantía el estereotipo de “mujer con personalidad fuerte o no sometible”.

En paralelo, para valorar la conducta de los imputados, y disponer su absolución -por no haberse probado el hecho-, se enlazaron a esa conclusión hechos probatorios a través de una garantía que es una falacia de negación del antecedente (Si no X, entonces es probable no Y), utilizando para ello el estereotipo de “abusador-homicida”. “Si un hombre no se comporta de manera violenta con una mujer, es habitual que no abuse de ella”.

Este doble parámetro para valorar, por un lado, la conducta de la víctima y, por otro lado, las de los imputados, fue sintetizado por la Casación provincial de la siguiente manera: “en su análisis de los hechos, el Tribunal, pondera el comportamiento del acusado, el cual -a su apodíctico juicio-, dista mucho del que podría haber asumido alguien que abusó y causó la muerte de una adolescente. Para ello dice tener en cuenta que Matías Farías y Lucía Pérez se conocieron un día antes del hecho, que esa misma noche el acusado le muestra una foto de la chica a la esposa de Juan Pablo Offidani, lo cual podía interpretarse como la intención de tener una relación seria, expone que la actitud de Farías de comprar facturas y una chocolatada “Cindor” para compartir con Lucía el día del encuentro, no son actitudes asumidas habitualmente por personas con intención

de cometer un hecho tan aberrante como el que resulta acusado. Considera también la actitud tomada luego de producido “el incidente de salud” en el cual Farías pidió ayuda a Offidani para llevarla a una sala de salud, y la actitud de ofrecerle a la policía las llaves, el dinero y el teléfono de Lucía que estaban en su casa. Deduce de lo expuesto que todas estas conductas “distan muchísimo de la que podría haber asumido alguien que abusó y causó la muerte de una adolescente”, agregando que la actitud de suministrarle droga el día anterior, no permite endilgarle el abuso seguido de muerte que aquí se está juzgando”.

Nuevamente, aquí podemos observar el déficit de respaldo que presentan los estereotipos como garantía de una inferencia probatoria.

VI. Algunas conclusiones

En el curso del presente, hemos intentado determinar brevemente qué lugar ocupan los estereotipos en las decisiones judiciales que se toman en el marco de un proceso penal. Los ubicamos como generalizaciones espurias que se presentan como máximas de experiencia (garantía) para justificar una inferencia probatoria, que presentan un déficit en su respaldo.

La información que incorporan al razonamiento impacta de diferente manera en el peso y probabilidad de un enunciado probatorio. El primero siempre se verá reducido, mientras que el juicio de probabilidad permanecerá inalterado. Es ésta una nueva razón para no utilizarlos, pues a final de cuentas sólo restarán solidez a la inferencia probatoria.

Además, los estereotipos de género en particular -así como todos aquellos que se refieren a colectivos que han sufrido o sufren discriminación-, comprometen la imparcialidad de la autoridad judicial, convirtiendo sus sentencias en arbitrarias, tal como vimos al abordar los tres puntos que resaltáramos del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La conexión de una característica o conducta que un/una juez/jueza asocia con un grupo de miembros de la sociedad al utilizar el estereotipo, los vincula con una valoración probatoria concreta. Siguiendo a Bulygin²⁷, estarán creando una norma general no obligatoria, que eventualmente podrá adquirir cierto

²⁷ BULYGIN, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp.365-369.

grado de vigencia y, en tal caso, justificar futuros razonamientos probatorios. Esta última es una razón independiente para no utilizar estereotipos en la argumentación probatoria en el marco de un proceso penal²⁸, teniendo en cuenta la relevancia de la decisión judicial en la determinación de los hechos.

²⁸ Cfr. párrafo 27 de la Recomendación General N° 33/2015 del Comité de la CEDAW.

Sesgos de Género y función jurisdiccional. Impacto de la jurisprudencia reciente de la Corte IHD

Romina Alicia Magnano*

Resumen: La noción tradicional de la garantía de imparcialidad del juzgador se ha visto enriquecida normativamente, pero estos avances se ven interpelados por las resistencias que se verifican en la praxis judicial, concretamente, en la supervivencia de estereotipos y sesgos de género en el juzgamiento. Sin embargo, la jurisprudencia reciente de la CorteIDH es, posiblemente, una gran oportunidad para reevaluar esas prácticas anquilosadas.

I. El Juicio Imparcial. De los estrechos límites de la noción de imparcialidad del juzgador

Resulta una afirmación incontrovertible en un nuestro medio, en el estado de evolución del Sistema de Protección de Derechos Humanos, tanto universal como regional, que un juicio imparcial es el único ámbito institucional en el que el órgano decisor puede dictar una sentencia¹ válidamente, ya sea afirmando la verificación o no de la hipótesis fáctico-jurídica presentada por la acusación. Como pilar integrante del debido proceso², como garantía fundamental para el justiciable y como principio básico en la administración de justicia penal, la im-

* Abogada, Universidad de Buenos Aires, diploma de honor. Especialista en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires. Defensora Pública Oficial.

¹ BINDER, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, Bs. As, 2022, Tomo VI, p.12.

² Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación -en adelante CSJN- ha definido el debido proceso tradicionalmente a través de una fórmula que implica la comprensión de que la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros).

parcialidad resulta ser la posición institucional desde la cual el juez debe adoptar las decisiones en el proceso.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, en diferentes precedentes en los que se expidió en torno a la garantía, utilizó la comprensión de la garantía como ausencia de intereses en el proceso, analizándola en dos planos objetivo/subjetivo³.

En su faz subjetiva, la garantía, para el justiciable, refiere a la relación del órgano decisor con el conflicto humano llevado a su conocimiento, comprendiendo tanto la actividad previa del juzgador vinculada al caso como su posible vínculo con los justiciables. En su faz objetiva, alude a la posible existencia de intereses o actitudes particulares del juzgador en el resultado del pleito. A su vez, la doctrina judicial que se invoca incorporó una noción funcional que involucra el compromiso a la garantía dado por la intervención de los jueces en actos o instancias del proceso previas.

Si bien, la noción de imparcialidad entendida a través de las variables objetivo/subjetivo resulta ajustada a derecho, aparece como insuficiente para dar cuenta de los diferentes planos de análisis que brinda actualmente el concepto jurídico. En efecto, incluso es posible incorporar al análisis los trabajos de diferentes pensadores que, tal y como sucede en otros ámbitos del conocimiento, analizan la noción de objetividad y los límites de la noción de subjetividad como completa separación de las percepciones subjetivas⁴.

Deviene necesario interpelar la capacidad de rendimiento de la noción tradicional de imparcialidad en el juzgamiento penal y colocarla en tensión, en este caso, con los derechos humanos de las mujeres y disidencias y, en particular, con el derecho de acceso a la Justicia.

Complejizar la noción de imparcialidad es advertir que tiene múltiples posibles abordajes y planos de análisis, más allá del binomio objetivo-subjetivo. Así pues, se presenta vinculada a la decisión, al proceso de toma de decisión y al decisor, si bien en relación a éste resulta una función debida y no una virtud moral del juzgador⁵; la sujeción de los funcionarios públicos que ejercen la magistratura en nuestro medio se vincula con la existencia de deberes jurídicos esenciales constitucionales y convencionales que limitan y reglan la actividad del órgano decisor⁶, que exceden la mirada que se centra en la ausencia de inte-

³ Fallos “Llerena”, 328:1491; “Quiroga” 327:5863, entre otros.

⁴ Binder (2022:39), cita al autor De Zan, 2004:11.

⁵ BINDER, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, Bs. As, 2022, Tomo VI, pág. 34

⁶ En este sentido, y siguiendo al profesor Binder, la imparcialidad no resulta una virtud moral, sino

reses en el proceso. Cabe aclarar que, en el sistema de enjuiciamiento inquisitivo reformado vigente a nivel federal, esta pregunta acerca de los resguardos que deben rodear la noción de juzgador en casos de mujeres en proceso penal (ya sea como imputadas, ya sea como víctimas) también tiene vigencia en los procedimientos cuyo veredicto de culpabilidad es emitido por jurados, aunque las herramientas para enfrentar estas situaciones varían, ya que la audiencia de *voir dire* y las instrucciones permiten un análisis más amplio que la tradicional recusación.

Lo cierto es que, un concepto constitucional y convencional de imparcialidad implica la necesaria incorporación de los estándares de Derechos Humanos regionales y universales que forman parte del bloque constitucional en función de la reforma constitucional del año 1994 y en la letra del art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, así como, también, de otros compromisos que ha asumido el Estado Nacional en los tratados internacionales signados.

En suma, el órgano decisor en el proceso penal debe garantizar un espacio institucional en el que pueda desarrollarse un juicio imparcial⁷.

El Juez imparcial, entonces, será aquel que cumpla sus deberes funcionales y ajuste sus decisiones a los estándares de derechos humanos, entre ellos, los derechos humanos de las mujeres y disidencias.

II. Los Derechos Humanos de las Mujeres. Los sesgos de género en el proceso penal

La irrupción de la “cuestión de género” y su emergencia constituyen una circunstancia innegable en nuestro tiempo. Entraña la necesidad de dejar de lado aquella construcción que repliega a la mujer a un rol subalterno producto de una división dicotómica, sexualizada y jerarquizada del mundo en función de la figura masculina⁸, en la que el hombre fuera la medida de todo lo humano y la mujer fuera situada ajena al espacio político, laboral, educativo (entre otros), relegada a un rol doméstico, de cuidados, materno, entre otros; donde lo mas-

una obligación jurídica de reconocer el litigio y no gestionar los intereses de las partes (BINDER, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, Bs. As, 2022, Tomo VI, pág. 44).

⁷ BINDER, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, Bs. As, 2022, Tomo VI, pág. 291.

⁸ MAFFIA, Diana, “Contra las dicotomías: feminismo y epistemología crítica” disponible en [<http://dianamaffia.com.ar/archivos/Contra-las-dicotom%C3%ADas.-Feminismo-y-epistemolog%C3%ADa-cr%C3%ADtica.pdf>].

culino es la manera de conocer, de generar conocimiento, derecho, prácticas, etc. Pero, en lo que aquí importa, esta emergencia no es una cuestión que atañe a las mujeres y otras identidades no binarias, sino a todo el entramado social⁹. Es innegable que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha dado un gran marco para la introducción de reclamos y ampliación de derechos de las mujeres, aunque ello fuera, frecuentemente, a través de la noción de discriminación o vulnerabilidad de mujeres e identidades disidentes, las que así, en algunos casos, han sido favorablemente receptadas por las agencias judiciales locales e internacionales, las cuales, al mismo tiempo, mediante la noción de litigio estratégico y la intervención en políticas públicas, son circunstancias de relevancia para todo el colectivo.

El estado de situación en cuanto a la protección normativa constitucional y convencional de las mujeres es sumamente sólido y amplio: en nuestro medio, la Convención de Belem do Pará -con rango supra legal 75 inc. 22 primer párrafo CN- y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, con rango constitucional (art. 75 inc. 22, 2º párrafo, CN), sin olvidar la Ley 26.485, entre otras; las cuales tienen como eje general la protección de la mujer de la violencia y de otras formas de discriminación¹⁰.

Asimismo, dentro del catálogo de derechos reconocidos a las mujeres, además del de vivir una vida libre de violencias, se encuentra el derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, ambos resguardados en la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales y la Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres. Son dables de citar, por su importancia, la recomendación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ¹¹ nro. 33 (2015), vinculada justamente a las acciones estatales debidas para garantizar el adecuado acceso a la tutela judicial efectiva, y, también, la Recomendación, del mismo Comité, nro. 35¹².

⁹ Tal y como lo explica SEGATO, Rita: "Creo que ese es el camino: que el tema salga de las manos exclusivas de las mujeres, ya que así como el racismo debe ser comprendido como un problema también de los blancos, cuya humanidad se deteriora y se degrada ante cada acto racista, el sexismo debe ser reconocido como un problema de los hombres, cuya humanidad se deteriora y se degrada al ser presionados por la moral tradicional y por el régimen de estatus a reconducirse todos los días, por la fuerza o por la maña, a su posición de dominación [...]", en *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, CABA, Prometo, 2021, pág. 145.

¹⁰ ídem.

¹¹ En adelante Comité CEDAW.

¹² Específicamente, en el párr. 26 c fue considerado que: "la aplicación de nociones preconcebidas y estereotipadas de los que constituye violencia por razón de género contra la mujer, de las cuales

En este punto, las mujeres que ingresen al proceso penal requieren que su juzgamiento sea acorde con los estándares de acceso a la Justicia que fijan esas normas internacionales (arts. 1.1 y 24 CADH; 2, 3 y 26 del PICDyP), garantías y resguardos, que pueden ser invocados tanto por víctimas (art. 8.1 CADH) como personas acusadas en el proceso penal (art. 8.2 CADH).

Concretamente, el Estado Argentino ha asumido un compromiso internacional en la erradicación de prejuicios y prácticas discriminatorias basadas en sesgos y estereotipos de género (art. 5 a. CEDAW; 6.b. y 8.b. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; y art. 2 e. Ley 26.845). Del mismo modo, deben adoptarse medidas de prevención, investigación, protección, sanción y reparación de la violencia de género, aquí la debida diligencia es reforzada (art. 7 b Convención Belém do Pará y Comité CEDAW, 29 de enero de 1992, Recomendación general No. 19, párr. 9), extremo reconocido por la Corte IDH en los precedentes que serán invocados en lo sucesivo, como en otros precedentes¹³.

Pese a la contundencia, vigencia, operatividad y legitimidad de las normas y los instrumentos de *soft law*, el acceso a la Justicia de las mujeres encuentra un sinfín de obstáculos. Enfrentarse a nociones estereotipadas de lo “femenino”, es uno de los grandes desafíos en el acceso a la Justicia¹⁴.

El estereotipo refiere a una preconcepción de atributos, conductas, características o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres. En este sentido, los estereotipos presumen que todas las personas miembros de un cierto grupo social poseen atributos o características particulares o tienen roles específicos¹⁵.

Así pues, los sesgos son especialmente relevantes en la esfera jurídico-penal cuando es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en

deberían ser las respuestas de las mujeres a esa violencia y del criterio de valoración de la prueba necesario para fundamentar su existencia pueden afectar a los derechos de la mujer a la igualdad ante la ley y a un juicio imparcial y a un recurso efectivo [...]”.

¹³ Una decisión que cabe citar como hito en este sentido es el caso conocido como “Campo Algodonero” “Gonzalez y otras vs. México” del 16/11/2009, par. 283. Criterio reiterado en otros diferentes casos, como ya fuera reconocida la negativa incidencia de los estereotipos de género (par.401). Conf. Jurisprudencia y doctrina sobre debida diligencia reforzada en la investigación de crímenes de género, UFEM.

¹⁴ El Comité CEDAW también se pronunció respecto del impacto de los estereotipos de género sobre de mujeres imputadas y su detrimento al derecho a un juicio imparcial (“Caso X vs. Timor Oriental” CEDAW/C/69/D/88/2015 del 15/4/2018, párr.6.8).

¹⁵ COOK, Rebecca y CUSACK, Simone, *Estereotipos de Género. Perspectivas, Legales Transnacionales*, Bogotá, Profamilia, 2010, pág. 11.

estereotipos de género socialmente dominantes. Luego, el uso de estos estereotipos se convierte en violencia de género cuando se traducen en obstáculos para desarrollar competencias personales, o cuando se traducen en restricciones de los derechos humanos¹⁶. En este punto, y en cuanto aquí importa, la incidencia de sesgos de género que pueden actuar en desmedro del debido proceso, la garantía de imparcialidad del juzgador, del acceso a la justicia¹⁷ y, también, del derecho de defensa en juicio¹⁸.

Es innegable que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene hace varias décadas una línea jurisprudencial reiterada de manera coherente en el tiempo, y se encuentra ligada a la interpretación del alcance de las obligaciones emergentes de los tratados internacionales suscriptos por la Argentina en materia de protección, investigación y juzgamiento de las violencias cometidas contra las mujeres.

En este sentido, el fallo “Góngora”; Fallos, 336:392, y otros tantos; Fallos 343:354; 338:1021; 342:1827; 343:2111; 334:1204 “Leiva”-entre otros-, que pueden detectarse acerca de permisos legales otorgados a las mujeres frente a las violencias, o en su caso interpretaciones jurisprudenciales en torno a la valoración de la evidencia en casos de violencia de género. Responden a esta descripción y, en términos generales, procuran señalar una hermenéutica jurisprudencial de las normas convencionales en materia de género, respecto de algunos institutos penales (suspensión de juicio a prueba, legítima defensa, etc.) y, en lo que aquí importa, respecto de la obligación estatal de debida diligencia reforzada en casos de crímenes de género, en particular respecto de la etapa de investigación judicial de una denuncia. En este sentido, y respecto de la inter-

¹⁶ Conf. Corte IDH “Manuela y otro vs. El Salvador” sentencia del 2/11/2021. párr.133. Dicha situación puede devenir en denegación de justicia extremo, ya señalado por la Corte IDH en casos como “Lopez Soto vs. Venezuela” rto. 26/9/2010 párr.238 y “Gutierrez Henández y otro vs. Guatemala” rto. 24/8/2017 párr.173.

¹⁷ ASENSIO Raquel: “[...] Los prejuicios de género presentes en el ámbito judicial tienen incidencia directa en los índices de impunidad de estos hechos, en las prácticas de revictimización y en el descreimiento de las víctimas en las instituciones vinculadas al sistema de administración de justicia [...]” (p. 352), “Procesos Penales y Violencia de género. ¿Qué acceso a la justicia reciben “las malas víctimas?””, en AA. VV, *Tratado de géneros, derechos y justicia: Derecho Penal y sistema Judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2020, tomo 1, pág. 352.

¹⁸ HOPP, Cecilia: “[...] las abstracciones en los conceptos estereotipados permiten quitar relevancia a circunstancias que deberían excluir la responsabilidad de las mujeres. Al mismo tiempo, la no inclusión de hechos relevantes impide tenerlos en cuenta incluso a los fines de evaluar causas de exclusión. Esta descontextualización es la que permite condenas injustas [...]”, “Buena madre”, “buena Esposa”, “buena mujer”: abstracciones y estereotipos en la imputación”, en AAVV. *Género y Justicia Penal*, Bs.As., Didot, 2017, pág. 40.

pretación de la evidencia con perspectiva de género, es posible reseñar la reciente decisión en el caso “Rivero” Fallos: 345:140, que data del año 2022.

Llegados a este punto, cabe trazar una intersección entre los dos planos de análisis: la supervivencia de sesgos de género en el juzgamiento y su impacto en la garantía referida a la imparcialidad de juzgamiento.

Aparece claro que, de manera acorde con lo expuesto, se propicia una comprensión en la que la noción tradicional de órgano decisor se ha visto enriquecida, complejizada, y de ello emergen nuevas dimensiones y tensiones. Uno de estos planos se vincula con la necesidad de visibilizar que, pese a que quienes juzgan en un Tribunal de Justicia son hombres y mujeres con propias biografías, portadores de sesgos cognitivos y situados en un tiempo histórico del que abrevan valores políticos, éticos y culturales¹⁹, el deber jurídico de garantizar un espacio institucional de juicio imparcial es insoslayable. Reflexionar, con alcance exploratorio, en torno a estas consecuencias en el marco del enjuiciamiento penal a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH es la tarea propuesta.

III. Sesgos de Género y debido proceso. Las nuevas interpelaciones al principio de imparcialidad en la Jurisprudencia de la Corte IDH

De manera conteste con lo hasta aquí enunciado, se propicia una comprensión en la que la incidencia de sesgos de género puede actuar en desmedro del debido proceso, de la garantía de imparcialidad del juzgador, del acceso a la justicia y, también, del derecho de defensa en juicio²⁰.

Si bien las limitaciones de la concepción tradicional de la garantía de imparcialidad del juzgador ya han sido advertidas por otros autores²¹, y advertidas por el Comité CEDAW²², actualmente, los desarrollos de la Corte IDH permiten

¹⁹ MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal: fundamentos*, CABA, Del Puerto Editores, 2012, Tomo I, pág. 741 (2 da. ed. 4 reimpresión).

²⁰ Este análisis es traído de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Manuela y otro vs. El Salvador” sentencia del 2/11/2021.

²¹ PIQUE, María Luisa -FERNÁNDEZ VALLE, Mariano, Pique, “La Garantía de Imparcialidad Judicial desde la Perspectiva de Género”, en AAVV, *Tratado de Géneros Derecho y Justicia. Derecho Penal y Sistema Judicial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2020, pág. 213. En el trabajo en cita, los autores tenían como objetivo mostrar “que la interpretación tradicional de esas dimensiones en ocasiones oscurece los componentes de género discriminatorios que influyen en la actividad jurisdiccional [...] ofrecer una relectura de la garantía con perspectiva de género, que permita resolver el déficit del abordaje tradicional reseñado”.

²² Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 33

reeditar la cuestión y sus alcances. No puede soslayarse que la Corte IDH, tempranamente, en el caso “Campo Algodonero” supo advertir la incidencia e impacto negativo de los estereotipos de género en el proceso penal. En efecto, luego, en el caso “Gutierrez Hernández”²³ supo reconocer que los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia y en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima (párr. 173 “Gutierrez Hernández”). La consecuencia jurídica trazada se vinculó a la denegación del derecho al acceso a la justicia de las mujeres y a la mención de que “cuando el Estado no desarrolla acciones concretas para erradicarlos, los refuerza e institucionaliza, lo cual genera y reproduce violencia contra la mujer [...]” (párr. 173).

Lo cierto es que, la supervivencia de prácticas reproductoras de estereotipos de género y, por ende, lesivas del principio de igualdad y no discriminación, vista desde la perspectiva de la Corte Interamericana no guardaría solo relación con la mera necesidad de ampliar conceptos jurídicos, refiere, antes que nada, a resistencia y prácticas anquilosadas.

Se aprecia cierta evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso “Manuela y otro vs. El Salvador”, sentencia del 2/11/2021, indicó claramente que la utilización de estereotipos de género en las decisiones judiciales, conforme interpreta la Corte IDH, resulta un elemento indicativo de la existencia de falta de imparcialidad.

En efecto, la Corte Interamericana dedica un acápite especial al análisis de la “utilización de estereotipos de género y las garantías judiciales”, considerando el derecho de toda persona a ser juzgada por un tribunal imparcial.

En ese contexto, fue contundente la decisión al señalar que: “Este Tribunal advierte que la utilización de estereotipos de género en procesos penales puede evidenciar una violación del derecho a la presunción de inocencia, del deber de motivar las decisiones y el derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial. Tomando en cuenta lo anterior, se procederá a analizar: a) las investigaciones realizadas, y b) la motivación de la sentencia condenatoria [...]”²⁴

sobre el acceso de las mujeres a la justicia, 2015, párrs. 26 y 27.

²³ Ut supra citado.

²⁴ CorteIDH “Manuela op. Cit, párr.134, el destacado me pertenece.

Es correcto, entonces, sostener que el uso de estereotipos de género incide en la figura del órgano decisor, de modo tal que compromete su imparcialidad. Efectivamente, el Tribunal Internacional concluye, entre otras cosas, entendiendo que la investigación y el procedimiento, que refería a la criminalización de un evento obstétrico, no cumplió con el derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial (Corte IDH párr. 173).

Con mayor contundencia aún, la Corte IDH ha resuelto recientemente en el caso “Angulo Losada vs. Bolivia” rto. 18/11/2022. Este caso, si bien involucra en sus circunstancias fácticas el derecho de acceso a la justicia frente a la violencia sexual presuntamente sufrida por una niña de 16 años, se centra principalmente en el incumplimiento del Estado a la obligación de debida diligencia reforzada y de no discriminación. También, fue objeto de pronunciamiento la revictimización a la que fue sometida la víctima durante el proceso penal.

Concretamente, la Corte IDH reiteró que la utilización de estereotipos de género por funcionarios y autoridades del sistema de justicia durante un proceso judicial vulnera la referida obligación que tienen los Estados de adoptar una perspectiva de género en las investigaciones y procesos penales. También, fue recordado que los prejuicios y estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia y en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. Los estereotipos “distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos”, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes.²⁵

Adicionalmente, y he aquí la particularidad de este precedente, la Corte profundizó el desarrollo respecto de la práctica estatal y estimó que el Estado se convirtió en un segundo agresor, al cometer distintos actos revictimizantes que, tomando en cuenta la definición de violencia contra la mujer adoptada en la Convención de Belem do Pará, constituyeron violencia institucional²⁶.

Específicamente, la Corte consideró que la “niña sufrió violencia institucional durante el procedimiento judicial, en particular, a raíz del primer examen médico forense, la primera entrevista con la Fiscal N.T.A y su interrogatorio du-

²⁵ Corte IDH “Angulo Lozada” op. cit. párr.163.

²⁶ Corte IDH “Angulo Lozada” op. cit. párr.170.

rante el segundo juicio oral. La niña y su familia acudieron al sistema judicial en busca de protección y para obtener la restitución de sus derechos vulnerados. Sin embargo, el Estado no solo no cumplió con la debida diligencia reforzada y protección especial requerida en el proceso judicial donde se investigaba una situación de violencia sexual, sino que respondió con una nueva forma de violencia. **En este sentido, además de la vulneración del derecho de acceso a la justicia sin discriminación, la Corte considera que el Estado ejerció violencia institucional, causándole una mayor afectación y multiplicando la vivencia traumática sufrida [...]**²⁷ (el destacado me pertenece).

Resulta insoslayable que el Tribunal Internacional, si bien ya había mencionado el impacto de los estereotipos de género en la figura del juzgador, condena aquí la afectación al derecho de acceso a la justicia y reproducción de un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia²⁸.

Sin embargo, es posible considerar un avance en la evolución jurisprudencial, al considerar que los actos de reproducción de sesgos de género cuando fueron llevados adelante por funcionarios públicos y magistrados que han incumplido sus deberes jurídicos, reproduciendo violencia de género, en este caso, en nombre del Estado, constituyen violencia institucional. En efecto, el señalamiento del Tribunal Internacional continuó hasta la consideración de que lo actuado en sede judicial debe ser considerado en función de la entidad del sufrimiento provocado, como un trato cruel, inhumano y degradante en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma²⁹.

Asimismo, si bien la CIDH solicitó a la Corte IDH, en el marco de las reparaciones, “(c) iniciar de oficio una investigación sobre la actuación de los funcionarios, tanto médicos como de otra índole, que cometieron directamente o contribuyeron a la materialización de las violaciones alegadas”, esta consecuencia fue impuesta por la Corte IDH en el dispositivo nro. 10.

²⁷ Corte IDH “Angulo Lozada” op. cit. párr. par.171.

²⁸ Corte IDH “Gutierrez Hernández” op. cit. párr.176.

²⁹ Corte IDH “Angulo Lozada” op. cit. párr 171.

Es cierto que, a partir de aquí, las posibilidades que se abren a la reflexión son diversas, porque las posibles consecuencias jurídicas son asimismo diversas. Ya que, podríamos pensar en el resarcimiento a la víctima de violencia institucional, en la necesidad de revisar procesos disciplinarios administrativos o, incluso, en evaluar la necesidad de previsiones legislativas punitivas y en el refuerzo argumental de la emergencia de las estrechas causales de recusación del ordenamiento adjetivo vigente a nivel federal. Sin embargo, la propuesta aquí es repensar el alcance de los deberes jurídicos en el procedimiento penal desde la perspectiva del principio de imparcialidad.

IV. Algunos casos locales en los que fue analizado el impacto de los sesgos de género en desmedro de la garantía de imparcialidad

En el sentido que ha venido desarrollándose en la presente, la interpretación tradicional de la garantía de imparcialidad y las limitaciones normativas obstan la operatividad de los resguardos en materia de género respecto del cuestionamiento de la figura del juzgador. Sin embargo, si bien no con el alcance amplio de la jurisprudencia de la Corte IDH, lentamente comienzan a poder rastrearse precedentes locales en los que los sesgos o estereotipos de género habilitan una descalificación procesal, o bien la recusación del juzgador.

En el ámbito local, la Suprema Corte de Provincia de Buenos Aires, en el caso “Fariás, Matías Gabriel” causa n° 95.435, conocido como el caso de Lucía, rto. 15 de mayo de 2021, confirmó la decisión del Tribunal de Casación que anuló una decisión por considerar que se encontró basada en estereotipos de género inadmisibles. Entre otras cosas, la decisión confirmada consideró el sometimiento de la víctima a criminalización secundaria por parte los jueces del Tribunal Oral interviniente, al atentar contra su intimidad y dignidad, y la de su entorno, entendiéndolo un signo de estigmatización. Las indagaciones acerca de la víctima y su experiencia o costumbres sexuales previas al hecho, antes que el análisis del supuesto materia de juzgamiento, fueron descalificadas por encontrarse reñidas con la garantía de imparcialidad del juzgador.

Otro precedente en este sentido es de la CNCP Sala de turno CCC 41112/2018 rto 10 de marzo de 2020, en la que fuera dispuesto hacer lugar a la recusación de dos jueces y se ordenó el sorteo de otros dos magistrados para

que integren el Tribunal Oral. Allí justamente se consideró el “compromiso personal” de los magistrados en contra del juzgamiento con perspectiva de género. Los desarrollos locales citados son auspiciosos, pero es deseable la consolidación de jurisprudencia en sintonía con lo mencionado por la Corte IDH en los precedentes reseñados en este trabajo.

V. Reflexiones finales

La contundencia de los precedentes citados de la Corte IDH en cuanto al impacto negativo de los sesgos de género en el derecho de acceso a la justicia en casos de violencia de género es indudable y su impacto en el derecho a un juicio imparcial es claro.

Si bien las definiciones que hoy nos brinda la Corte Interamericana son producto de una aplicación lógica del derecho, este reconocimiento de jurisprudencia puede ser la puerta que abra un nuevo camino de exploración, de adecuación, de plena operatividad del derecho a la tutela judicial efectiva.

Las obligaciones de los magistrados y funcionarios judiciales de garantizar un juicio imparcial, en concreto, libre de estereotipos o sesgos de género, deviene ineludible.

Los caminos a recorrer se encuentran abiertos, pero, sin lugar a dudas, las sendas comienzan a demarcarse y, estas, debieran vincularse con la ampliación y operatividad de los derechos; y, al propio tiempo, con la necesidad de que los operadores judiciales incorporen los instrumentos normativos que resguardan los derechos humanos de las mujeres, más que como un discurso, como una praxis debida.

Son diversas las investigaciones que dan cuenta de la supervivencia de estereotipos de género en las decisiones judiciales³⁰. Su impacto no es menor. Además de conformar actos de violencia institucional, en muchas ocasiones, invalidan la autoridad epistémica de las mujeres, su biografía, su recorrido vital, su agencia para denunciar y para ejercer su derecho de defensa, deviniendo en impunidad o injusticia.

³⁰ (2010) *Discriminación de Género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género*. Defensoría General de la Nación; (2020) *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad*, Defensoría General de la Nación.

Cognoscitivamente, no se trata de opciones valorativas, morales o de cualquier otro plano ajeno al derecho positivo. El debido proceso se ve integrado por un juicio imparcial y éste ha de serlo si las reglas jurídicas que lo conforman se ven satisfechas; una de tantas normas adjetivas se vincula con el juzgamiento libre de estereotipos de género.

Las consecuencias jurídicas seguirán elaborándose y tal vez nos reste mucho camino por recorrer, baste por ahora llamar la atención acerca de la imperiosa necesidad de que la Agencia Judicial brinde respuestas adecuadas y contestes con el deber jurídico de garantizar un juicio imparcial; marco en el cual el derecho a una vida libre de violencia de las mujeres y disidencias, así como el derecho a la tutela judicial efectiva, merece operatividad antes que meras declamaciones.

DERECHO Y LITERATURA

Una verdadera flor de fuego

Ma. Noel Fernández Rivera*

*“Pues brujas [...] somos todos nosotros; delincuentes, podemos serlo todos, si la Ley se empeña”**.*

Abstract: En esta oportunidad pude unir dos disciplinas que me apasionan, el derecho y la literatura. Ambos sirven como disparadores, cada uno desde lo suyo, para visibilizar problema que todos los días aqueja a la sociedad y que está alrededor nuestro: la violencia contra la mujer.

Desarrollo

Llamó mi atención el cuento de Mariana Enríquez que, dentro de la ficción y desde el género literario del terror -como la califican en general los expertos- propone una historia que, podría decirse, es propia de su estilo, en la que los personajes -mujeres-, ante la cantidad de féminas que son quemadas por sus parejas -hombres-, comienzan a incendiar sus cuerpos voluntariamente en hogueras clandestinas, proponiendo una nueva estética femenina: cuerpos marcados por el fuego.

Esta historia de ficción -fuerte, por cierto- se entrecruza con un caso de la vida real, el fallo “Figueroa, Mario A. s/condena”, que es el que aquí se analiza, aunque hay varios de la misma naturaleza. Los dos tratan, coincidentemente,

* Es abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires, Especialista en Magistratura de la UNLAM-PGN-DGN y Doctoranda en Ciencias Jurídicas -UCA-, Secretaria Federal.

** La brujería, delito común - Eduardo Haro Ibars, material de la cátedra de “Criminología Dr. Matías Bailone”, pág. 129.

sobre mujeres a las que sus parejas les arrojan alcohol y luego fuego, causándoles, finalmente, la muerte y arguyendo, entre otras cosas, que se auto quemaron en solitario.

A través del análisis del texto y del fallo propuestos, queda en evidencia que estas son prácticas dañosas contra el género femenino que, desde su inicio -las hogueras donde se quemaban brujas que comenzaron en Europa hacia el S. XV-, se extienden a lo largo del tiempo hasta hoy en día -S. XXI-, más de 500 años después. En la ficción, son mujeres que empatizan entre sí, accionan y visibilizan el problema en repudio de las muertes de sus pares; en el fallo se ve la realidad misma, similar a la relatada, pero con sujetos activos y pasivos con nombre y apellido.

Esta propuesta que hacen los personajes del relato de crear una nueva estética del cuerpo femenino -flores de fuego, monstruas-, como forma de visibilización de la conflictiva y de protesta, lo cierto es que busca desafiar a los victimarios con el producto mismo de sus prácticas.

Claramente, el texto literario es osado, es intenso y genera un cimbronazo que excede la ficción y se traduce en una realidad, la del fallo elegido y la consecuente aplicación de la ley que, claramente y cada vez más, no es ajena a este tipo de situaciones. La reflexión, el debate y la implementación de políticas de igualdad y de prevención aparecen como urgentemente necesarias, al igual que el evitar su normalización.

Lo cierto es que el fuego quema, marca y puede también traer fatalidad y tragedia.

I. La Ficción: *Las Cosas que Perdimos en el Fuego*¹

¿Cuándo llegaría el mundo ideal de hombres y monstruas?

El relato comienza con “la chica del subte”, personaje que la autora describe diciendo que tenía “capacidad para desatar las hogueras por sí sola”.

Su cara y sus brazos estaban completamente desfigurados por una quemadura extensa, completa y profunda; la boca sin labios; la nariz mal reconstruida; le quedaba un solo ojo y del otro lado un hueco de piel; la cara, la cabeza y el cuello eran “una máscara marrón recorrida por telarañas”. Tenía un mechón de

¹ de Mariana Enríquez; <https://milan.cervantes.es/imagenes/las%20cosas%20que%20perdimos%20en%20el%20fuego>

pelo largo en la nuca donde el fuego no la había alcanzado, como tampoco había alcanzado sus manos que usaba para mendigar dinero para sus gastos -alquiler, comida-, no para cirugías.

La chica del subte “se vestía con jeans ajustados, blusas transparentes, incluso sandalias con tacos cuando hacía calor. Llevaba pulseras y cadenitas colgando del cuello. Que su cuerpo fuera sensual resultaba inexplicablemente ofensivo”.

En el subte, la chica, nombraba a quien la había quemado: Juan Martín Pozzi, su marido. El creía que ella lo engañaba y tenía razón: estaba por abandonarlo. Para evitarlo, él la arruinó mientras dormía: le echó alcohol en la cara y le acercó el encendedor para que no fuera de nadie más.

Todos esperaban que muriera. Pozzi dijo que se había quemado sola, que se había derramado el alcohol en medio de una pelea y que había querido fumar un cigarrillo todavía mojada. Le creyeron, “hasta mi papá le creyó”.

Ni bien ella pudo hablar, contó lo que había pasado y él fue preso.

Otros personajes del cuento son Silvina y su mamá. La primera, oficinista y, finalmente, fotógrafa; la segunda “siempre arriesgada y atrevida”, enfermera de los hospitales clandestinos de quemadas.

Dice la autora que hizo falta que se conociera la historia de Lucila para que “llegaran las hogueras”. Lucila, era una modelo hermosa que se hizo famosa al anunciar su noviazgo con un jugador de fútbol, Mario Ponte.

El drama llegó una madrugada, cuando sacaron a Lucila del departamento que compartía con Mario Ponte, en camilla. Tenía el 70 % del cuerpo quemado, él la había quemado durante una pelea. Igual que a la chica del subte, le había vaciado una botella de alcohol sobre el cuerpo -ella estaba en la cama- y, después, le había echado un fósforo encendido sobre el cuerpo desnudo. La dejó arder unos minutos y la cubrió con la colcha. Finalmente, llamó a la ambulancia. Ella sobrevivió una semana.

Dijo, como el marido de la chica del subte, que había sido ella. Por eso, cuando de verdad las mujeres empezaron a quemarse, nadie les creyó.

Hicieron falta muchas mujeres quemadas para que empezaran las hogueras y, cuando comenzaron semanalmente, “creían que estaban protegiendo a sus hombres, que todavía les tenían miedo, que estaban shockeadas y no podían decir la verdad; costó mucho concebir las hogueras”. Nadie sabía ni qué decir ni cómo detenerlas salvo con controles, policía, vigilancia que no servía para detenerlas.

Los expertos en violencia de género explicaban que era “contagio [...] era tan complejo informar, decían, porque por un lado había que alertar sobre los feminicidios y por otro, las mujeres provocaban esos efectos, parecidos a lo que ocurre con los suicidios entre adolescentes. Hombres quemaban a sus novias, esposas, amantes, por todo el país. Con alcohol la mayoría de las veces, como Ponte (por lo demás el héroe de muchos), pero también con ácido, y en un caso [...] la mujer había sido arrojada sobre neumáticos que ardían en medio de una ruta por alguna protesta de trabajadores”.

En el relato del cuento, Silvina y su madre recién se movilizaron cuando Lorena Pérez y su hija fueron prendidas fuego “con el ya clásico método de la botella de alcohol” por la pareja de la primera y padre de la segunda, antes de suicidarse. Las dos murieron al día siguiente. Silvina y su madre fueron al hospital por separado y se encontraron, ahí estaba, también, la chica del subte con un grupo de mujeres.

La chica del subte dijo a las cámaras “Si siguen así, los hombres se van a tener que acostumbrar. La mayoría de las mujeres van a ser como yo, si no se mueren. Estaría bueno, ¿no? Una belleza nueva”. Luego, todas, en señal de protesta, durmieron en la calle con carteles que pedían “BASTA BASTA DE QUEMARNOS”.

Silvina participó de su primera hoguera de las Mujeres Ardientes en un campo sobre la ruta 3. María Helena, amiga de su mamá, le dijo: “Las quemas las hacen los hombres, chiquita. Siempre nos quemaron. Ahora nos quemamos nosotras. Pero no nos vamos a morir: vamos a mostrar nuestras cicatrices”. Habían montado un hospital clandestino de quemadas en el casco de la vieja estancia de su familia.

Como no creían que se quemaban ellas mismas, decidieron filmar una ceremonia en un sitio oculto. Las mujeres prepararon la pira con ramas secas, diarios y nafta hasta que alcanzó más de un metro de altura. No había vecinos ni peones.

Cuando cayó el sol, la mujer elegida caminó hacia el fuego lentamente, lloraba, pero “entró en el fuego como en una pileta de natación, se zambulló, dispuesta a sumergirse: no había duda de que lo hacía por su propia voluntad; una voluntad supersticiosa o incitada, pero propia. Ardió apenas veinte segundos. Cumplido ese plazo, dos mujeres protegidas por amianto la sacaron de entre las llamas y la llevaron corriendo al hospital clandestino”.

Esa noche subieron el video a internet, al día siguiente, millones de personas lo habían visto.

Hubo varios allanamientos y desbaratamientos de los hospitales y “a pesar de las protestas, las mujeres sin familia o que sencillamente andaban solas por la calle caían bajo sospecha: la policía les hacía abrir el bolso, la mochila, el baúl del auto cuando ellos lo deseaban [...]. El acoso había sido peor: de una hoguera cada cinco meses –registrada: con mujeres que acudían a los hospitales normales se pasó al estado actual, de una por semana”. Muchas mujeres trataban de no estar solas en público para no ser molestadas por la policía. Todo era distinto desde que comenzaron las hogueras.

Las mujeres salían de la vigilancia y transportaban bidones de nafta; “el deseo [...] lo llevaban consigo [...]. No se va a detener, había dicho la chica del subte en un programa de entrevistas [...]. Vean el lado bueno, decía, y se reía con su boca de reptil. Por lo menos ya no hay trata de mujeres, porque nadie quiere a un monstruo quemado y tampoco quieren a estas locas argentinas que un día van y se prenden fuego –y capaz que le pegan fuego al cliente también”.

A las pocas semanas, las primeras mujeres sobrevivientes habían empezado a mostrarse y a transitar por lugares públicos “con las horribles caras iluminadas por el sol de la tarde, con los dedos, a veces sin algunas falanges, sosteniendo la taza. ¿Les darían trabajo? ¿Cuándo llegaría el mundo ideal de hombres y monstruas?”.

María Helena y la madre de Silvina fueron finalmente detenidas. Primero, temieron “que las otras reclusas la atacaran, pero no, la trataban inusualmente bien. «Es que yo hablo con las chicas. Les cuento que a nosotras las mujeres siempre nos quemaron, ¡que nos quemaron durante cuatro siglos! No lo pueden creer, no sabían nada de los juicios a las brujas, ¿se dan cuenta?»”.

La pregunta, en cambio, era cuando iban a detenerse las hogueras. La respuesta “Ay, qué sé yo, hija, ¡por mí que no paren nunca!”, la hipótesis de probable conclusión: cuando se llegue al número de la caza de brujas de la Inquisición², que según algunos historiadores eran cientos de miles, según otros cuarenta mil.

El cuento termina con un diálogo entre María Helena y la mamá de Silvina, que es escuchado por la última. Dicen que están demasiado viejas y que no sobrevivirían a una infección derivada de la quema, “pero Silvinita, ah, cuándo se decidirá Silvinita, sería una quemada hermosa, una verdadera flor de fuego”.

² Eduardo Haro Ibars, “La brujería, delito común”, material de la cátedra de “Criminología Dr. Matías Bailone”, pág. 127.

II. La Realidad

Caso “Figueroa, Mario A. s/condena” -CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL SALA I-³

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, resolvió con fecha 8 de abril del 2019 el recurso de casación interpuesto por la defensa de Mario Alberto Figueroa.

En tal oportunidad, coincidieron en RECHAZAR y CONFIRMAR la decisión del tribunal de juicio del 30 de abril anterior y: “I. NO HACER LUGAR A LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA DE PRISIÓN PERPETUA, reclamada por la defensa. II. CONDENAR a MARIO ALBERTO FIGUEROA [...] a la PENA de PRISIÓN PERPETUA, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio [...] doblemente agravado por el vínculo y por haber mediado violencia de género (Arts. 12, 29 inc. 3°, 45, 80 inc. 1° y 11° del Código Penal; arts. 403 y 531 del C.P.P.N.)”.

El argumento de la defensa

El defensor de Figueroa centró el fundamento de su recurso al decir que no se encontraba acreditado, con la certeza correspondiente, que el imputado haya sido autor material del homicidio de su esposa en un contexto de violencia de género, al haberle arrojado alcohol y luego haber provocado un incendio. Explicó que ello configuraba un supuesto de arbitrariedad en la valoración de la prueba, ya que, según dijo, la víctima se había autolesionado prendiéndose fuego, lo que descartaba la intervención de su asistido en el hecho.

Por otro lado, arguyó que la acreditación de la violencia de género en la que convivía la pareja no podía serlo a través de la valoración de las constancias obrantes en otro expediente seguido por el delito de amenazas en perjuicio de la víctima del caso y donde fue imputado el mismo Figueroa⁴, ya que en éste se le había suspendido el proceso a prueba (art. 76 bis, CP), lo que lesionaba la garantía de la presunción de su inocencia que operaba en su favor y acarreaba la nulidad del fallo.

Subsidiariamente, de ser confirmada la imputación formulada, planteaba la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua impuesta conforme los incisos 1° y 11° del art. 80 del CP.

³ Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 24, Causa n° 52.085/2015, “Figueroa, Mario A. s/condena”.

⁴ TOC N° 26 causa n° 3752/2012, legajo del probado n° 138.047 del Juzgado Nacional de Ejecución n° 3.

Del voto mayoritario del Dr. Bruzzone

En primer lugar, se expidió por la admisibilidad del recurso.

Luego, trató los agravios vinculados a la arbitrariedad en la valoración de la prueba, para lo cual tuvo presentes los hechos que se tuvieron por probados ante el tribunal de juicio. Estos consistían en el homicidio llevado a cabo por parte de Mario A. Figueroa en perjuicio de quien era su esposa, ocurrido en el interior del domicilio donde la pareja convivía y luego de haber mantenido una fuerte discusión, oportunidad en la que la roció con alcohol etílico prendiéndole fuego. Esto le provocó quemaduras graves que causaron su muerte.

Señaló que la defensa intentaba desvirtuar que Figueroa haya sido el autor del incendio al decir que fue un accidente doméstico que ella misma generó, causándose las lesiones (quemaduras) que luego provocaron su muerte, sumado a que el fuego se produjo cuando ella se encontraba sola en su cuarto, fumando. A esa versión de un obrar negligente por parte de la víctima, agregan la insinuación de que la mujer habría efectuado previamente manifestaciones suicidas.

Por otro lado, también señaló que se cuestionaba la calificación agravada empleada de femicidio (inc. 11°, art. 80, CP) al sostener que no se trataba de un caso de violencia de género, atento a que la víctima era una mujer conflictiva, en el mismo nivel que lo era su marido.

Ahora bien, en respuesta a ello y en lo que hace al agravio vinculado a la valoración de la prueba en cuanto al origen del fuego que provocó las quemaduras que causaron la muerte de la mujer, el juez explicó que el análisis de la prueba colectada permitía sostener que el líquido fue arrojado de frente a la víctima y que éste salpicó en las camperas que ese día vestían ambos.

En consecuencia, la única conclusión posible era que el alcohol lo arrojó Figueroa y, como se le reprocha la acusación y tuvo por cierto el tribunal, luego le prendió fuego mediante el uso del encendedor que, incluso, fue encontrado allí mismo, también quemado.

Continúa el juez diciendo que, aunque fue correctamente descartada la eventual tendencia suicida de la mujer víctima, ello no influye en la decisión del tribunal, ya que “la defensa no logra conmover con su crítica, vacía de anclaje en el caso concreto para revertir la contundencia probatoria del fallo, donde las características de las quemaduras evidencian una dinámica del hecho incompatible con la autolesión y ubican a Figueroa, claramente, como el que arrojó el líquido para quemar (la)”.

En lo que hace a las agravantes del art. 80 del CP, se tiene por comprobado que la víctima y el victimario se encontraban legalmente casados y que convivían en un mismo domicilio al momento del hecho, por lo que se incurre en el agravamiento en virtud del vínculo que los unía (inc. 1° del art. 80 del CP)⁵, lo que representa para el autor la pena de prisión perpetua.

En lo que hace a la sanción a imponer -prisión perpetua-, la discusión en torno al concurso de agravantes dice que se ve relativizada, ya que la consecuencia punitiva es la misma tanto respecto del agravamiento por el vínculo -inc. 1°- como de la violencia de género -inciso 11° del art. 80 del CP. Pero, señalando el voto del Dr. Marcelo Alvero, destaca que solo aplicar al caso el 1° inc. llevaría a admitir el análisis de la posible existencia de circunstancias extraordinarias de atenuación previstas en el art. 81 inc. a del CP⁶, las que han quedado específicamente vedadas en los supuestos en que mediere violencia de género (inc. 11)⁷.

En consecuencia, señala que la aplicación de más de una agravante es pertinente y plausible y debe ser resuelta aplicando las reglas del concurso aparente por especialidad.

Para el caso de que no exista desplazamiento de la figura posible porque no pueda ser absorbida por otra, la solución a través de la aplicación de este tipo de concurso entre normas, dice el juez que, es posible y necesario desde un punto de vista político criminal, al afectar bienes, cosas o valores con especial relevancia y cuyas conductas son las que con mayor énfasis se pretende proteger.

En especial, señala que la ley 27.452 reglamentó un “Régimen de Reparación Económica para Niñas, Niños y Adolescentes”, hijos de las víctimas de femicidio.

En lo que hace al caso en particular, señaló que, coincidía con el tribunal “a quo” y no tenía dudas de que el autor del presente uxoricidio actuó mediando violencia de género, lo que sostuvo al decir que “si después de una fuerte discusión, sin que importe el motivo, el marido, ex marido o la pareja inicia un incendio que involucra el cuerpo de la mujer, previo arrojarle algún líquido para acelerar la combustión y ella muere a causa de las heridas que le provocan esas quemaduras, eso es femicidio”.

En lo que hace al argumento de la defensa en torno a la descripción de la víctima como una mujer agresiva, conflictiva, de mal carácter y hasta infiel, el

⁵ Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, T. I. 2011, pág. 30.

⁶ Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, T. I. 2011, pág. 53.

⁷ <http://servicios.infoleg.gob.ar>.

juez señala, frente a tales dichos, que la defensa “tiene que intentar realizar un esfuerzo mayor que presentar a la víctima” como forma de exculpación de su defendido, ya que no modifica la imputación formulada.

Por último, señaló que “Matar quemando a una mujer no es cualquier forma de matar, y si se trata de la propia pareja, es mucho más significativo [...] la defensa se ha limitado a transitar el lugar común del accidente doméstico, por negligencia de la mujer, atajo que suele presentarse en esta clase de casos”.

Respecto del análisis de la prueba efectuado por el tribunal de juicio, consideró que se llevó a cabo visualizando la totalidad de la situación, logrando recrear el contexto de violencia familiar y conyugal que los rodeaba, para lo cual utilizaron como ilustrativo el expediente iniciado por la víctima en febrero de 2012, que “resultó ser el preludio de lo sucedido” y que, conforme las reglas de valoración probatoria empleadas, es adecuado para considerar a Mario Alberto Figueroa autor de femicidio.

En lo que hace al agravio vinculado a la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, dijo que toda vez que fue condenado a la pena de prisión perpetua y sin perjuicio oportuno cómputo de la pena, no se aportan nuevos argumentos para modificar el criterio sentado en la causa “Arancibia”.

El juez Rimondi, por su parte, adhirió en lo sustancial a lo vertido por su colega y, al igual que la Dra. Llerena, atento a la coincidencia de argumentos entre sus colegas, estimó innecesario emitir voto.

III. Cuando la realidad supera la ficción

El origen de la persecución. La quema de brujas

El origen de la quema de mujeres se sitúa a finales del siglo XV con la publicación de la Bula “Summis Desiderantes de Inocencia VII” y el “Malleus Maleficarum”. Detrás del último, se encontraba la Inquisición y la tortura de la cruzada contra la brujería, ya que era “a la vez justificación y manual de instrucción. Para cualquier comprensión de la historia y naturaleza de la brujería y el satanismo, Malleus Maleficarum es la fuente importante. La primera fuente”⁸.

⁸ Jacob Sprenger, “Malleus Maleficarum” (El martillo de las brujas), Editorial Skala, 2022, Pág. 49.

Lo cierto es que, un pasaje del Martillo de las Brujas dice que “Las mujeres jóvenes y bellas eran enviadas forzosamente a la hoguera”⁹; aunque, por la cantidad que se estima que finalmente fueron quemadas, aparece a las claras que tal final trascendía cualquier circunstancia subjetiva -ser joven, vieja, linda, fea, casada, soltera, rica, pobre, ciudadina, pueblerina-. Sólo debía integrarse el género femenino y considerarse que se había transgredido alguna de las normas impuestas por la Iglesia y el Estado.

Según Silvia Federicci, la caza de brujas se interpreta como un aspecto de la transformación y de los procesos sociales que llevaron al establecimiento del capitalismo en Europa¹⁰. Dice que: “en Europa existen documentos fechados en el siglo XV que ya hablan de la persecución y quema de brujas. La brujería fue considerada desde siempre una herejía contra la iglesia y el castigo por esta falta era la hoguera o el empalamiento”¹¹.

La Inglaterra de ese siglo -XV- proporciona un contexto social relevante para entender el porqué de las acusaciones de brujería de ese momento, ya que es la fecha aproximada en la que los nobles y los campesinos acomodados cercaron las tierras o les pusieron impuestos. Fue un proceso que parece simple, pero, en realidad, tiene un significado clave en la vida diaria de la población, especialmente en las mujeres, como a continuación se analizará.

Si bien consistió en el alambramiento y cobro de cargas por las tierras que, hasta entonces, eran de uso comunal y donde vivían los vecinos y pastaban sus animales, lo cierto es que, en consecuencia, lo que se provocó fue la expulsión del campesinado de esos sitios, que de hecho era donde vivían y trabajaban. Con ello, se desarticulaban las relaciones de reciprocidad y de mercado entre vecinos, desmantelando los regímenes comunitarios.

También, se generó la polarización de las clases sociales, el empobrecimiento y la desigualdad entre personas que, hasta entonces, compartían una misma colectividad -eran vecinos entre sí-.

Además, se produjo una demonización de algunos de sus miembros en pos de la implementación de este nuevo régimen y se “convierte la caza de brujas en un instrumento eficaz de privatización social y económica”¹².

⁹ Jacob Sprenger, Ob. Cit., pág. 35.

¹⁰ Federicci, Silvia, Ob. Cit., pág. 28 y 30.

¹¹ Jacob Sprenger, Ob. Cit., pág. 43.

¹² Federicci, Silvia, Ob. Cit., pág. 33/4.

Aquí, es donde corresponde recordar cómo era la vida de las mujeres hasta ese momento: ellas gozaban de autonomía y, algunas de ellas, eran figuras fuertes en la comunidad. No dependían de los hombres para sobrevivir, tenían sus propias actividades y cooperaban y compartían su vida y el trabajo con otras mujeres -cosían, lavaban ropa y daban a luz rodeadas sólo por ellas, etc.-.

Las mujeres mayores “fueron las más afectadas por estos cambios. La conjunción de los precios en alza y la pérdida de los derechos tradicionales las dejó sin medios de vida, especialmente cuando se trataba de mujeres viudas o que no tenían hijos que pudiesen o quisiesen ayudarlas”¹³. Quedaban sin recursos a causa de la reestructuración.

Además, eran perseguidas las curanderas o las practicantes de magia -en general mujeres populares en sus comunidades- por sus saberes y prácticas ancestrales, pasadas a través de la cultura y de generación en generación.

Fueron víctimas de tortura como el exorcismo contra sus poderes, por ser distintos e irrespetuosos de Dios y de la ciencia escrita, que era de exclusivo dominio de los hombres. En contrapartida, se restringió el uso de la medicina natural, aniquilándose la concepción holística de la naturaleza.

Lo cierto es que, eran consideradas peligrosas para la estructura de poder local por su sabiduría y por el respeto que les tenían los miembros del clan.

Como fundamento de la persecución, también, se caracterizaba a la bruja como una “mujer de «mala reputación» que durante su juventud se había comportado de manera «lasciva» y «promiscua». En muchos casos, era una mujer que había tenido hijos ilegítimos y cuya conducta contradecía el modelo de feminidad que en aquel periodo se impuso a la población femenina”¹⁴, el cual estaba caracterizado por la subordinación social y total de las mujeres hacia los hombres. Estas, debían someterse al control patriarcal de la familia nuclear, siendo confinadas al interior del hogar y bajo la protección provista por su padre/consorte que las proveía de sustento y de amparo ante posibles persecuciones, ubicándolas en el espacio privado que difería del público (político, económico, social, etc.), al que sólo accedían los hombres.

Ante todo, se les enseñó a aceptar el lugar degradado que les había sido asignado en la sociedad capitalista -mujer, esposa, madre- y la sospecha sobre su condición diabólica las acompañaba durante su vida, castigándoselas duramente

¹³ Federicci, Silvia, Ob. Cit., pág. 36.

¹⁴ Federicci, Silvia, Ob. Cit., pág. 39.

cuando las voluntades de independencia y de transgresión asomaban. Muchas de las llamadas brujas, en ese contexto, eran mujeres pobres, que sobrevivían mendigando o eran amparadas por el primer sistema de asistencia social recién implantado en Inglaterra. Estas, dada su independencia hasta el cercamiento, se resistían a verse empobrecidas y excluidas de la sociedad.

Cabe decir al respecto que, en ese momento histórico en particular, con cambios de paradigmas económicos y sociales tan profundos, además, se imponía una nueva moral que criminalizaba la mendicidad y desdeñaba la caridad (diferente de la era medieval donde era entendida como salvación eterna).

En ese contexto, asimismo, los lazos comunales se vieron afectados; por lo que, a lo antes expuesto, se sumaba la falta de reciprocidad entre vecinos, ya que unos cercaban y otros eran cercados. Esta división y exclusión, generadas por parte de unos pocos en perjuicio de otros, despertaba, a su vez, un mayor miedo a posibles represalias sociales entre personas y familias cercanas.

La falta de asistencia repercutió, también, en que las mujeres mayores quedasen desamparadas. “Quienes se negaban a ayudarlas recibían de ellas amenazas, maldiciones y miradas de reproche; algunas importunaban a sus vecinos más afortunados al plantarse de manera repentina en el umbral de sus casas, sin que nadie las invitara, o se esforzaban porque las aceptaran haciendo pequeños regalos a los niños. Quienes las enjuiciaban las acusaban de ser pendencieras, tener una lengua viperina o causar problemas entre sus vecinos”¹⁵. En realidad, lo que buscaban era sobrevivir frente a cambios estructurales de los que habían resultado desfavorecidas.

Es significativo, además, el tipo de delitos que se les atribuían a las mujeres consideradas brujas en esa época, los que daban cuenta de su origen humilde y de las consecuencias de las restricciones a las que habían sido deliberadamente sometidas. Ello, ya que, una tercera parte de las acusaciones presentadas en su contra hacia el S. XVI y S. XVII consistían en haber embrujado cerdos, vacas y caballos para causarles la muerte.

Federicci explica al respecto que: “se mencionaba la pobreza de las «brujas». Se decía que el diablo se les presentaba en los momentos de necesidad y les prometía que a partir de ese momento «nunca tendrían necesidad», momento en que supuestamente les ofrecía «carne, vestimenta y dinero» y el pago de sus deudas”¹⁶.

¹⁵ Federicci, Silvia, Ob. Cit., pág. 38.

¹⁶ Federicci, Silvia, Ob. Cit., pág. 37/38.

Por otro lado, y más allá de las conocidas represalias de las que podían ser pasibles las mujeres, lo cierto es que, ellas también reaccionaban contra el poder y participaban en protestas para así visibilizar lo infortunado de su situación. Para ello, incluso, arrancaban las cercas que ahora rodeaban las tierras que antes usaban.

En consecuencia, y ya desde una perspectiva político criminológica del momento, puede decirse que “al castigar a la bruja, las autoridades castigaban simultáneamente el ataque a la propiedad privada, la insubordinación social, la propagación del pensamiento mágico, que presumía la presencia de poderes que no podían controlar, y la desviación de la norma sexual, que ahora ponía [...] la procreación bajo el mando del Estado”¹⁷.

En resumen: se cercaron las tierras, el conocimiento médico se volvió hegemónico, la historia se narró desde una nueva perspectiva, se invisibilizó parte de la sabiduría que se pasaba de generación en generación, se disciplinaron los cuerpos y las relaciones de las mujeres con los otros y con la naturaleza misma.

El fuego. Heridas en el cuerpo y *modus operandi*

Una de las primeras cosas a preguntarse es cuál sería el significado que tiene la acción de quemar y, más específicamente, de quemar con fuego.

La definición de fuego de la Real Academia¹⁸ es más que significativa en torno al tema aquí tratado, por su amplitud descriptiva e intensidad de sus acepciones. Entre ellas, curiosamente, fuego viene del latín *focus*: hogar, hoguera.

Se lo define como un “fenómeno caracterizado por la emisión de calor y de luz, generalmente con llama. 2. m. Masa de materia combustible con que se produce fuego, especialmente con el fin de calentar o cocinar [...] 3. m. hoguera [...] 5. m. En una cocina, punto donde se produce el calor para cocinar [...] 8. m. Excitación producida por una pasión, como el amor o la ira [...] 9. m. Ardor o vehemencia [...] 11. m. Med. cauterio (agente para cauterizar) [...] 13. m. p. us. hogar (familia) [...] 15. interj. U. para pedir auxilio en un incendio”.

Es decir que, se lo relaciona con el abrigo, la iluminación, la medicina, la comida, la familia, la casa, las pasiones. Todas las acepciones de tinte positivo y

¹⁷ Federicci, Silvia, Ob. Cit., pág. 39/40.

¹⁸ <https://dle.rae.es/fuego?m=form.->

hasta necesarias para la vida diaria, tanto material como sentimental, si son bien usadas.

En el fallo analizado se cita a Eva Giberti¹⁹, quien, respecto del tipo de acciones criminales estudiadas, dice que frente a la simple amenaza de muerte formulada por un hombre hacia a una mujer (por ejemplo: “te voy a matar”) “no hay experiencia por parte de la víctima acerca de qué significa ‘ser matada’, pero el recuerdo de una quemadura es algo que existe en cualquiera de nosotros, desde la niñez. Sabemos cuánto y cómo puede doler la quemadura, cuánto tiempo tarda en cicatrizar y la marca que puede instalarse en el cuerpo”²⁰.

Por eso, una cicatriz de esas características en la piel es como una marca que, cuando la vemos, nos recuerda la sensación de ardor que la generó, volviendo en la mayoría de los casos a la mente la imagen de la forma en la que aconteció. Por eso, Giberti explica que “la amenaza es suficiente para quemar, para actuar psíquicamente en la memoria corporal y traducirse en estremecimiento. Además, la amenaza no es ajena al delito”²¹.

La especialista concluye que cuando un hombre llega al punto de producir un ataque con alcohol o con otra sustancia inflamable más el aditivo del fuego en perjuicio de una mujer, produciéndose en consecuencia un resultado de muerte, se “incluyen variables y experiencias humanas que se entablan entre dos sujetos, la víctima y el victimario cuando el varón sobrepasó el deseo de matar para persistir, él en persona, formando parte de la agonía de la mujer”²². O sea que, en ese contexto, el hombre con su accionar, finalmente, quema el cuerpo de su pareja mujer, trasciende a la víctima en el dolor causado deliberadamente y se auto incluye en esa sensación dañina provocada por el fuego.

También, esta posición que toma el victimario frente a su víctima -generalmente indefensas al estar solas con ellos en el domicilio común, post pelea- es de poder, al ser quienes son los que disponen de los elementos inflamables y del fuego y, en consecuencia, de la posibilidad de generar dolor y daño en la salud o en el cuerpo de la víctima, con la clara posibilidad de un resultado final fatal. Esto, debe ser analizado, además, en un contexto de agresiones que, en general, ya vienen de tiempos anteriores y dentro de los llamados círculos de violencia.

¹⁹ Psicóloga, psicoanalista, asistente social y profesora universitaria argentina, especializada en estudios de género.

²⁰ CNCCC, Sala I, autos: “Figueroa, Mario A. s/condena” - CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA I.

²¹ <https://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/1316197720110208.html>

²² Ídem, cita 23.

Giberti dice que “El homicida vive y acrecienta su poder en las llagas sucesivas y en el ardor insoportable que el fuego suscitó. Se trata de la combustión, aquello que el fuego precisa quemar para encenderse, es decir, el cuerpo de la víctima, imprescindible para el incendio, potencia el delito, le ‘otorga vida’ en tanto y en cuanto aporta la superficie y la profundidad que la llama necesita para expandirse”²³. Ambos, pasan a ser parte del mismo incendio, pero desde distintas perspectivas.

Esta tragedia o fatalidad, según lo tomemos desde la literatura o desde el derecho, se repite en el desarrollo del *iter criminis* tanto ficticio -en el cuento de Mariana Enriquez- como en la realidad -el caso imputado a Figueroa-.

En esta línea, en el cuento -y como disparador del surgimiento de las hogueras clandestinas- se enumera la causación de distintos femicidios, donde las mujeres son también quemadas por parte de sus parejas del sexo contrario con sustancias inflamables y luego fuego, señalándose en el relato que hicieron falta varios de estos incidentes para que las mujeres recién comenzaran con su particular forma de protesta.

Este mismo medio comisivo es el que también se evidencia en el análisis del hecho atribuido a Figueroa en el caso jurisprudencial expuesto. Aquí, se comprobó frente a una situación acontecida en la realidad que la mecánica de la muerte de la víctima fue producida por el rociamiento de una sustancia inflamable -alcohol- y luego fuego, que se determinó que fue incluso producto del uso de un encendedor secuestrado en la escena del hecho, derretido por el mismo ardor provocado.

Todo, tanto en la ficción como en la realidad, es materializado por parte de las parejas masculinas de las mujeres, sin la ayuda de terceros, en el contexto de relaciones sentimentales preexistentes y en el interior del domicilio común de convivencia de los actores. Es decir, en un escenario propio del hogar, de la familia y del ardor por calor, todas acepciones de la definición de fuego antes citadas, pero, ahora, con significaciones socialmente negativas.

Por su parte, las mujeres en las hogueras clandestinas que se relatan en el texto literario, replican estas escenas de mujeres que entran en hogueras -aquí voluntariamente- pero en piras especialmente preparadas por ellas, con hojas secas que encuentran en los lugares escondidos en zonas rurales donde las concretan y las prenden, con bidones de nafta que trasladan a resguardo y escondi-

²³ <https://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/1316197720110208.html>

dos de los controles. De esta forma, imitan las hogueras modernas caseras de los hombres y, también, las utilizadas generalmente para quemar a las brujas del S. XV, entonces a cargo de la autoridad estatal y/o de la Iglesia²⁴, las que se realizaban en sitios públicos -plazas-, consiguiendo resultados similares.

A diferencia de los anteriores, en estas piras comunitarias clandestinas se generan lesiones producto del fuego, que son atendidas inmediatamente por sus compañeras del movimiento en el interior de hospitales montados fuera del circuito sanitario, y, de sobrevivir, perduran en el tiempo en los cuerpos, como marcas de lo acontecido. Muchos de los hombres en las hogueras caseras, luego de incendiar a las mujeres, les piden asistencia médica, lo que explica el sitio donde con posterioridad mueren -hospitales-, a causa de las infecciones.

En el cuento, las llamadas “Flores de Fuego” o las “Bellezas Monstruosas” son mujeres que voluntariamente se someten al fuego para quedar con marcas de quemaduras en su piel, las que exhiben deliberadamente en una mezcla de deseo de visibilización de la violencia y de protesta. Puede decirse que, se las describe como mujeres ya cansadas de ser las víctimas de la violencia de los hombres, que son valientes, claramente llenas de fuerza y con voluntad de acción común contra sus victimarios. Dicen “Basta” en sus carteles.

Hombres y mujeres aparecen como partes y contrapartes de un mismo accionar disvalioso -tanto en la ficción como en la vida misma-, de un tipo de violencia que, en este caso, se evidencia en perjuicio de la mujer -caza de mujeres/brujas- que, si bien viene de antaño, con el correr del tiempo adquirió una dimensión global internacional que es demostrativa de su vigencia más de cinco siglos después, con distintos matices, pero con las mismas bases.

El Repudio: Una nueva estética. Flores Ardientes o Monstruas

El cuento es brillante en su originalidad, en tanto es una disciplina más a través de la cual se logra dar forma y visibilizar la tragedia de las que son pasibles las mujeres, generando sensaciones de terror con la ficción que, como vimos, no exceden a lo que acontece en la realidad misma.

Recordemos que, como se expuso, con la Inquisición, surge un nuevo modelo de feminidad al que debieron ajustarse las mujeres para sobrevivir y ser

²⁴ Federicci, Silvia, *Brujas*, Ob. Cit., pág. 43/44.

también aceptadas en la novel sociedad capitalista ahora instaurada. Ellas, debían ser, por imposición, obedientes a sus esposos/padres, sumisas, subordinadas al mundo/saber masculino y confinadas al hogar y a los quehaceres domésticos y maternos, dependientes en un todo del sustento, de la vigilancia y de la protección que el estar al lado de un hombre les propinaba.

Si bien en el relato de Mariana Enríquez se postula una nueva feminidad, una nueva belleza, la de las “Flores Ardientes” o “Monstruas”, cuyas marcas a causa del fuego son impresas en su cuerpo a través de su exposición deliberada en las piras, se sigue poniendo de manifiesto el maltrato hacia las mujeres por parte de los hombres.

Entre los personajes del cuento se encuentra “la chica del subte”, cuya descripción física es más que elocuente en los daños físicos sufridos y quien aclara cuando mendiga dinero que es sólo a fin de poder subsistir y no para hacerse cirugías reparadoras.

Cabe resaltar que, se la describe como insultantemente sensual en las ropas y *bijouterie* que viste y que exhibe al público de un medio de transporte masivo -subte- y por televisión en las notas periodísticas que brinda, su nueva realidad física tras el ardor del fuego. Por su parte, su cabeza, cara, cabello y manos aparecen descriptas de una forma que se asemeja al cuerpo de un monstruo -solo tiene un ojo y del otro lado un hueco con piel, su boca es pequeña, tiene un mechón de pelo, está su piel chamuscada-.

Como protesta y visibilización, crean una nueva estética. La estética de las marcas en la piel, la del recuerdo de la violencia y de la agresión por parte de aquel a quien se encontraban unidas por un vínculo sentimental de pareja. ¿Cuál será la reacción social frente a esta nueva estética?, es la pregunta que deja el cuento en el lector.

Con su accionar, las “Flores de Fuego” muestran hartazgo y orfandad de protección desde la sociedad y el estado, pero es un accionar que está también teñido de cooperación, empatía y unión frente a la adversidad que las trasciende y crea lazos de solidaridad entre ellas, al punto que las obliga a movilizarse, incluso, siendo perseguidas para que desistan de sus prácticas incendiarias.

Se ayudan para protegerse, visibilizar lo que las daña y generar conciencia para detenerlo. Seguramente, lo que se busca, pero adaptado a esta época, es volver a lograr la autonomía que poseían previo a la época del cercamiento de las tierras que ocupaban.

En el cuento, las mujeres salen y transgreden, se queman voluntariamente y, luego, encaran a los hombres con su nueva estética, por la que son más observadas. Es una propuesta por demás *fuerte* de la autora, en tanto se autoinflinge daño en el cuerpo y en la salud, cuyos riesgos a veces pueden exceder la gracia humana.

El discurso de los hombres. Su descargo

Llama la atención, también, la repetición que se da en el contenido de los discursos de los hombres post hecho por ellos perpetrado, tanto respecto de su versión de lo acontecido en la ficción como en el fallo jurisprudencial citado.

En ambos, coincidentemente, les atribuyen a las mujeres caracteres conflictivos -en el caso, la defensa dice incluso que la víctima lo era al mismo nivel de su pareja- e ideas suicidas anteriores que, finalmente, en especial en el caso, se valoraron como ajenas a la imputación formulada, además de comprobarse pericialmente que no se compatibilizan con la mecánica de causación del hecho.

En definitiva, con sus dichos, los hombres les atribuyen a las mujeres víctimas la causación del evento lesivo a causa de su negligencia -estaba sola, se roció alcohol y quiso fumar-.

Lo cierto es que, estas explicaciones son vertidas por los victimarios a modo de exculpación judicial y/o social -recordemos, en dichos de “la chica del subte” en el relato, “hasta mi papá le creyó”-. Ella relata que sobrevivió y pudo hablar y contar la verdad.

Giberti señala que, también, deberá “alertarse cuando algún medio sostiene que la víctima dijo ‘me quemé [...]’ como si se tratase de un accidente que ella misma provocara. Tal vez alguna lo dijo, alcanzó a decirlo. Y qu izá constituya un atenuante si la historia se lleva a juicio. Este es un punto que el género mujer precisa subrayar para ocuparse, con la misma seriedad y rigor que usamos para avanzar en otros terrenos, de aquello que la ley y quienes ejercen las normas del Derecho deciden frente a estos delitos”²⁵.

Lo cierto es que, ya yendo al caso jurisprudencial tratado, y si bien es sabido que la justicia trabaja sobre hechos que acontecieron en el pasado, este tipo de manifestaciones habrán de ser especialmente tenidas en cuenta por los opera-

²⁵ Eva Giberti, fallo citado.

dores judiciales y contrarrestadas en forma integral con la prueba producida. A su vez, ello deberá ser valorado con perspectiva de género; deber de respeto, garantía y no discriminación hacia la mujer y; a través de un proceso penal eficaz concretado en un plazo razonable conforme los lineamientos vertidos por los organismos internacionales en relación a este tipo de problemáticas.

Deberán, también, implementarse líneas de investigación específicas en la materia de género, además de la utilización de los protocolos y/o manuales especialmente labrados a tal efecto, y ser instruidos los funcionarios que las realicen con capacitaciones específicas en el tema.

Además, será necesario proporcionar la debida asistencia, con las consecuentes reparaciones derivadas de lo acontecido, a las víctimas y/o a sus familiares -cuestión que se resalta en el fallo respecto de los hijos menores y la nueva legislación sancionada a tal efecto-.

De la valoración de los procesos anteriores

Por otro lado, y más allá del tratamiento de fondo dado al caso jurisprudencial en particular, otra cuestión de importancia que merece mencionarse, en torno a la prueba y a su valoración, es el cuestionamiento formulado por la defensa en aquel respecto de la validez de la acreditación de la violencia de género a través de otros procesos penales que fueron labrados con anterioridad al de la muerte.

Allí, fue valorado -y luego validada tal práctica por la Cámara de Casación- un expediente tramitado contra el mencionado Figueroa e iniciado por parte de la víctima por haberle proferido palabras con tono amenazante en una circunstancia anterior a que le sea quitada su vida, en el cual, finalmente, se dispuso la suspensión del proceso a prueba y la imposición de una medida alternativa de resolución de conflictos a favor de Figueroa.

Sin perjuicio de la conclusión de tal proceso -prescripción-, lo cierto es que, el contenido de lo allí debatido da cuenta del contexto preexistente y de la intervención de los mismos actores en forma reiterada en situaciones como la ahora en ciernes, lo que el superior considera suficiente como acreditar por sí sólo las circunstancias de la existencia de violencia de género en la pareja conviviente requeridas por el tipo del art. 80 inc. 11° del CP.

De hecho, no debe soslayarse que, en esa oportunidad, el tenor de tal situación de agresión verbal hizo que la víctima estimara necesario exponer la situación íntima de la pareja al público y alertar a la justicia respecto de lo acontecido, con las diversas implicancias que puede tener ser parte -tanto actor como imputado- de un proceso penal.

Esta cuestión, claramente, hace al estudio del contexto histórico de lo que se pretende reconstruir en orden a la acreditación de las circunstancias preexistentes en las que tuvo lugar el nuevo evento ahora más lesivo, ello, en el marco de la gravedad del nuevo bien jurídico afectado -el de la vida-.

Avala lo expuesto la cita jurisprudencial que reza que: “Se recuerda que “la prueba, en un sentido estrictamente técnico, es la actividad procesal tendiente a la formación de un juicio de certeza acerca de la verdad de una imputación (o, expresado de otro modo, acerca de la verdad de los hechos afirmados por las partes) [...] en razón del principio de libertad probatoria, todo puede ser probado en el proceso penal y por cualquier medio, con las únicas limitaciones que impone el sistema jurídico” (Navarro-Daray, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. II, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 218, citado en Sala VI, con una conformación parcialmente distinta, la causa n° 30928/2019/2 “Vélez, Carlos Alberto s/ nulidad”, rta.: 20/9/19)²⁶”.

IV. Conclusión

La violencia contra las mujeres, si bien, posiblemente, cada vez sea más visibilizada y más mujeres se animen a denunciarla, hace siglos que se practica y lejos está de desterrarse, ya sea en su asiduidad, en su cantidad o en su intensidad dañosa.

Es un flagelo que no tiene fronteras, por ser internacional, que se repite a lo largo del tiempo y que cobra víctimas mujeres en todo el mundo, cuya característica común es la de pertenecer al mismo género, mostrando, como pasa en el relato y en el fallo elegidos en este trabajo, su reiteración aún con singulares matices y escenarios -han pasado seis siglos de las hogueras de las brujas-, pero con las mismas consecuencias atroces.

²⁶ CCC, SALA 6 28785/2018/CA3 CARREIRO EUGENIO, Procesamiento y embargo Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 49.

Probablemente, todos tengamos en alguna parte de la historia familiar alguna “bruja” si se tiene en cuenta la cantidad de mujeres que fueron quemadas en las hogueras de la Inquisición, pero, lo cierto es que, en realidad, se trata de un problema que no es ajeno a las mujeres ni a los hombres.

Por ello, lo importante es poder visibilizar estas trágicas prácticas, recuperar la sabiduría y los lazos perdidos y evitar, así, su normalización.

